

ODPIS

Sygn. akt II Ca 435/08

POSTANOWIENIE

Dnia 29 września 2008 r.

Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim II Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodnicząca: SSO Marianna Cichocka
Protokolant: SSO Grzegorz Ślęzak (spr.)
Sędziowie: SSO Jarosław Gołębiowski
Justyna Dolata

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2008 roku

sprawy ze skargi wykonawcy Konsorcjum firm: ALSTOM Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Elblągu oraz ALSTOM Power Centrales we Francji

z udziałem zamawiającego BOT Elektrownia Bełchatów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rogowcu

na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 17 lipca 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 681/08

postanawia:

oddalić skargę i zasądzić od wykonawcy Konsorcjum firm: ALSTOM Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Elblągu oraz ALSTOM Power Centrales we Francji na rzecz zamawiającego BOT Elektrownia Bełchatów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rogowcu kwotę 3600 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

Na oryginał s.

**Za zgodność świadczy
SEKRETARZ SĄDOWY**

Sygn. akt II Ca 435/08

UZASADNIENIE

Zaskarżonym postanowieniem z dnia 17 lipca 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 681/08 Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm: ALSTOM Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Elblągu oraz ALSTOM Power

Centrales Francja od rozstrzygnięcia przez zamawiającego BOT Elektrownia Bełchatów S.A. w Rogowcu protestu z dnia 20 czerwca 2008 roku rozstrzygając jednocześnie o kosztach postępowania odwoławczego.

Podstawę powyższego postanowienia stanowiły przytoczone poniżej ustalenia i zarazem rozważania Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający, tj. BOT Elektrownia Bełchatów S.A. prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o zamówienie publiczne na modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i 6. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 8 kwietnia 2008 roku za numerem 2008/S 68-092235.

Pismem z dnia 5 czerwca 2008 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stwierdzając, że warunki udziału w postępowaniu spełnia dwóch wykonawców: Konsorcjum firm ABB Sp. z o.o. i ABB AG oraz wykonawca EMERSON Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. Pismem z tego samego dnia Zamawiający poinformował wykonawców o wykluczeniu z postępowania wykonawcy YOKOGAWA Deutschland GmbH oraz Konsorcjum firm ALSTOM Power Sp. z o.o. i ALSTOM Power Centrales zwane dalej Konsorcjum ALSTOM.

Wykonawca Konsorcjum ALSTOM został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp z uwagi na niezłożenie (mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 13 maja 2008 r.) informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej dwóch członków organu zarządzającego spółki.

Na powyższą czynność protest złożyło w dniu 20 czerwca 2008 roku Konsorcjum ALSTOM stwierdzając, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Protestującego z postępowania została podjęta w oparciu o błędne założenie, że pan Robert Mahler i pan Gerard Payrou są członkami zarządu ALSTOM Power Centrales. Protestujący wyjaśnił, że ALSTOM Power Centrales jest spółką francuskiego prawa handlowego i jako taka posiada organy skonstruowane w ramach systemu monistycznego, w którym status członka zarządu posiada osoba określana dyrektorem generalnym lub dyrektorem wykonawczym. Statusu takiego nie posiadają panowie Robert Mahler i Gerard Payrou. Powyższa okoliczność, zdaniem Protestującego, jasno wynika z wypisu z rejestru KBIS.

Protestujący wniósł o:

- unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- dokonanie powtórnej czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 27 czerwca 2008 roku (pismem z dnia 26 czerwca 2008 roku) przez jego oddalenie.

Wobec powyższego, w dniu 2 lipca 2008 roku Konsorcjum ALSTOM wniosło odwołanie zarzucając jak w proteście. Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności oddalenia protestu,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący - Konsorcjum firm ALSTOM Power Spółka z o.o. i ALSTOM Power Centrales otrzymał rozstrzygnięcie protestu dokonane przez Zamawiającego w dniu 27 czerwca 2008 roku (okoliczność bezsporna), zatem od tej daty należy liczyć pięciodniowy termin na wniesienia odwołania, wskazany w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołanie od w/w rozstrzygnięcia protestu zostało nadane w placówce pocztowej do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i do Zamawiającego w dniu 2 lipca 2008 roku tj. w ostatnim dniu terminu.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego oraz okazaną kopią odwołania opatrzoną prezentatą, kopia odwołania wpłynęła do Zamawiającego w dniu 7 lipca 2008 roku. Dowodu przeciwnego na tę okoliczność Odwołujący nie przeprowadził.

Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym, zatem jego niedochowanie wiąże się z konsekwencjami w postaci odrzucenia odwołania. Izba stoi na stanowisku, że termin ten nie został dotrzymany w niniejszym stanie faktycznym. Należy zwrócić uwagę na znaczenie słowa „przekazać”. Zgodnie ze znaczeniem podanym w Nowym słowniku języka polskiego (Warszawa 2002 r.), oznacza ono „podać coś do czyjejś wiadomości, powtórzyć czyjeś polecenie, słowa”. Przekazania zakłada zatem dotarcie oświadczenia, wiadomości do adresata. Określenie „Jednocześnie” oznacza „w tym samym dniu”. Celem w/w regulacji jest zapewnienie zamawiającemu możliwości uzyskania wiedzy o skorzystaniu przez wykonawców ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, a tym samym wiedzy o tym czy protest został ostatecznie rozstrzygnięty.

Art. 184 ust. 2 ustawy Pzp nie zawiera co prawda dyspozycji, jaką zawiera w swej treści art. 180 ust. 2 ustawy Pzp tj. wypowiedzianego wprost wymogu, aby w terminie na wniesienie odwołania Zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią. Jednakże na taki sam skutek we wniesieniu odwołania wskazuje zdanie drugie ust. 2 art. 184, które stanowi, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Analogicznego skutku ustawa nie przewiduje dla nadania odwołania w placówce pocztowej do Zamawiającego.

Powyższe stanowisko podzielił m. in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 roku (sygn. akt V Ca 117/07) uznając, iż priorytetową sprawą przy przekazaniu kopii odwołania zamawiającemu jest cel, jakiemu ma służyć ta czynność. Celem tym jest jak najszybsze powzięcie przez zamawiającego wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem. W ocenie Sądu, o zachowaniu terminu na przekazania kopii odwołania zamawiającemu i wywiązaniu się z obowiązku jednoczesności można mówić wtedy, gdy kopia odwołania dotrze do zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Odnosząc się do formy przekazania pisma przez jego nadanie w urzędzie pocztowym Sąd stwierdził, iż jest ona zastrzeżona wyłącznie dla czynności wniesienia odwołania, natomiast forma ta nie została przewidziana w przepisach ustawy dla powiadomienia zamawiającego o tej czynności poprzez przekazanie kopii odwołania, a zatem nie może być domniemywana.

Biorąc pod uwagę, iż przekroczony został termin wskazany w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Skargę na powyższe postanowienie wniósł wykonawca Konsorcjum: ALSTOM Power Sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Elblągu oraz ALSTOM Power Centrale Francja zarzucając mu naruszenie prawa materialnego, tj. art. 184 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nie mające podstawy prawnej uznanie, że termin przekazania kopii odwołania przeciwnikowi skargi (zamawiającemu) nie został dochowany, z uwagi na złożenie tej kopii odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego w ostatnim dniu do wniesienia odwołania i faktyczne otrzymanie jej przez zamawiającego w dniu 7 lipca 2008 roku, a w konsekwencji nie rozpoznanie odwołania co do istoty.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej - w całości przez jego uchylenie oraz uwzględnienie odwołania Konsorcjum z dnia 2 lipca 2008 roku, a także o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający BOT Elektrownia Bełchatów S.A. w Rogowcu wnosil o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania wywołanego wniesieniem skargi.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest nieuzasadniona i podlega oddaleniu. W sprawie nie doszło do rozpoznania przez KIO odwołania co do jego istoty, gdyż zaskarżonym postanowieniem prawidłowo odwołanie zostało odrzucone na podstawie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp jako niespełniające

wymogu formalnego przewidzianego w art. 184 ust. 2 Pzp.

Art. 184 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem do Prezesa Urzędu. Uchybienie temu obowiązkowi powoduje odrzucenie odwołania (art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp). Mając na uwadze ogólną zasadę rządzącą postępowaniem o zamówienie publiczne tj. szybkość i cel jakiemu służy powiadomienie zamawiającego o odwołaniu tj. po pierwsze konieczność poinformowania o jego treści innych zainteresowanych - wykonawców, po drugie jak najszybsze powzięcie wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem, a tym samym możliwość skutecznego zawarcia umowy z wykonawcą najkorzystniejszej oferty, w ocenie Sądu Okręgowego, o zachowaniu terminu na przekazanie kopii zamawiającemu i wywiązaniu się z obowiązku jednoczesności możemy mówić wtedy, gdy kopia tego odwołania dotrze do zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Jak wynika z zapisu ustawy skuteczność zachowania terminu poprzez złożenie w placówce operatora publicznego zastrzeżona jest wyłącznie dla wniesienia odwołania, zapis ten pozostał w niezmienionym brzmieniu mimo zmiany treści powołanego artykułu w 2006 roku. Taka możliwość nie została wprost przewidziana dla powiadomienia Zamawiającego, co nie znaczy, że jest niedopuszczalna i wykluczona. Składający odwołanie może jego kopię nadać do Zamawiającego pocztą, jednak by uznać za spełniony warunek określony w przepisie, do wiadomości adresata musi ona dotrzeć w czasie przewidzianym ustawą Pzp dla jego wniesienia, czyli 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu. W niniejszej sprawie 5 dni od doręczenia Konsorcjum rozstrzygnięcia protestu minęło dnia 2 lipca 2008 roku, tymczasem kopia odwołania nadana przez Konsorcjum dotarła do Zamawiającego 7 lipca 2008 roku, co jest bezsporne. Tak więc stwierdzić należy, iż wymóg przewidziany w powołanym art. 184 ust. 2 ustawy Pzp nie został spełniony i zachowany przez Odwołującego, a to zgodnie z treścią art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp skutkuje odrzuceniem odwołania. Wprowadzenie przez ustawodawcę zmianą ustawy Pzp także przemawia za taką interpretacją wymogu określonego art. 184 jaką zaprezentował Sąd.

Podobne stanowisko w omawianej kwestii formalnej zajęły również Sądy Okręgowe w Warszawie (wyrok z dnia 30 stycznia 2007 roku - sygn. akt V Ca 117/07, wyrok z dnia 5 listopada 2007 roku w sprawie V Ca 1889/07 i wyrok z dnia 27 kwietnia 2007 roku w sprawie V Ca 467/07), w Katowicach (wyrok z dnia 28 lutego 2008 roku w sprawie XIX Ga 40/08), w Szczecinie (wyrok z dnia 12 lipca 2007 roku w sprawie VIII Ga 124/07).

Na podobnym stanowisku stoi też Komentarz do prawa zamówień publicznych Jerzego Pieroga (wyd. 2007, patrz teza 8 do art. 184 Pzp).

Dlatego też mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy uznał skargę za nieuzasadnioną i oddalił ją na podstawie art. 198 ust. 2 Pzp rozstrzygając o kosztach postępowania skargowego między stronami na podstawie art. 98 kpc.

G.Ś./J.D.

A'a oryginalne

**7a zgodność świadk
SEKRETARZ SĄDO**