

Sygn. akt: KIO 1059/12

Sygn. akt: KIO 1067/12

POSTANOWIENIE
z dnia 11 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Lubomira Matczuk – Mazuś
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 11 maja 2012 r. w Warszawie odwołań skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2012 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych:

A. w dniu 25 maja 2012 r. przez wykonawcę **POSCO Engineering & Construction Co., Ltd., Yeonsu-gu, Incheon, Korea, Posco E& C Tower 1, 36 Songdo-dong, 1**

B. w dniu 25 maja 2012 r. przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11 A, 02 – 673 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Krakowski Holding Komunalny S.A., ul. Brożka 3, 30 – 347 Kraków,**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: PBG S.A., PBG Energia Sp. z o.o., CNIM S.A., CONTROL PROCESS S.A., ul. Skórzewska 35, Wysogotowo, 62 – 081 Przeźmierowo,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1059/12 oraz KIO 1067/12 po stronie zamawiającego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: BUDIMEX S.A., Keppel Seghers Belgium NV, Cespa Comapnia Espanola de Servicios Publicos Auxiliares S.A., ul. Stawki 40, 01 – 040 Warszawa,**

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1059/12 oraz KIO 1067/12 po stronie zamawiającego

- C. wykonawcy **POSCO Engineering & Construction Co., Ltd., Yeonsu-gu, Incheon, Korea, Posco E& C Tower 1, 36 Songdo-dong, 1** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1067/12 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie o sygn. akt KIO 1059/12 oraz odwołanie o sygn. akt KIO 1067/12,
2. kosztami postępowania obciąża **POSCO Engineering & Construction Co., Ltd., Yeonsu-gu, Incheon, Korea, Posco E& C Tower 1, 36 Songdo-dong, 1 (sygn. akt KIO 1059/12)** i **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11 A, 02 – 673 Warszawa, (sygn. akt KIO 1067/12), i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **POSCO Engineering & Construction Co., Ltd., Yeonsu-gu, Incheon, Korea, Posco E& C Tower 1, 36 Songdo-dong, 1 (sygn. akt KIO 1059/12)** i **Mostostal Warszawa S.A., 02 – 673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11 A (sygn. akt KIO 1067/12)**, tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza kwotę **3 887 zł 01 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt siedem złotych jeden grosz) od **POSCO Engineering & Construction Co., Ltd., Yeonsu-gu, Incheon, Korea, Posco E& C Tower 1, 36 Songdo-dong, 1 (sygn. akt KIO 1059/12)** na rzecz **Krakowski Holding Komunalny S.A., ul. Brożka 3, 30 – 347 Kraków**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- 2.3. zasądza kwotę **3 887 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) od **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11 A, 02 – 673 Warszawa, (sygn. akt KIO 1067/12)** na rzecz **Krakowski Holding Komunalny S.A., ul. Brożka 3, 30 – 347 Kraków**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1059/12

KIO 1067/12

Uzasadnienie

Zamawiający: Krakowski Holding Komunalny S.A. z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na Kontrakt Nr 1 Budowa Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 maja 2011 r. pod nr 2011/S 85 – 139127.

Pismem z dnia 16 maja 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym odrzucenia oferty złożonej przez Mostostal Warszawa S.A. Za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę Konsorcjum: PBG S.A., PBG Energia sp. z o.o., Constructions Industrielles de la Mediterranee - CNIM S.A., CONTROL PROCESS S.A. (dalej: „Konsorcjum PBG”) na drugim miejscu uplasowała się oferta Konsorcjum: Budimex S.A., Keipel Seghers Belgium N.V., Cespa Kompania Espagnola de Servicios Publico Auxillares Barcelonie (dalej: „Konsorcjum Budimex”), a na trzecim miejscu oferta złożona przez POSCO Engineering & Construction Co., Ltd. (dalej: „POSCO”). W uzasadnieniu wykonanych czynności zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 711/12), w którym Izba nakazała m.in. odrzucenie oferty złożonej przez Mostostal Warszawa S.A.

A. sygn. akt KIO 1059/12

W dniu 25 maja 2012 r. wykonawca POSCO wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego z dnia 16 maja 2012 r. w zakresie oceny ofert złożonych przez Konsorcjum PBG i Konsorcjum Budimex, zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum PBG i w efekcie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), zwanej dalej „Pzp”: art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PBG oraz oferty Konsorcjum Budimex; art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami.

Odwołujący wskazał, iż poprzednio dokonana przez zamawiającego ocena ofert w dniu 2 kwietnia 2012 r. była przedmiotem odwołań w sprawach o sygn. akt KIO 711/12 oraz KIO 718/12. Wykonawca POSCO przystąpił do tamtych postępowań odwoławczych po stronie odwołujących. Odwołanie wniesione przez Konsorcjum PBG w sprawie KIO 711/12 zostało uwzględnione – KIO nakazała odrzucenie oferty Mostostal Warszawa S.A. pierwotnie wybranej jako najkorzystniejsza. Odwołanie w sprawie KIO 718/12 wniesione

przez Mostostal Warszawa S.A. zostało natomiast oddalone. Krajowa Izba Odwoławcza uznała,

iż wykonawca nie wykazał interesu prawnego we wniesieniu odwołania, rozumianego jako wykazanie możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Sprawa KIO 718/12, w której POSCO występowało w charakterze przystępującego, dotyczyła zarzutów podniesionych wobec ofert złożonych przez Konsorcjum PBG oraz Konsorcjum Budimex. POSCO poparło wówczas stanowisko Mostostal Warszawa S.A., jednak z uwagi na uznanie, iż wykonawca ten nie był legitymowany do wniesienia odwołania, zarzuty te nie były przedmiotem rozstrzygnięcia Izby, o czym świadczy treść uzasadnienia wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 718/12. W wyniku oddalenia ww. odwołania i nieuwzględnienia przez zamawiającego zarzutów zgłoszonych w stosunku do ofert Konsorcjum PBG oraz Konsorcjum Budimex aktualnie w dniu 16 maja 2012 r. zamawiający przyznał zamówienie Konsorcjum PBG, którego oferta podlega odrzuceniu, jak również zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex.

Odwołujący wyjaśnił ponadto, że pismem z dnia 7 maja 2012 r. poinformował zamawiającego o nieprawidłowościach w ofertach Konsorcjum PBG i Konsorcjum Budimex, które mają w jego ocenie istotne znaczenie dla ponownej oceny ofert złożonych w tym postępowaniu. Zamawiający nie uwzględnił tych okoliczności, podejmując decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podniósł również, że wyrok w sprawie KIO 711/12, który został powołany w treści pisma zamawiającego z dnia 16 maja 2012 r. jako podstawa rozstrzygnięcia, nakazywał zamawiającemu wyłącznie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert oraz odrzucenie oferty Mostostal Warszawa S.A., nie poruszał natomiast kwestii ważności ofert Konsorcjum PBG oraz Konsorcjum Budimex, ponieważ przedmiotem rozpoznania w sprawie KIO 711/12 były wyłącznie zarzuty przeciwko ofercie Mostostal Warszawa S.A. Zarzuty dotyczące ofert złożonych przez Konsorcjum PBG oraz Konsorcjum Budimex nie były przedmiotem rozpoznania merytorycznego przez Krajową Izbę Odwoławczą.

B. sygn. akt KIO 1067/12

Odwołujący: Mostostal Warszawa S.A. wniósł w dniu 25 maja 2012 r. odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty złożonej przez Mostostal Warszawa S.A., zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum PBG oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Budimex. Wykonawca zarzucił zamawiającemu w odwołaniu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez odrzucenie oferty odwołującego na podstawie nieprawomocnego wyroku KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 711/12), który został zaskarżony skargą do Sądu Okręgowego w Krakowie, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum PBG i Konsorcjum Budimex, art. 87 ust. 2

pkt 3 Pzp - poprzez poprawienie w ofercie Konsorcjum PBG innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp - poprzez przyjęcie uzupełnienia treści oferty Konsorcjum Budimex, art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez prowadzone postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Mostostal Warszawa S.A. ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum PBG i odrzucenia oferty Konsorcjum PBG oraz oferty Konsorcjum Budimex.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, iż wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r. (sygn. akt 711/12), w którym Izba nakazała odrzucenie oferty Mostostal Warszawa S.A. nie jest prawomocny, gdyż skargą z dnia 22 maja 2012 r. został zaskarżony przez odwołującego, co oznacza, iż orzeczenie w nim zawarte może zostać wzruszone. W ocenie odwołującego zamawiający nie jest uprawniony dokonywać czynności na podstawie nieprawomocnego orzeczenia KIO. Przepisy Pzp o środkach ochrony prawnej umożliwiają zamawiającemu jedynie zawarcie umowy na podstawie nieprawomocnego wyroku KIO. Zgodnie bowiem z art. 183 ust. 1 Pzp, w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Tym samym jedynie w stosunku do czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego ustawodawca wyraził w przepisach Pzp skutek prawny polegający na uchyleniu suspensywności skargi na orzeczenie KIO, natomiast w stosunku do pozostałych czynności ustawodawca nie przewidział takiego skutku. Odwołujący wskazał, iż możliwość wniesienia odwołania przez Mostostal Warszawa S.A. na wynik ponownej oceny ofert została przewidziana w wyroku KIO z dnia 25 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 718/12). Oferta odwołującego pierwotnie została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący wniósł wówczas odwołanie na zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum PBG i Konsorcjum Budimex. W wyroku z dnia 25 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 718/12) KIO uznała, że Mostostal Warszawa S.A. jako wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie doznaje szkody w związku z zaniechaniem odrzucenia ofert Konsorcjum PBG i Konsorcjum Budimex. Izba wskazała także w tym wyroku, iż w przypadku dokonania ponownej oceny ofert odwołującemu będzie na tę czynność przysługiwało prawo do wniesienia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych na posiedzeniu, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania podlegają odrzuceniu.

Sygn. akt KIO 1059/12

Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej Pzp, jako wniesione po upływie ustawowego terminu.

Izba ustaliła, że oferta odwołującego POSCO w ramach oceny ofert z dnia 2 kwietnia 2012 r. została sklasyfikowana na czwartej pozycji. Oferta złożona przez Mostostal Warszawa S.A. została wówczas wybrana jako najkorzystniejsza, drugą pozycję uzyskała oferta Konsorcjum PBG, a trzecią – oferta Konsorcjum Budimex. Wnoszący odwołanie wykonawca zajmujący czwartą pozycję (POSCO) uznając, że powyższa ocena ofert narusza przepisy ustawy Pzp, powinien wówczas zachowując należytą staranność skorzystać ze środków ochrony prawnej i zakwestionować czynność zamawiającego z dnia 2 kwietnia 2012r. Z akt sprawy o sygn. akt KIO 711/12 wynika, że odwołujący skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego w tej sprawie - przeciwko czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. przeciwko ofercie Mostostal Warszawa S.A. Przystępując do postępowania odwoławczego wykonawca ten powinien jednakże prawidłowo ocenić legitymację wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. do wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia ofert sklasyfikowanych na dalszych pozycjach, w stosunku do pozycji tego wykonawcy. Z prawidłowej oceny wynikałoby bowiem, że aby skutecznie podważyć ofertę Konsorcjum PBG i ofertę Konsorcjum Budimex wykonawca POSCO powinien był wnieść samodzielnie odwołanie w tym zakresie. W przeciwieństwie bowiem do wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. wykonawca POSCO posiadał pełną legitymację do wniesienia takiego odwołania. Przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 718/12 nie było skutecznym skorzystaniem z przysługujących wykonawcy środków ochrony prawnej, gdyż nie mogło prowadzić do rozpoznania zarzutów dotyczących zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum PBG i oferty Konsorcjum Budimex, ze względu na brak legitymacji odwołującego (art. 179 ust. 1 Pzp).

Powtórzona przez zamawiającego w dniu 16 maja 2012 r. czynność oceny ofert obejmowała czynności nakazane przez Izbę w wyroku o sygn. akt KIO 711/12 z dnia 26 kwietnia 2012 r., tj. czynność odrzucenia oferty Mostostal Warszawa S.A. i czynność ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. W ramach tej oceny zamawiający nie zmienił swojej wcześniejszej decyzji odnośnie oceny oferty Konsorcjum PBG i oferty Konsorcjum Budimex. Ocena ofert w tym zakresie z dnia 2 kwietnia 2012 r. nie została skutecznie wzruszona przez wykonawców w wyniku wniesionych przez nich odwołań. Oceny ofert złożonych przez Konsorcjum PBG i Konsorcjum Budimex stała się zatem wiążąca (ostateczna) w przedmiotowym postępowaniu. Fakt podnoszony przez odwołującego,

iż informacje dotyczące nieprawidłowości oferty Konsorcjum PBG i oferty Konsorcjum Budimex odwołujący uzyskał dopiero z treści odwołania wniesionego przez Konsorcjum Mostostal S.A. z dnia 12 kwietnia 2012 r., nie powoduje ani wstrzymania biegu terminu do wniesienia odwołania na czynność lub zaniechanie zamawiającego, ani też nie powoduje „przywrócenia” tego terminu w drodze ponownej możliwości wniesienia odwołania wobec kolejnej czynności dokonanej przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga fakt, iż od wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy oczekiwać należytej staranności w działaniu. Uwzględniając zasadę koncentracji środków ochrony prawnej oraz rygory związane z procedurą korzystania ze środków ochrony prawnej, wykonawca nie może kwestionować w odwołaniu czynności zamawiającego, wnosząc odwołanie po upływie terminów określonych w ustawie, tylko z tego powodu, że wykonawca nie dołożył należytej staranności, aby prawidłowo ocenić swoją sytuację prawną w danym postępowaniu lub sytuację pozostałych wykonawców, a także, aby dokonać prawidłowej samodzielnej weryfikacji czynności dokonanych przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że odwołujący wnosząc odwołanie w dniu 25 maja 2012 r. na zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum PBG i oferty Konsorcjum Budimex i powołując się na okoliczności, które powinny być mu znane na etapie oceny ofert z dnia 2 kwietnia 2012 r. nie zachował ustawowego terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. Ustawowy 10-dniowy termin do wniesienia odwołania w tym zakresie upłynął w dniu 13 kwietnia 2012 r. Tym samym odwołanie podlegało odrzuceniu jako wniesione po upływie ustawowego terminu.

Sygn. akt KIO 1067/12

Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 i art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, albowiem dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 26 kwietnia 2012 r. o sygn. akt KIO 711/12, a ponadto zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Jak wynika z treści wyroku KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r. o sygn. akt KIO 711/12, uwzględniając odwołanie wniesione w dniu 11 kwietnia 2012 r. przez Konsorcjum PBG, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Mostostal Warszawa S.A. oraz ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Mostostal Warszawa S.A.

Zamawiający, zgodnie z ww. wyrokiem KIO, w dniu 16 maja 2012 r. powtórzył czynność badania i oceny ofert – wykonał czynność odrzucenia oferty złożonej przez Mostostal Warszawa S.A. oraz ponowił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum PBG, która sklasyfikowana była pierwotnie na drugim miejscu.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że odwołanie wniesione przez Mostostal Warszawa S.A. wobec czynności, która została wykonana zgodnie z treścią wyroku Izby podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż fakt wniesienia w dniu 22 maja 2012 r. przez odwołującego skargi do Sądu Okręgowego w Krakowie na wyrok Izby z dnia 26 kwietnia 2012 r. powoduje, że wyrok Izby jako nieprawomocny nie może podlegać wykonaniu przez zamawiającego do czasu rozstrzygnięcia skargi przez Sąd Okręgowy.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp z chwilą ogłoszenia przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze ustawa Pzp łączy zakończenie okresu standstill, a tym samym przestaje obowiązywać zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 183 ust. 1 Pzp. Wniesienie skargi do sądu okręgowego na orzeczenie KIO nie uchyla możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie tamuje zaś rozpoznania skargi. Skoro zatem ogłoszenie orzeczenia KIO otwiera możliwość zawarcia umowy, a jednocześnie jej zawarcie nie wstrzymuje rozpoznania skargi na orzeczenie KIO, to w sytuacji gdy sąd okręgowy, odmiennie niż KIO, stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp skutkujące unieważnieniem umowy, uchylając wyrok KIO i uwzględniając odwołanie sąd może jedynie stwierdzić naruszenie przepisów ustawy. Zawarcie umowy po upływie okresu standstill należy bowiem uznać za okoliczność dopuszczoną w ustawie (por. art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp). W takiej sytuacji orzeczenie sądu może stanowić podstawę do dochodzenia przez odwołującego odszkodowania na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego.

Biorąc pod uwagę, iż jedyną czynnością, której dokonania ustawa Pzp zakazuje zamawiającemu (do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, w przypadku wniesienia odwołania) należy uznać, że zamawiający jest uprawniony do dokonywania innych czynności w prowadzonym postępowaniu, zarówno w przypadku wniesienia odwołania - przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, jak i po jego ogłoszeniu. W szczególności zamawiający jest uprawniony do wykonania czynności, które zostały nakazane zgodnie z treścią wyroku Izby.

Powyższe stanowisko wynika zarówno z interpretacji omówionego powyżej przepisu art. 183 ust. 1, jak i art. 182 ust. 6 Pzp, który stanowi, iż w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu, ale tylko do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. Okoliczność, że ww. przepisy odnoszą się do momentu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę wyklucza interpretację, iż ustawodawca miał tu na myśli orzeczenie prawomocne. Należy podkreślić, iż zastosowanie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp nie zostało przez ustawodawcę ograniczone jedynie do sytuacji, gdy czynność zamawiającego polega na wykonaniu wyroku Izby, wobec którego nie została wniesiona

skarga. Skoro zamawiający, w przypadku wniesienia skargi na wyrok Izby, jest uprawniony do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, to należy uznać, że tym bardziej jest uprawniony do wykonania czynności, które prowadzą do wyboru wykonawcy, z którym umowa może być zawarta. Z treści przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp wynika również, że zamawiający biorąc pod uwagę okoliczności danego postępowania, a w szczególności fakt, iż umowa nie została zawarta, może dokonać następnie czynności, które zostaną nakazane wyrokiem sądu wydanym na skutek wniesionej skargi.

Powyższa interpretacja jest zgodna celem nowelizacji Prawa zamówień publicznych dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), która wprowadziła zmiany w zakresie środków ochrony prawnej wynikające przede wszystkim z konieczności implementacji dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych. Celem nowelizacji było m.in. skrócenie okresu zawieszenia, w jakim uprawnione podmioty mogą korzystać ze środków ochrony prawnej, przy jednoczesnym zachowaniu pełni ich praw, co w sposób bezpośredni przekłada się na przyspieszenie procedury udzielenia zamówienia (por. opinie UZP, www.uzp.gov.pl).

Biorąc pod uwagę, iż odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona na skutek czynności zamawiającego z dnia 16 maja 2012 r. wykonanych zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r. Izba uznała, że wykonawca Mostostal Warszawa S.A. od tego momentu nie jest już czynnym uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu wobec oferty złożonej przez Konsorcjum PBG i oferty Konsorcjum Budimex. Ponadto, Izba na marginesie zauważa, że w powyższym zakresie zarówno w rozpoznawanym odwołaniu z dnia 25 maja 2012 r., jak i w odwołaniu z dnia 12 kwietnia 2012 r., które zostało rozstrzygnięte wyrokiem Izby z dnia 25 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 718/12), odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w wyroku oddalającym odwołanie z uwagi na niewykazanie poniesienia lub możliwości poniesienia szkody, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, co stanowi przesłankę materialno-prawną badaną przez Izbę na rozprawie z urzędu.

Z uwagi na powyższe, Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 i art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 8 Pzp, Izba wydała w sprawie odwołań orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz § 3 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1 i § 6 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).

Przewodniczący:

.....

.....