

Sygn. akt: KIO/UZP 1039/09

POSTANOWIENIE
z dnia 27 sierpnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Izabela Kuciak
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 24 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ABB Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., 02-377 Warszawa, ul. Mszczonowska 4** protestu z dnia 3 lipca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: CONTROL PROCESS S.A., PBG S.A., GAS & OLI Engineering a.s., 33-100 Tarnów, ul. Skrzyszowska 6** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1039/09 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: ABB Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 1

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 1 524 zł 67 gr (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złotych sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: ABB Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 1,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 18 475 zł 33 gr (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ABB Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 1.**

Uzasadnienie

Stan faktyczny

POSTĘPOWANIE

Zamawiający, Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., prowadził w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę pod klucz Tłoczni Jarosław II dla zadania inwestycyjnego Modernizacja Tłoczni Jarosław II.

W dniu 23.06.2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Konsorcjum firm: ABB Sp. z o.o. z Warszawy i Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych "POL-AQUA" S.A. z Piaseczna (dalej „Konsorcjum ABB”).

PROTEST

W dniu 03.07.2009 r. Konsorcjum wykonawców: Control Process S.A. z Tarnowa, PBG S.A. z Wysogotowa k. Poznania, GAS & GIL Engineering a.s. Krpatska z Popradu, Słowacja (dalej "Konsorcjum Control Process") wniosło protest na ww. czynność zamawiającego podnosząc bezprawny wybór oferty Konsorcjum ABB.

PRZYSTĄPIENIE DO PROTESTU

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 06.07.2009 r., Konsorcjum ABB w dniu 09.07.2009 r. przekazało zamawiającemu przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia ww. protestu domagając się utrzymania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 13.07.2009 r. zamawiający uwzględnił protest w części – podzielił niektóre zarzuty skutkujące koniecznością odrzucenia oferty i zadeklarował, iż z chwilą ostatecznego rozstrzygnięcia protestu unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

ODWOŁANIE

W dniu 22.07.2009 r. Konsorcjum ABB wniosło odwołanie od ww. uwzględnienia protestu.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp Izba z urzędu odrzuca odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony. Ponadto na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy odrzuca się odwołanie, które nie zostało poprzedzone protestem, z zastrzeżeniem art. 181 ust. 4 dotyczącym uczestnictwa w postępowaniu toczącym się w wyniku protestu.

Z całokształtu regulacji ustawy dotyczącej środków ochrony prawnej wynika, iż odwołanie od rozstrzygnięcia protestu mogą złożyć jedynie protestujący lub uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, który skutecznie, tj. zgodnie z przepisami ustawy, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania protestacyjnego (lub inaczej: odwołanie musi zostać poprzedzone protestem – własnym lub protestem, do którego odwołujący przystąpił). Podmioty postronne, czy nawet inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie mogą składać odwołań od rozstrzygnięcia „cudzych” protestów. W takich przypadkach odwołanie należy uznać za wniesione przez podmiot nieuprawniony oraz za niepoprzedzone protestem.

Okoliczności sprawy uzasadniają zastosowanie w stosunku do przedmiotowego postępowania dyspozycję obu ww. przepisów.

W trakcie postępowania toczącego się w wyniku złożenia protestu przez Konsorcjum Control Process, po otrzymaniu w dniu 06.07.2009 r. informacji o wniesionym proteście i

wezwanu do przystąpienia do postępowania toczącego się w jego wyniku, odwołujący wniósł przystąpienie do zamawiającego w dniu 09.07.2009 r., natomiast kopię przystąpienia przekazał protestującemu faksem w dniu 10.07.2009 r. - powyższe okoliczności nie są sporne pomiędzy uczestnikami postępowania odwoławczego, którzy jednak odmiennie oceniają ich skutki prawne związane z oceną prawidłowości przystąpienia do postępowania protestacyjnego i tym samym ewentualnym odrzuceniem odwołania.

W trakcie posiedzenia odwołujący podnosił, iż przepisem regulującym oraz warunkującym skuteczność przystąpienia do postępowania protestacyjnego jest tylko art. 181 ust. 4 ustawy, do którego referuje przepis art. 187 ust. 4 pkt 2 uzależniając możliwość odrzucenia odwołania jedynie od naruszenia tego przepisu. Natomiast niewypełnienie wymogów art. 181 ust. 5 jest uchybieniem proceduralnym bez znaczenia dla skuteczności przystąpienia oraz pozbawionym jakiegokolwiek sankcji, w szczególności w postaci odrzucenia wniesionego następnie odwołania. Zdaniem odwołującego do opisanej sytuacji nie odnosi się żadna z norm art. 187 ust. 4 stanowiących zamknięty katalog przesłanek odrzucenia odwołania.

Przystępujący podnosił, iż odwołujący z uwagi na zbyt późne przekazanie kopii przystąpienia protestującemu (bez zachowania wymogu jednoczesności), nie przystąpił skutecznie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i tym samym jego odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 i 3 ustawy.

Zamawiający swojego stanowiska w przedmiocie powyższej kwestii nie przedstawił.

Skład orzekający Izby nie podzielił argumentacji odwołującego. Izba wskazuje, iż odesłanie do art. 181 ust. 4 ustawy zawarte w przepisie art. 187 ust. 4 pkt 2 należy rozumieć li tylko jako zastrzeżenie, iż uczestnik postępowania protestacyjnego może wnieść własne odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, którego nie złożył, ale do którego się przyłączył, czyli jest uczestnikiem postępowania, o którym mowa w art. 181 ust. 4. Z redakcji przepisu art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp nie wynika ograniczenie dla badania przesłanek skuteczności przystąpienia jedynie do wymogów zawartych w art. 181 ust. 4 z pominięciem norm pomieszczonych w innych jednostkach redakcyjnych ustawy. Przeciwnie, instytucja przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu kompleksowo i nierozzerwalnie unormowana została w ustępach 4 i 5 art. 181, których regulację, w celu oceny prawidłowości i tym samym skuteczności przystąpienia do postępowania protestacyjnego, należy odczytywać i stosować łącznie.

W ust. 4 art. 181 ustawa stanowi, iż uczestnikiem postępowania protestacyjnego staje się wykonawca, który do postępowania przystąpił, wskazując jednocześnie terminy dla dokonania tego typu czynności oraz statuuje materialny wymóg posiadania interesu w rozstrzygnięciu protestu na korzyść jednej ze stron.

Dodatkowe – co nie znaczy, że nieistotne – wymogi w przedmiocie przystąpienia pomieszczone zostały w ust. 5 art. 181 Pzp, który stanowi, iż wykonawca zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście, a zgłoszenie przystąpienia wnosi się do zamawiającego, przekazując jednocześnie jego kopię wykonawcy wnoszącemu protest. W przypadku zgłoszenia przystąpienia do postępowania protestacyjnego bez zachowania powyższych ustawowych wymogów sformułowanych w ust. 5 art. 181, nie można uznać, iż mamy do czynienia ze zgłoszeniem wskazanym w ww. przepisie, a tym samym nie można przyjąć, iż doszło do przystąpienia w rozumieniu art. 181 ust. 4 Pzp. Logiczny ciąg tranzytywnych wnioskowań jest w tym przypadku prosty oraz intuicyjnie uchwytany bez potrzeby dokonywania jakiegokolwiek formalizacji: aby zostać uczestnikiem postępowania protestacyjnego należy doń przystąpić; aby przystąpić do postępowania protestacyjnego należy zgłosić swoje przystąpienie; aby zgłoszenie przystąpienia mogło zostać uznane za przystąpienie w rozumieniu ustawy i tym samym wywołać określone skutki prawne, powinno zostać wniesione zgodnie z regulacjami obowiązującymi w tym zakresie (wszystkimi). Zastosowanie jakiegokolwiek „wybiórczości” w tym przedmiocie, tj. wykazywania, iż część wymogów ustawowych dotyczących przystąpienia, np. zawartych w ust. 5 art. 181 Pzp, jest nieistotna, nie znajduje żadnego oparcia w przepisach oraz jest niedopuszczalne ze względu na konsekwencje tego typu stanowiska. Powyższe prowadziłoby mianowicie do dopuszczenia aby przystąpienia do postępowania protestacyjnego były zgłaszane nie tylko bez wskazywania na interes przystępującego czy określania żądań co do zarzutów protestu lub bez jednoczesności przekazywania kopii przystąpienia protestującemu, ale skutkowałoby również brakiem obowiązku zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu, który jako adresat przystąpienia jest wskazany jedynie w ww. przepisie.

Skład orzekający Izby podkreśla raz jeszcze, odwracając powoływane wyżej wnioski: bez dokonania zgodnego z ustawą zgłoszenia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu (art. 181 ust. 5), wykonawca nie może skutecznie przystąpić do postępowania i zostać uznany za jego uczestnika (art. 181 ust. 4).

Odnosząc powyższe do niniejszego odwołania stwierdzić należy, iż odwołujący zgłaszając przystąpienie do postępowania protestacyjnego do zamawiającego w ostatnim dniu terminu na jego wniesienie, nie przekazał jednocześnie jego kopii protestującemu, ale uczynił to dopiero w dniu następnym. Wskazaną i wymaganą w przepisie art. 181 ust. 5 ustawy „jednoczesność przekazania kopii” należy rozumieć i interpretować na sposób wskazywany w orzecznictwie dotyczącym tego samego wyrażenia pomieszczonego w art. 184 ust. 4 Pzp, czyli dosłownie, jako przekazanie w tym samym czasie, momencie, bez zbędnej zwłoki, a przynajmniej w trzydniowym terminie na przekazanie samego przystąpienia (różne

cele powoływanych wyżej przepisów nie mają znaczenia wobec tożsamości ich treści dotyczącej przekazania kopii – odwołania lub przystąpienia).

Brak jednoczesnego przekazania kopii przystąpienia protestującemu stanowi niedopełnienie wymogów ustawowych odnoszących się do sposobu zgłoszenia przystąpienia do postępowania protestacyjnego i tym samym skutkuje niemożnością uznania takiego przystąpienia za skuteczne.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż odwołujący nieprawidłowo, tj. w sposób niezgodny z przepisami ustawy, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu Konsorcjum Control Process i tym samym nie stał się jego uczestnikiem. Konsekwentnie, wobec faktu, iż przedmiotowe odwołanie nie zostało poprzedzone protestem odwołującego, a odwołujący nie może zostać uznany za podmiot, o którym mowa w art. 181 ust. 4, stwierdzić należy, iż odwołanie zostało złożone przez podmiot nieuprawniony do jego wniesienia.

Na marginesie Izba wskazuje, iż fakt zgłoszenia wniosku o odrzucenie odwołania przez przystępującego po stronie zamawiającego, przy jednoczesnym braku takiego wniosku ze strony zamawiającego, w świetle norm ustawy regulujących zakres działania przystępującego jest dla sprawy zupełnie relewantny. Nawet w przypadku proceduralnej niedopuszczalności tego typu wniosków, Izba w przedmiocie odrzucenia odwołania nie jest związana zakresem wniosków czy ich ewentualnym brakiem, ale z urzędu bada wystąpienie przesłanek do odrzucenia odwołania i w przypadku ich wystąpienia jest zobligowana zastosować odpowiednie przepisy. Natomiast samo wskazanie na fakty i okoliczności skutkujące odrzuceniem odwołania nie jest czynnością ani oświadczeniem, które mogłyby pozostawać w sprzeczności z brakiem czynności czy oświadczeń strony, która jakiegokolwiek wiedzy w przedmiocie powoływanych faktów nie posiada (art. 184 ust. 5 Pzp).

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i art. 187 ust. 4 pkt 2 i 3 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....