

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 października 2009r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy - Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący - SSO

Sędziowie : SO

SO

Protokolant :

Beata Stryewska
Bolesław Wadowski (spr.)
Elżbieta Hniedzewicz
Maria Bether

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2009r. w Warszawie

sprawy ze skargi ABB Sp. z o.o. w Warszawie,

przeciwko przeciwnikowi skargi Operatorowi Gazociągów Przesyłowych Gaz-System
S.A. w Warszawie

z udziałem Control Process S.A w Tarnowie

o zamówienie publiczne

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 27 sierpnia 2009r. Sygn. akt KIO/UZP 1039/09

1. oddala skargę ABB Sp. z o.o. w Warszawie wniesioną dnia 15 września 2009 r..
2. zasądza od ABB Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie kwotę 900 zł (dziewięćset złotych) tytułem kosztów postępowania,
3. zasądza od ABB Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Control Process S.A w Tarnowie na kwotę 600 zł (sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania.

ŁĄCZNYMI PODPISAMI

.. <:a godność

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 27.08.2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP/1039/09 Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Konsorcjum ABB Sp. z o.o., Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Pol-Aqua S.A. od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz - System S.A. przy udziale wykonawcy Konsorcjum Control Process S.A., PBG S.A. i Gas & Oil Engineering a.s. po stronie zamawiającego, odrzuciła odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) w ramach ustaleń faktycznych wskazała, iż zamawiający Operator Gazociągów Przemysłowych Gaz-system S.A. (Zamawiający) prowadził w ramach przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę pod klucz tłoczni Jarosław II dla zadania inwestycyjnego Modernizacji Tłoczni Jarosław II.

Zamawiający 23.06.09r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą złożyło Konsorcjum firm ABB Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Pol-Aqua S.A. (Konsorcjum ABB).

Na czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 03.07.09 r. protest złożyło Konsorcjum firm Control Process S.A., PBG S.A. i Gas & Oil Engineering a.s. (Konsorcjum Control Process).

Zamawiający powiadomił Konsorcjum ABB o wniesionym proteście wzywając Konsorcjum do przystąpienia do toczącego się postępowania powstałego w wyniku złożenia protestu przez Konsorcjum Control Process.

Konsorcjum ABB w dniu 09.07.09 r. przekazało zamawiającemu przystąpienie do postępowania wywołanego złożeniem protestu. Konsorcjum ABB domagało się utrzymania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W wyniku rozstrzygnięcia protestu Zamawiający uwzględnił w części protest Konsorcjum Control Process dzieląc niektóre zarzuty, co miało skutkować odrzuceniem oferty. Zamawiający jednocześnie w ramach rozstrzygnięcia protestu zadeklarował, iż z chwilą ostatecznego rozstrzygnięcia protestu unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Konsorcjum ABB od rozstrzygnięcia protestu wniosło odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) w ramach rozważań uznała, iż zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy z 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych - tekst ujednolicony (Dz.U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 ze zmianami dalej Pzp) odwołanie, które nie zostało poprzedzone protestem z zastrzeżeniem wynikającym z art. 181 ust. 4 Pzp nie przysługuje.

W ocenie KIO z całokształtu ustawy Pzp odnoszącej się do środków ochrony prawnej jednoznacznie wynika, iż odwołanie od rozstrzygnięcia protestu może być składane przez protestującego lub też przez tego uczestnika postępowania o zamówienie publiczne, który skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania protestacyjnego.

W przedmiotowej sprawie Konsorcjum ABB informację o wniesionym proteście na czynność Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej otrzymało 06.07.09 r.

W dniu 09.07.09 r. odwołujący (Konsorcjum ABB) zgłosił Zamawiającemu swoje przystąpienie do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego. Natomiast kopia przystąpienia do protestu została przekazana protestującemu (Konsorcjum Control Process) dnia następnego to jest 10.07.09

r.

KIO podniosła, iż instytucja przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez innego wykonawcę kompleksowo została unormowana w art. 181 ust. 4 i 5 Pzp, który to zapis należy odczytywać i stosować łącznie.

Ust. 4 art. 181 wskazuje, iż uczestnikiem postępowania protestacyjnego staje się wykonawca, który do postępowania przystąpił. Natomiast ust. 5 art. 181 Pzp stanowi, iż wykonawca zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przy czym zgłoszenie do przystąpienia wnosi się do Zamawiającego przekazując jednocześnie jego kopię wykonawcy wnoszącemu protest.

Brak zachowania wymogów określonych w ust. 5 art. 181 Pzp powoduje, iż nie można przyjąć, iż doszło do przystąpienia do postępowania protestacyjnego w rozumieniu ust. 4 art. 181 Pzp.

Zdaniem KIO aby zostać uczestnikiem postępowania protestacyjnego to należy do tego postępowania przystąpić. Natomiast aby przystąpić do postępowania protestacyjnego to należy zgłosić swoje przystąpienie.

4

W konsekwencji aby zgłoszenie przystąpienia mogło zostać uznane za a przystąpienie w rozumieniu ustawy to powinno zostać wniesione zgodnie z regulacjami określonymi w tej ustawie - ust. 4 i 5 art. 181 Pzp.

Odwołujący zgłosił przystąpienie do postępowania protestacyjnego zawiadamiając o tym Zamawiającego ale nie dochował wymogu jednoczesnego przekazania kopii przystąpienia do protestu protestującemu. Jednoczesne przekazanie wskazane w treści art. 181 ust. 5 Pzp należy odczytywać dosłownie jako przekazane w tym samym czasie, momencie z zachowaniem trzydniowego terminu.

Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej Konsorcjum ABB zaskarżyło poprzez złożenie skargi w dniu 15.09.2009 r. (k. 967 akt). Skarżący wnosił o zmianę zaskarżonego postanowienia i orzeczenie co do istoty poprzez uznanie za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania protestacyjnego i odwoławczego przez skarżącego. Dodatkowo skarżący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany decyzji zawartej w rozstrzygnięciu protestu wniesionego przez Konsorcjum Control Process poprzez oddalenie zarzutów Nr

V i VI pkt 6 podniesionych w proteście. Skarżący orzeczeniu izby odwoławczej zarzucił:

- naruszenie przepisów postępowania, to jest art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie po bezpodstawnym uznaniu za nieskuteczne przystąpienie skarżącego do postępowania protestacyjnego i odwoławczego ponieważ Skarżący przekazał kopię przystąpienia do protestu jeden dzień po upływie terminu określonego w art. 181 ust. 4 Pzp;
- naruszenie art. 181 ust. 4 w zw. z art. 181 ust. 5 ustawy poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie poprzez przyjęcie, iż warunkiem koniecznym skutecznego przystąpienia do postępowania protestacyjnego jest przekazanie kopii wykonawcy wnoszącemu protest „jednocześnie”, to jest przed upływem terminu określonego w art. 181 ust. 4 pkt 1 ustawy;

- naruszenie art. 187 ust. 3 i 4 ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, iż przystąpienie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;
- naruszenie art. 188 ust. 3 i ust. 3 i 4 ustawy poprzez jego niezastosowanie na skutek uznania, że ustalenie stanu faktycznego sprawy w zakresie zarzutów odwołania określonych w pkt VI nie wymaga wiadomości specjalnych;
- naruszenie art. 89 ust. 1 i 2 ustawy poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie poprzez uznanie, że oferta skarżącego podlega odrzuceniu;
- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie poprzez uznanie, że skarżący podlega wykluczeniu.

Sąd Okręgowy zważył co następuje.

Na wstępie należy uznać zarzut skarżącego, polegający na naruszeniu przepisu postępowania to jest art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp za zasadny.

Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska KIO, która wskazała w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia, iż podmioty postronne nie mogą składać odwołań od rozstrzygnięcia „cudzych” protestów przez co też należało uznać odwołanie Konsorcjum ABB jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Bez wątpienia Konsorcjum ABB przekazało zawiadomienie o przystąpieniu do postępowania protestacyjnego tak Zamawiającemu jak i protestującemu. Przystąpienie zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania Konsorcjum ABB. Bez wątpienia też Konsorcjum ABB spełniło warunek bycia uczestnikiem postępowania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i 2 Pzp. Problem w niniejszej sprawie sprowadza się do ustalenia czy Konsorcjum ABB skutecznie przystąpiło do postępowania protestacyjnego przekazując kopię przystąpienia do postępowania protestacyjnego nie zachowując wymogu określonego w art. 181 ust. 5 Pzp.

Sąd Okręgowy natomiast podziela w pełni stanowisko KIO, w którym Izba wskazuje, że tekst ust. 4 i 5 art. 181 Pzp należy odczytać i stosować łącznie. Należy wskazać, iż ust. 4 art. 181 Pzp określa przesłanki materialno prawne jakie winny być wykazane przez wykonawców aby mogli oni stać się uczestnikami postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Wykonawcy obowiązani są wykazać interes prawny jak też zachować określony termin na przystąpienie do postępowania.

Natomiast ust. 5 art. 181 Pzp nakłada na wykonawcę, który zgłasza przystąpienie do postępowania protestacyjnego obowiązki o charakterze proceduralnym. Wykonawca taki ma określić swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście oraz tak określone zgłoszenie należy wnieść do zamawiającego, przekazując jednocześnie jego kopię wykonawcy wnoszącemu protest.

Stanowisko skarżącego, że uchybienie jednoczesności przekazania kopii przystąpienia do postępowania protestacyjnego wywołanego wniesieniem protestu przez innego wykonawcę jest jedynie uchybieniem proceduralnym oraz, że uchybienie to pozbawione jest sankcji w postaci odrzucenia wnoszonego odwołania jest w ocenie Sądu Okręgowego chybione. Art. 187 ust. 4 Pzp określa kompleksowo te sytuacje, w których Izba odrzuca wnoszone odwołanie.

W pkt 2 ust. 4 art. 187 ustawa wskazuje, iż odrzuceniu podlega odwołanie jeżeli nie zostało poprzedzone protestem z jednoczesnym zastrzeżeniem co do treści art. 181 ust. 4 Pzp. Oznacza to, iż ustawodawca nakazuje odrzucenie

odwołania tych wykonawców, którzy w ogóle nie wnieśli protestu na dokonane czynności przez zamawiającego jak też tych wykonawców, którzy nie spełnili wymogów określonych w art. 181 ust. 4, czyli tych wykonawców, którzy w świetle tego artykułu nie uzyskali statusu uczestnikami postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Słusznie wskazała izba, iż przystąpienie do postępowania musi być skuteczne a to oznacza, iż wykonawca w tym względzie ma spełnić obligatoryjnie i łącznie te przesłanki, które zostały nałożone na niego przez ust. 4 i 5 art. 181 Pzp. Argumentacji skarżącego, iż warunek zachowania 3 dniowego terminu zastrzeżony został wyłącznie dla przystąpienia do protestu przez

zamawiającego nie można uznać za zasadną.

Oznaczałoby to, iż wykonawca, który chce przystąpić do postępowania protestacyjnego wystarczy aby o tym przystąpieniu powiadomił w terminie 3 dni Zamawiającego spełniając wymogi art. 4 i 5 art. 181 Pzp. Natomiast wykonawcę składającego protest mógłby już powiadomić w dowolnym terminie czy też w ogóle mógłby nie powiadomić skoro, jak twierdzi skarżący, art. 181 ust. 5 nie jest opatrzony sankcją w postaci odrzucenia odwołania.

W ocenie Sądu Okręgowego ustawodawca wskazał w art. 181 ust. 5 Pzp na obowiązek jednoczesnego przekazania przystąpienia Zamawiającemu jak i protestującemu aby nie tylko zamawiający ale także i protestujący znał argumentację zawartą w przystąpieniu i jak słusznie podniósł skarżący, aby przygotowując się do rozprawy znał krąg podmiotów jak i stanowiska

uczestników.

Należy jeszcze raz wyraźnie podkreślić, iż jeżeli wykonawca decyduje się na przystąpienie do postępowania powstałego w wyniku wniesienia protestu to jest zobowiązany w sposób rygorystyczny spełnić te przesłanki, które zostały określone ustawą PZp. Nie można traktować określonych tam wymagań za wymagania, których można nie spełnić i te wymagania, które muszą być spełnione. Działanie zatem skarżącego dotyczące uchybienia terminowi przekazania kopi przystąpienia protestującemu nie mogą zostać uznane jako uchybienie proceduralne bez stosowania określonych sankcji. Przyjęcie poglądu odmiennego prowadziłoby wprost do wybiórczego i dowolnego interpretowania i stosowania ustawy w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej.

Mając to na względzie Sąd Okręgowy, działając w trybie art. 197 § 2 Prawa zamówień publicznych, orzekł jak w sentencji.