

POSTANOWIENIE

Dnia 25 maja 2011r.

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Ewa Górniak

Sędziowie: SSO Grażyna Tarkowska; SSO Bożena Kachnowicz- Kokot

Protokolant: sekr. sąd. Małgorzata Wolejszo- Haner

po rozpoznaniu w dniu 25 maja 2011r.

na rozprawie sprawy ze skargi: „OPTRONIK” Przedsiębiorstwa Innowacji Technicznych Spółki z o.o. z siedzibą w Lublinie
z udziałem zamawiającego: Politechniki Gdańskiej w Gdańsku
o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi: „OPTRONIK” Przedsiębiorstwa Innowacji Technicznych Spółki z o.o. z siedzibą w Lublinie
od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej
w Warszawie z dnia 08 marca 2011r.

sygn. akt KIO/369/11

postanawia:

I. umorzyć postępowanie;

II. zasądzić od „OPTRONIK” Przedsiębiorstwa Innowacji Technicznych Spółki z o.o. z siedzibą w Lublinie na rzecz Politechniki Gdańskiej w Gdańsku kwotę 1.200 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skarżącym

Na oryginale właściwe poapi[^]
Za zgodność świadcz

Sygn. akt XII Ga 200/11

Uzasadnienie

Postanowieniem z dnia 8 marca 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt. I odrzuciła odwołanie, zaś w punkcie II kosztami postępowania obciążyła "Optronik" Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Innowacji Technicznych i nakazała zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 7 500 zł. kwoty wpisu uiszczonego przez "Optronik" Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Innowacji Technicznych, 20-468 Lublin, ul. Energetyków 10.

W uzasadnieniu wskazała, że odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - Politechnikę

Gdańską w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759, ze zm.) [dalej ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Dostawa osprzętu światłowodowego do wyposażenia przyłączy i węzłów sieci TASK”. Odwołujący - Optronik PIT sp. z o.o. z Lublina stwierdził, że oferta wykonawcy została odrzucona niezgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym wniósł o ponowne rozstrzygnięcie przetargu z uwzględnieniem oferty Optronik PIT Sp. z o.o. Rozpatrując odwołanie na posiedzeniu Izba stwierdziła, że zawiadomienie o odrzuceniu oferty zostało przekazane wykonawcy w dniu 17 lutego 2011 r. Odwołujący w piśmie z dnia 21 lutego 2011 r. przekazał mailem do sekretariatu Dyrektora Generalnego Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, informując jednocześnie w piśmie przesyłającym odwołanie, że oryginał odwołania przesłał listem poleconym. Tak wniesione odwołanie także w dniu 21.02.2011 r. zostało przekazane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W toku posiedzenia wykonawca przyznał, że w innej formie elektronicznej dopuszczonej ustawą - Prawo zamówień publicznych odwołanie nie zostało wniesione. Izba ustaliła również, że oryginał odwołania wpłynął do KIO w dniu 24 lutego 2011 r., a wartość zamówienia wynikająca z dokumentacji postępowania jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem zostało wniesione po terminie wymaganym przepisem art. 182 ust. 3 pkt 2 ustawy. Odwołanie - w tym stanie faktycznym - wnosi się w terminie 5 dni, w którym powzięto wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. W toku posiedzenia Odwołujący przyznał, że informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania powziął w dniu 17 lutego 2011 r., zatem ustawowy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 22 lutego 2011 r.

Zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy
Pzp odwołanie wnosi się do
Prezesa KIO wyłącznie

7

w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Po nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw dla zachowania terminu na wniesienie odwołania, koniecznym jest doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. Wobec tego uznała, że odwołanie, które wpłynęło w dniu 24 lutego 2011 roku jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy — Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 ust 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Na powyższe postanowienie skargę złożyło Przedsiębiorstwo Innowacji Technicznych OPTRONIK Sp. z o.o. w Lublinie zaskarżając w całości i wnosząc o uchylenie w całości zaskarżonego orzeczenia oraz zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów z tytułu zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zaskarżonemu postanowieniu zarzucił:

1) naruszenie art. 182 ust. 3 pkt. 2 oraz art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie w związku z uregulowaniem art. 180 ust 4, art. 185 ust 7 ustawy prawo zamówień publicznych oraz art. 165 § 2 kodeksu postępowania cywilnego, polegające na uznaniu, że o zachowaniu terminu na złożenie odwołania wniesionego przez skarżącego do Prezesa KIO od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego: „Dostawę osprzętu światłowodowego do wyposażenia przyłączy sieci TASK” prowadzonym przez Politechnikę

Gdańską, decydowała data wpływu odwołania do Prezesa KIO a nie data jego nadania w placówce pocztowej operatora publicznego pocztowego, wobec czego zostało wniesione z naruszeniem terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt. 2,

2) naruszenie art. 180 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na uznaniu że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego w formie pisemnej w ciągu pięciu dni od daty otrzymania zawiadomienia o zaskarżanym rozstrzygnięciu zamawiającego, nie oznacza, że odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu wskazał, że stanowisko oraz argumentacja KIO nie znajdują podstaw w postanowieniach ustawy prawo zamówień publicznych. Zgodnie z uregulowaniem art. 185 ust. 7 ustawy prawo zamówień publicznych do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 - Kodeks postępowania cywilnego o postępowaniu polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Oczywistym jest, że pisma w postępowaniu polubownym doręczane są według zasad określonych w przepisach kodeksu postępowania cywilnego regulujących tą kwestię, a więc art. 165. § 2 kpc, który stanowi, że oddanie pisma procesowego w placówce pocztowej jest równoznaczne z wniesieniem do sądu. W tym stanie skarżący składając odwołanie w placówce pocztowej w ciągu pięciu dni od daty otrzymania zawiadomienia o czynności zamawiającego, zachował termin określony w art. 182 ust. 2 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych, wobec czego odwołanie nie mogło być odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 3 ww. ustawy.

W odpowiedzi na skargę zamawiający Politechnika Gdańska wniosła o umorzenie postępowania, albo oddalenie skargi odwołującego się, a nadto o zasądzenie od skarżącego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazała, że umowa w sprawie zamówienia publicznego: „dostawa osprzętu światłowodowego do wyposażenia przyłączy sieci TASK” została wykonana. Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2011 r. odebrał przedmiot zamówienia. Powołując się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2005 r. sygn. akt III CZP 73/05, wskazał, że sam fakt zawarcia umowy nie uniemożliwia przeprowadzenia kontroli skargi, jednak staje się ona bezprzedmiotowa w razie, gdyby zdarzyło się, że umowa została wykonana. Wówczas postępowanie wszczęte skargą polegałoby umorzeniu.

Z ostrożności procesowej, wskazała, że skarga powoda nie zasługuje na uwzględnienie, odwołanie powoda nie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w terminie 5 dni od daty otrzymania zawiadomienia o czynności zamawiającego (pozwanego). Zgodnie z prawem zamówień publicznych dla zachowania terminów określonych w art. 182 ust. 3 pkt 2 ustawy wymagane jest wniesienie odwołania do Prezesa KIO w jednej z form określonych w art. 180 ust. 4. W prawie polskim nie ma możliwości, aby równolegle obowiązywały dwa wykluczające się uregulowania. Niewłaściwe zatem byłoby stosowanie przepisu art. 165 ust. 2 k.p.c. W odniesieniu do wnoszenia odwołania do Prezesa KIO bezpieczny podpis elektroniczny jest bezwzględnie wymagany. Dalej wskazał, że skarżący błędnie interpretuje uregulowanie zawarte w art. 180 ust. 4 Pzp. Wniesienie odwołania należy bowiem utożsamiać z jego doręczeniem Prezesowi Izby.

Krajowa Izba Odwoławcza wydając zaskarżone postanowienie nie naruszyła przepisów postępowania przed Izbą i dokonała prawidłowej subsumcji.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga Przedsiębiorstwa Innowacji Technicznych OPTRONIK Sp. z o.o. nie zasługuje na uwzględnienie aczkolwiek z innych powodów, niż zaprezentowane w skardze.

W pierwszej kolejności zważyć należy, że wniesienie skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia

publicznego. W związku z powyższym może dojść do sytuacji, w której sąd okręgowy będzie orzekać w przedmiocie skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w momencie, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie już zawarta i wykonywana, a może nawet już wykonana. Zagadnienie powyższe stało się przedmiotem analizy SN, który w uchwale z dnia 14 października 2005 r., III CZP 73/05, OSNC 2006, nr 7-8, poz. 121, stwierdził, że zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie Zespołu Arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana. Innymi słowy wykonanie umowy, jest przeszkodą uniemożliwiającą rozpoznanie skargi.

Z wyżej opisaną sytuacją mamy do czynienia na kanwie rozpoznawanej sprawy. Z dokumentów załączonych przez zamawiającego Politechnikę Gdańską do odpowiedzi na skargę w postaci trzech protokołów stanowiących załącznik nr 1 do umowy ZP-4/022/D/2011 odbioru zamówienia z dnia 20 kwietnia 2011 r. wynika, że umowa została wykonana w całości. Co prawda w uwagach „części II” protokołu odbioru zamówienia strony odnotowały, że rozdzielacz kabli światłowodowych nie spełnia wymagań SIWZ, albowiem jest to produkt inny niż przedstawiony w ofercie, a pełnomocnik zamawiającego na rozprawie w dniu 25 maja 2011 r. podniósł, że elementy te zostały wymienione przez wykonawcę, to jednak nie sposób uznać, aby okoliczność ta przekreślała fakt, że umowa została w całości wykonana. Należy, bowiem podkreślić, że wszelkie roszczenia wynikające z ewentualnych ujawnionych po wykonaniu umowy wad mogą być przedmiotem roszczeń gwarancyjnych lub wynikać z rękojmi, lecz roszczenia te mogą być tylko podnoszone pomiędzy stronami umowy, którą niewątpliwie nie jest skarżący. Składane, więc na rozprawie przed Sądem Okręgowym oświadczenie pełnomocnika skarżącego dotyczące braku dowodu wykonania umowy w całości przedmiotu zamówienia nie mogą odnieść zamierzonego skutku.

W tym stanie rzeczy, mając na uwadze ww. uchwałę Sądu Najwyższego uznać należy, że skoro umowa została w całości wykonana, to rozpoznanie skargi w tej sytuacji staje się bezprzedmiotowe. Podkreślić przy tym należy, że zgodnie z art. 194 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp) (Dz. U. 2010 Nr 113 poz. 759 j.t.), w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy Prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej. W rozdziale tym nie ma szczególnych unormowań dotyczących umorzenia postępowania, gdyż art. 198 (7) ust. 3 ustawy Pzp stanowi jedynie, że jeżeli odwołanie zostaje odrzucone albo zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd uchyła wyrok oraz odrzuca odwołanie lub umarza postępowanie. Podobnie ogólne sformułowanie znajduje się w art. 386 § 3 k.p.c., dotyczącym apelacji (art. 391 § 2 k.p.c. o umorzeniu postępowania apelacyjnego na skutek cofnięcia apelacji nie wchodzi w rozpoznawany przypadek w grę). W tej sytuacji należy na podstawie art. 391 § 1 k.p.c. odwołać się do ogólnej normy art. 355 § 1 k.p.c., regulującej umorzenie postępowania. Zgodnie z tym przepisem, sąd wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania, jeżeli wydanie wyroku stało się zbędne lub niedopuszczalne. Panuje przy tym zgoda, że zbędność lub niedopuszczalność wyroku musi mieć za przyczynę zdarzenie zaszłe w toku postępowania.

Nie ulega wątpliwości, że zawarcie przez zamawiającego umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego w trakcie postępowania ze skargi na wyrok zespołu arbitrów nie mieści się w żadnej z ustawowych kategorii przyczyn umorzenia postępowania. Jednakże w doktrynie proponuje się zastosowanie rozszerzającej wykładni pojęcia "zbędności" wydania wyroku przez rozciągnięcie tego określenia także na przypadek wykonania zawartej przez zamawiającego umowy. Przytoczona argumentacja prowadzi zatem do wniosku, że zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana, tak jak w rozpoznawanej sprawie.

W tym stanie rzeczy kontrola orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w stanie faktycznym niniejszej sprawy staje się bezprzedmiotowa, skoro zdarzyło się, że umowa została wykonana. Postępowanie wszczęte skargą podlega więc umorzeniu, a uczestnikowi kwestionującemu wynik przetargu pozostaje droga dochodzenia ewentualnych roszczeń

odszkodowawczych. Z tych przyczyn postępowanie w przedmiocie rozpoznania skargi podlegało umorzeniu na mocy art. 198(7) ust. 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego bezprzedmiotowe stało się ustosunkowanie do zarzutów prezentowanych w skardze na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej. Na marginesie jedynie zauważyć należy, że Sąd Rejonowy podziela w pełni ustalenia i wnioski, do jakich doszła w postanowieniu Krajowa Izba Odwoławcza. Szeroko i konsekwentnie prezentowany jest bowiem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, że ustawa Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw nie wiąże żadnych skutków z nadaniem odwołania w placówce operatora publicznego ani z nadaniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu. Po rzeczonyj nowelizacji, dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. W przepisach Prawa zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy Prawa zamówień publicznych w dotychczasowym brzmieniu (sprzed nowelizacji) wyraźnie stanowiły, iż „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu” (art. 184 ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie "wniesienia odwołania" z jego doręczeniem. Potwierdzeniem słuszności powyżej zaprezentowanej interpretacji jest odmienne od regulacji dotyczącej terminu na wniesienie odwołania, uregulowanie tego terminu na wniesienie skargi do Sądu, gdzie kwestia dotrzymania terminu do wniesienia skargi na orzeczenie Izby związana jest z jej złożeniem w placówce pocztowej operatora publicznego, co zostało wyraźnie w ustawie przewidziane (art. 193b ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych po nowelizacji). Powyższe oznacza, że ustawodawca dla skutecznego wniesienia odwołania zastrzegł wyraźnie doręczenie odwołania w ustawowym terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (v. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 25 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1203/10, LEX NR 590060). Zastosowanie przepisów kodeksu postępowania cywilnego na mocy art. 185 ust. 7 ustawy Pzp musi obywać ograniczone z uwagi na szczegółowe uregulowanie tej kwestii w ustawie Pzp, a nadto może mieć jedynie zastosowanie odpowiednie, a zatem musi uwzględniać odmierności jakie wynikają z charakteru postępowania w przedmiocie zamówień publicznych.

O kosztach postępowania skargowego, Sąd Okręgowy orzekł na mocy art. 198f ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. or/girtaie właściwe podpis*"