

Sygn. akt: KIO 1117/2011

POSTANOWIENIE
z dnia 6 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 6 czerwca 2011r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2011r. przez **Odwołującego** Landis + Gyr Sp. z o.o., 02-468 Warszawa, Aleje Jerozolimskie 212 w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** EnergiaPro S.A, 53-314 Wrocław, Pl. Powstańców Śląskich 20

przy udziale **Przystępującego po stronie Zamawiającego** ELSTER Kent Metering Sp. z o.o., 95-100 Zgierz, ul. Szczawińska 42c

postanawia:

1. odrzucić odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** Landis + Gyr Sp. z o.o., 02-468 Warszawa, Aleje Jerozolimskie 212 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 **zł** (słownie złotych: piętnaście tysięcy) uiszczoną przez **Odwołującego** Landis + Gyr Sp. z o.o., 02-468 Warszawa, Aleje Jerozolimskie 212 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** Landis + Gyr Sp. z o.o., 02-468 Warszawa, Aleje Jerozolimskie 212 na rzecz **Zamawiającego** EnergiaPro S.A, 53-314 Wrocław, pl. Powstańców Śląskich 20 kwotę 3600,00 **zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą

Sygn. akt KIO 1117/11

uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

W dniu 27 maja 2011r. Landis + Gyr Sp. z o.o., 02-468 Warszawa, Aleje Jerozolimskie 212 zwany dalej „Odwołującym” wniósł odwołanie.

Odwołanie zostało wniesione w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę liczników przemysłowych i bilansowych na potrzeby EnergiaPro S.A., które zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.03.2011r. pod poz.2011/S 52-085706.

Odwołujący zaskarżył czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w tym postępowaniu przez EnergiaPro S.A. pl. Powstańców Śląskich 20, 53-314 Wrocław zwany dalej „Zamawiającym”.

W dniu 1 czerwca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany to jest Elster Kent Metering sp. z o.o. ul. Szczawińska 42 c 95-100 Zgierz zwany dalej „Przystępującym pod stronie Zamawiającego”.

W dniu 3 czerwca 2011r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „Ustawą Pzp” podnosząc, że Odwołujący jako podwykonawca jest podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania, ponieważ występuje w bezpośrednich relacjach prawnych z wykonawcą, a nie z zamawiającym.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba ustaliła co następuje

Z treści odwołania wynika, że Odwołujący zawarł umowę ze spółką Energia pro Pomiary sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, która to spółka złożyła ofertę Zamawiającemu w przetargu nieograniczonym, na dostawę liczników w związku z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Powyższe okoliczności znajdują potwierdzenie w doręczonej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia jak i okazały się bezsporne pomiędzy stronami w dniu 6 czerwca 2011r. na posiedzeniu z udziałem stron.

Odwołujący w czasie posiedzenia, po zapoznaniu się z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu.

Na poparcie twierdzenia, że jako podwykonawca jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, powołał się na zmianę treści art. 179 ust.1 ustawy Pzp oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010r. o Sygn. akt KIO/UZP 1983/09 zamieszczony w zielonym zeszycie nr 6 wydanie grudzień 2010r.

Zamawiający i popierający Przystępujący pod stronie Zamawiającego wnosili o odrzucenie odwołania motywując, że ostatnie zmiany treści art. 179 ust.1 ustawy Pzp nie dają uprawnienia podwykonawcom do wnoszenia odwołania.

Izba zważyła co następuje

Ustawą z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw zwaną „dużą nowelizacją” wprowadzono zmianę dotychczasowego brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ”Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy” na następujące brzmienie: „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym, dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli miał lub ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.”

Nowa redakcja wyżej cytowanego przepisu art.179 ust.1 ustawy Pzp wprowadziła zamiast pojęcia „interesu prawnego” pojęcie „interesu”, co odpowiada formule pojęcia „interesu” użytego w artykułach 1 ust.3 zmienionej Dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG, Dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007r.

Powyższa zmiana „interesu prawnego” na „interes” nie zmienia faktu, że interes wykonawcy nadal wynika z normy prawa, w tym wypadku ustawy Prawo zamówień publicznych. Bowiern jak wynika z art. 180 ust.1 i również z art. 179 ust.1 odwołanie przysługuje wyłącznie w sytuacji niezgodnej z przepisami czynności lub brakiem czynności po stronie zamawiającego (art.180 ust.1) czyli wynika z naruszenia przepisów ustawy Pzp (art.179 ust.1).

Użycie w Dyrektywach nie zdefiniowanego rodzajowo interesu uwzględnia prawodawstwa krajowe, które regulują rodzaje interesów, które uprawniają do skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej. Postępowanie odwoławcze w sprawach zamówień publicznych

jest postępowaniem o charakterze cywilnym (art. 14 ustawy Pzp). Z kolei procedura cywilna zna pojęcia interesu prawnego (np.:art.76 k.p.c.- interwencja uboczna czy art.189 k.p.c.- powództwo o ustalenie) czy interesu społecznego (art.7k.p.c.- udział w postępowaniu prokuratora).

Doktryna w zakresie interesu prawnego między innymi stwierdza” Pojęcie interesu prawnego, występującego w przepisach kpc nie jest ustawowo określone. Wyjaśnia go doktryna i judykatura.(...) Najogólniej ujmując, interes prawny jest to taki interes, który wiąże się ze sferą prawną danego podmiotu(...). Kodeks postępowania cywilnego Komentarz do art.1-336 Tom I red. prof. dr. hab. Kazimierz Piasecki Rok wydania 2010 Wydawnictwo C.H Beck Wyd.5.

W związku z powyższym w ocenie Izby użycie w art.179 ust.1 ustawy Pzp pojęcia „interesu” zamiast „interesu prawnego” nie rodzi nowego uprawnienia podmiotowego do składania środków ochrony prawnej to jest uprawnienia dla „podwykonawcy”, który nie jest stroną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a którymi są wykonawca (art.2 pkt 11 ustawy Pzp – ilekroć w ustawie jest mowa o Wykonawcy- należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego) lub potencjalny wykonawca (art. 179 ust.1 ustawy Pzp – środki ochrony prawnej przysługują (...) także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia) i zamawiający (art.2 pkt 12 ustawy Pzp - ilekroć w ustawie jest mowa o zamawiającym- należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej obowiązującą do stosowania ustawy).

Reasumując w świetle obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych stronami w postępowaniu odwoławczym pozostają wykonawca zdefiniowany w wyżej cytowanym art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, potencjalny wykonawca (zdefiniowany w art. 179 ust.1 ustawy Pzp jako „inny podmiot” w praktyce postępowania o udzielenie zamówienia publicznego aktywujący się np.:w zaskarżeniu ogłoszenia o zamówieniu, zaskarżeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaskarżeniu wyboru trybu postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiającego) i zamawiający.

Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje uczestników postępowania odwoławczego, ale status przystępującego ogranicza stricte do wykonawcy czyli osoby co najmniej ubiegającej się o udzielenie zamówienia (art.185 ust.2 ustawy Pzp – Wykonawca może przystąpić do postępowania odwoławczego (...)).

Dopuszczenie podwykonawcy do samodzielnego wytoczenia odwołania nie znajduje również

uzasadnienia racjonalnego, ponieważ takie działanie podwykonawcy może naruszać interes wykonawcy, któremu „przysługuje złożenie odwołania” (art. 179 ust.1 i art. 180 ust.1 ustawy Pzp) co należy rozumieć jako prawo, a nie obowiązek składania odwołania.

Przy uwzględnieniu, iż interes wykonawcy nie jest tożsamy z interesem podwykonawcy, danie prawa podwykonawcy do samodzielnego wytoczenia powództwa przeciwko zamawiającemu (złożenie odwołania) naruszyłoby suwerenność decyzji wykonawcy co do zaskarżenia bądź odstąpienia od zaskarżenia czynności lub zaniechania zamawiającego, nawet dokonanych z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dopóki art. 179 ust.1 ustawy Pzp nie formułuje prawa podwykonawcy wykonującego całość zamówienia objętego ofertą wykonawcy do złożenia odwołania od czynności lub zaniechania zamawiającego z naruszeniem ustawy Pzp, podwykonawca nie może złożyć jako suwerenny podmiot odwołania.

Odnosząc się do uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010r. w sprawie o Sygn. akt KIO/UZP 1983/09 przywoływanego przez Odwołującego, to należy zaznaczyć, że nastąpiło ono pod rządami poprzednio obowiązującego stanu prawnego art.179 ust.1 ustawy Pzp oraz wskazuje się w nim na interes faktyczny, majątkowy czy ekonomiczny, który nie jest regulowany ani w prawie cywilnym, ani w doktrynie oraz również w orzecznictwie w sprawach rozpoznawanych po ostatniej zmianie brzmienia art.179 ust.1 ustawy Pzp.

Poza tym przywołane uzasadnienie Wyroku nie stanowi źródła prawa i nie może stanowić przesłanki do nie odrzucenia odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji postanowienia uznając Odwołującego za podmiot nieuprawniony do wniesienia odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1i pkt 2 lit.b w związku z § 5ust.3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz.238) zaliczając na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15.000,00 zł. i zasądając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego na podstawie przedłożonej faktury vat maksymalnie przewidzianą kwotę 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 1117/11

Izba nie uwzględniła zgłoszonych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego po stronie Zamawiającego z uwagi na normę § 5 ust.3 wyżej wymienionego Rozporządzenia odwoławczego, który otrzymuje koszty o których mowa w § 3 pkt 2 wyżej wymienionego Rozporządzenia tylko i wyłącznie, jeżeli wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a co nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Przewodnicząca: