

Sygn. akt KIO/UZP 956/11

WYROK
z dnia 19 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Lubomira Matczuk – Mazuś
Aneta Mlącka
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 maja 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WARBUD S.A., Gulermark Agir Snami Insaat Ve Taahhut A.S., Przedsiębiorstwo Tor-Kar-Sson Zbigniew Kargul, Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., VINCI Construction Grands Projets, ETF-Eurovia Travaux Ferroviaires, 02 – 342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Łódź, Polskie Koleje Państwowe S.A., PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03 – 734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestu z dnia **14 kwietnia 2011 r.**,

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "POL-AQUA" S.A., oraz Dragados S.A. 05 – 500 Piaseczno, ul. Dworska 1** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/UZP 956/11 po stronie zamawiającego;

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Torpol Sp. z o.o., Astaldi S.p.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., 61 – 052 Poznań, ul. Mogileńska 10G** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/UZP 956/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: WARBUD S.A., Gulermark Agir Snami Insaat Ve Taahhut A.S., Przedsiębiorstwo Tor-Kar-Sson Zbigniew Kargul, Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., VINCI Construction Grands Projets, ETF-Eurovia Travaux Ferroviaires, 02 – 342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WARBUD S.A., Gulermark Agir Snami Insaat Ve Taahhut A.S., Przedsiębiorstwo Tor-Kar-Sson Zbigniew Kargul, Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., VINCI Construction Grands Projets, ETF-Eurovia Travaux Ferroviaires, 02 – 342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WARBUD S.A., Gulermark Agir Snami Insaat Ve Taahhut A.S., Przedsiębiorstwo Tor-Kar-Sson Zbigniew Kargul, Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., VINCI Construction Grands Projets, ETF-Eurovia Travaux Ferroviaires, 02 – 342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A** na rzecz **Miasto Łódź, Polskie Koleje Państwowe S.A., PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03 – 734 Warszawa, ul. Targowa 74,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15.556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WARBUD S.A., Gulermark Agir Snami Insaat Ve Taahhut A.S., Przedsiębiorstwo Tor-Kar-Sson Zbigniew Kargul, Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., VINCI Construction Grands Projets, ETF-Eurovia Travaux Ferroviaires, 02 – 342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A.**

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione od rozstrzygnięcia protestu wniesionego w dniu 11 kwietnia 2011 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja linii kolejowej Warszawa Łódź. etap II. Lot B2 - odcinek Łódź Widzew Łódź Fabryczna ze stacją Łódź Fabryczna oraz budowa części podziemnej dworca Łódź Fabryczna przeznaczonej dla odprawy o przyjęcie pociągów oraz obsługi podróżnych. Przebudowa układu drogowego i Infrastruktury wokół multimodalnego dworca Łódź Fabryczna budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ul. Węglowa" [Nr HW13-216 06/09-7.1-24.1-B]. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 09 grudnia 2009 [z późn. zm], nr 2009/S 237-339604. W proteście [podobnie w odwołaniu] Odwołujący - Konsorcjum firm: WARBUD S.A. Lider Konsorcjum oraz Gulermark Agir Snamı Insaat ve Taahhut A.S., Przedsiębiorstwo Tor-Kar-Sson Zbigniew Kargul Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A. VINCI Construction Grands Projets I ETF-Eurovia Travaux Ferroviaires [dalej także Konsorcjum Warbud] jako podstawę jego wniesienia wykonawca wskazał na art. 180 ust. 1 i 2 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późniejszymi zmianami) zwanej dalej Ustawą w związku z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie ogłoszonym w dniu 11.04.2011 r. sygn. akt. IV Ca 142/11 na wyrok KIO z dnia 22.12.2010 r. (sygn. akt. KIO/UZP 2627/10, KIO/UZP 2628/10, KIO/UZP 2629/10) oraz w związku z art. 198 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazując na powyższe, wykonawca zarzucił Zamawiającemu - Miasto Łódź, Polskie Koleje Państwowe S.A. PKP naruszenie (1) art. 7 ust.1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzanie czynności w przedmiotowym postępowaniu z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z uznaniem, że Konsorcjum Pol-Aqua - Dragados nie podlega wykluczeniu z postępowania pomimo braku uzupełnienia dokumentów na wezwanie zamawiającego z dnia 29.06.2010 r. i dokonywania wszystkich dotychczasowych czynności włącznie z zaproszeniem do składania ofert i doprowadzeniem do złożenia oferty również przez tego wykonawcę; (2) art. 24 ust. 2 pkt. 3 w związku z brakiem wykluczenia Konsorcjum Pol-Aqua - Dragados w związku z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu na skutek nieuzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dla Kierownika Budowy pomimo wezwania do ich uzupełnienia w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy, oraz (3) art. 51 w związku z uznaniem, że Konsorcjum Pol-Aqua -Dragados spełnia warunki udziału w postępowaniu, zakwalifikowaniu tego wykonawcy w dacie 3.11.2010 r. na pozycji 3a po dokonaniu ponownej oceny wniosków na skutek orzeczenia KIO z dnia 22.12.2010 r. na pozycji 5, a tym samym bezprawne niezakwalifikowanie Konsorcjum Warbud do pierwszej piątki wykonawców uprawnionych do składania ofert, a także (4) art. 182 ust. 1 i 2 pkt. 3

ustawy który stwierdza, że ostatecznym rozstrzygnięciem protestu był wyrok KIO w związku z art. 146 ust. 1 pkt. 5 i 6 ustawy w przypadku podpisania umowy, bez unieważnienia wszystkich czynności do etapu poinformowania na podstawie art. 51 ust. 1a ustawy o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Wskazując na powyższe wniósł o unieważnienie w szczególności czynności składania i otwarcia ofert, czynności zaproszenia do składania ofert i przekazania siwz, czynności zawiadomienia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków odpowiednio w datach 3.11.2010 r. oraz 11.02.2011 r. z uwagi na to, że w obu tych terminach jednym z uczestników zakwalifikowanych do tzw. „krótkiej listy” było Konsorcjum Pol-Aqua - Dragados, które winno zostać wykluczone z postępowania na skutek braku uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie Kierownika Budowy na wezwanie z dnia 29.06.2010 r. oraz wykluczenie konsorcjum Pol-Aqua - Dragados na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy z uwagi na brak wykazania spełniania warunków określonych w siwz i zaproszenie Konsorcjum WARBUD w związku z czynnościami określonymi w szczególności w pkt. 3, 2, 1 i uznanie Konsorcjum WARBUD jako uczestnika postępowania, który winien brać udział w drugim etapie postępowania tj. winien zostać dopuszczony do składania ofert. W uzasadnieniu interesu prawnego Odwołujący podał, że w interesie każdego wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne, jest dążenie do tego, aby postępowanie to toczyło się zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy. Dlatego też, w sytuacji, gdy protestujący w przedmiotowym postępowaniu wniósł na wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2010 r. (sygn. akt. KIO/UZP 2627/ 10, KIO/UZP 2628/10, KIO/UZP 2629/10) skargę do Sądu Okręgowego kwestionując decyzję Izby m.in. w zakresie Konsorcjum Pol-Aqua- Dragados, a Sąd uznał zasadność stawianych zarzutów uznając tym samym, że Konsorcjum Pol-Aqua -Dragados podlega wykluczeniu, to protestujący posiada interes prawny w składaniu przedmiotowego protestu, bowiem winien być zakwalifikowany do dalszego udziału w postępowaniu - zakwalifikowanym na tzw. krótką listę”. Tak więc Konsorcjum Warbud powinno zostać zaproszone do składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Mając na uwadze brzmienie art. 180 ust. 2 ustawy, z którego wynika, że protest wnosi się w terminie w którym zaistniała możliwość powzięcia informacji o podstawach do jego wniesienia wskazać należy, że podstawą do wniesienia protestu jest treść ogłoszonego w dniu 11.04.2010 r. Wyroku Sądu Okręgowego w sprawie sygn. akt. IV Ca 142/11 w której Sąd w odniesieniu do Skargi na orzeczenie KIO z dnia 22.12.2010 r. (sygn. akt. KIO/UZP 2627/10, KIO/UZP 2628/10, KIO/UZP 2629/10) zgodnie z brzmieniem art. 198 ust. 2 ustawy nakazał zmianę zaskarżonego orzeczenia w części dotyczącej Konsorcjum Pol-Aqua -Dragados uznając za zasadne zarzuty i żądania w zakresie istnienia podstaw co do wykluczenia tego Konsorcjum z postępowania. Z uwagi na to, że Sąd zmienił

zaskarżony wyrok. i orzekł co do istoty sprawy Zamawiający jest zobowiązany do wykonania tych czynności, po uprzednim unieważnieniu czynności dalszych jako dokonanych z naruszeniem prawa.

Zamawiający rozstrzygając protest oddalił go w całości, stwierdzając, że wniesienie protestu i podniesienie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art.7 ust.1, art.24 ust. 2 pkt 3, art.51, art.182 ust.1 i 2 pkt 3 w związku z art.146 ust. 1 pkt.5 i 6 ustawy Pzp jest jego zdaniem przedwczesne. Podniósł w szczególności, że stosownie do przepisu art.180 ust.1 ustawy Pzp, protest na zaniechanie przez Zamawiającego czynności, odnosi się do sytuacji, gdy Zamawiający zobowiązany jest do dokonania określonych czynności na mocy stosownych przepisów ustawy. Żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności art.198 ust. 2 ustawy Pzp, na podstawie którego Sąd Okręgowy wydał Wyrok w sprawie o sygn. akt IV Ca 142/11, nie wyznacza żadnych ram czasowych, w których Zamawiający byłby zobowiązany do dokonania czynności nakazanych mu wyrokiem Sądu Okręgowego. Stwierdził także, że aby można było uznać, że Zamawiający zaniechał czynności do której jest zobowiązany na mocy ustawy Pzp, a w konsekwencji przyjąć, że wobec takiego zaniechania można skutecznie wnieść protest, konieczne jest wskazanie konkretnego przepisu ustawy Pzp, nakazującego Zamawiającemu dokonanie danej czynności w ściśle określonym terminie. Prawo zamówień publicznych takiego przepisu nie zawiera i Protestujący w proteście – ze zrozumiałych zatem względów - poprzestał jedynie na ogólnych stwierdzeniach co do obowiązków Zamawiającego. W konkluzji oświadczył, że udzielając zamówień publicznych w trybie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonuje wszystkie wyroki wydane w konkretnych postępowaniach i także w tym przypadku Zamawiający nie ma również wątpliwości, co do obowiązku wykonania wyroku Sądu Okręgowego z dnia 11.04.2011r. wydanego w sprawie o sygn. akt IV Ca 142/11.

W uzasadnieniu odwołania wskazując na przywołane w proteście naruszenia przepisów ustawy Pzp, Odwołujący dodatkowo stwierdził, że decyzja Zamawiającego w zakresie oddalenia protestu jest niezrozumiała, albowiem wyrok Sądu Okręgowego wiąże od dnia jego ogłoszenia i w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest wyrokiem ostatecznym. Powołał się na stanowisko Sądu Najwyższy, który w postanowieniu z dnia 3.10.2008 r. (sygn. akt. I CZ 72/08) stwierdził, że „Sąd Okręgowy w postępowaniu, które toczy się przed nim na skutek wniesienia skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, w konsekwencji odpowiedniego stosowania do niego przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji (art. 194 ust. 1 Prawo zamówień publicznych), pełni funkcję Sądu drugiej instancji. Artykuł 198 ust. 4 Prawa zamówień publicznych nie przewiduje uprawnienia stron i uczestników postępowania odwoławczego do wniesienia skargi kasacyjnej oraz dopuszczalności zaskarżenia nią innego orzeczenia niż wyrok Sądu Okręgowego, zwłaszcza

postanowienia o odrzuceniu skargi na orzeczenie zespołu arbitrów (Krajowej Izby Odwoławczej)." Podobnie postanowienie Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 04.11.2009 r. (sygn. akt. III Ca 472/09). W związku z powyższym wykonawca stwierdził, że wyrok jest prawomocny i wiąże od dnia jego ogłoszenia. Prawomocności orzeczenia nie podważa możliwość wniesienia skargi kasacyjnej przez Prezesa UZP, Prezes bowiem może wnieść skargę w terminie 6 miesięcy od uprawomocnienia się orzeczenia. Tym samym (..) Prawomocność wydanego wyroku zgodnie z brzmieniem art. 363 § 1 kpc, który stwierdza, że „Orzeczenie sądu staje się prawomocne, jeżeli nie przysługuje co do niego środek odwoławczy lub inny środek zaskarżenia" determinuje konieczność podjęcia czynności przez zamawiającego niezwłocznie. Błędne jest zatem stanowisko Zamawiającego oddalające protest wniesiony w dniu 14.04.2011 r. wskazujące na podjęcie czynności po otrzymaniu pisemnego uzasadnienia wyroku. Wskazać bowiem należy że, zgodnie z brzmieniem art. 366 kpc wyrok prawomocny ma powagę rzeczy osądzonej. Powaga rzeczy osądzonej sprowadza się jedynie do sentencji wyroku, a nie do jego uzasadnienia, a ta wiąże od dnia ogłoszenia. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13.10.2005 r. (sygn. akt. I CK 217/05) czytamy: „Powagę rzeczy osądzonej ma tylko rozstrzygnięcie zawarte w sentencji orzeczenia. Motywy zawarte w uzasadnieniu orzeczenia (ustalenia faktyczne) nie mają powagi rzeczy osądzonej, choćby stanowiły przesłankę rozstrzygnięcia i nie wiążą sądu w rozstrzygnięciu innej sprawy. Uzasadnienie służy jedynie do wyjaśnienia granic powagi rzeczy osądzonej, gdy z braku jakiś elementów wnioskowanie z treści samego rozstrzygnięcia jest niemożliwe". Tym bardziej, że nie istnieje obowiązek sporządzania uzasadnienia wyroku, zatem wyrok, którego uzasadnienie nie zostało sporządzone ma powagę rzeczy osądzonej w tym samym stopniu co wyrok z uzasadnieniem. Skoro zatem Sąd w sentencji wyroku zmienił zaskarżony wyrok i orzekł merytorycznie wskazując na obowiązek wykluczenia Konsorcjum Pol-Aqua-Dragados uznając, że wykonawca ten nie uzupełnił wymaganych dokumentów a tym samym nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu to Zamawiający od dnia ogłoszenia jest zobowiązany do unieważnienia wszystkich czynności w postępowaniu, aż do momentu poinformowania wykonawców o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków. Zamawiający jest bowiem zobowiązany do wykonania wyroku, a tym samym, wykluczenia Konsorcjum Pol-Aqua - Dragados z postępowania, co w konsekwencji spowoduje zakwalifikowanie Konsorcjum Warbud do tzw. pierwszej piątki i zaproszenie do składania ofert. Wykonawca stwierdził także, że oddalenie protestu w związku z wyrokiem Sądu jest czynnością wadliwą, bowiem wskazuje na niezgodzenie się z treścią prawomocnego orzeczenia, którego Zamawiający nie jest w stanie podważyć. Prawidłowym działaniem Zamawiającego winno być uwzględnienie protestu i uznanie, konieczności dokonania wskazanych, wadliwych czynności poprzez ich unieważnienie. Nie

jest możliwe wbrew nakazowi Sądu dokonywanie w tym postępowanie kolejnych czynności w tym w szczególności podejmowaniu działań mających na celu ocenę złożonych ofert, w tym w szczególności weryfikację oferty Konsorcjum Pol-Aqua -Dragados w zakresie rażąco niskiej ceny. Nie zgodził się ze zdaniem Zamawiającego, że oddalenie protestu jako przedwczesnego wynika z faktu braku wskazania przepisu jaki został naruszony. W jego ocenie przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp dopuszcza wniesienie środków ochrony prawnej nie tylko wówczas gdy jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ale i wówczas gdy może doznać uszczerbku. W konkretnych okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający pomimo prawomocności orzeczenia Sądu ignoruje je, a zatem Odwołujący mając na uwadze brzmienie art. 180 ust. 2 ustawy był zobowiązany wnieść protest a następnie w związku z jego oddaleniem przedmiotowe odwołanie. Zwrócił także uwagę na brzmienie art. 355 § 1 kc, którego zastosowanie wynika z brzmienia art. 14 kc. Dochowanie należytej staranności dotyczy wykonawcy - ten realizując obowiązek dołożenia należytej staranności mając jednocześnie na uwadze fakt, możliwości stawiania w przyszłości zarzutu wniesienia środków ochrony prawnej dotyczących żądań wynikających z treści wyroku Sądu Okręgowego z dnia 11.04. z uchybieniem terminów w sposób prawidłowy i w terminie wniósł protest (a następnie w związku z jego oddaleniem odwołanie) żądając wykonania wyroku, oraz zamawiającego - który nie może (jak twierdzi w rozstrzygnięciu protestu) podważać prawa do wniesienia protestu na zaniechanie, gdyż możliwość wnoszenia środka ochrony prawnej wynika wprost z brzmienia przepisu ustawy (art. 179 ust. 1), a bezczynność zamawiającego w podejmowaniu jakichkolwiek działań mających na celu wykonanie wyroku powoduje naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy .

Do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Pol - Aqua – Dragados oraz Konsorcjum: Torpol Sp. z o.o., Astaldi S.p.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. - wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Rozpatrując wniesione odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne:

Postępowanie o zamówienie publiczne, w którym zostało wniesione odwołanie zostało wszczęte w dniu 9 grudnia 2009 r., a zatem do postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w

brzmieniu wynikającym z ustawy opublikowanej w Dz. U. z 2007 r. nr 223 poz.1655 z późniejszymi zmianami [dalej ustawa Pzp].

Izba ustaliła, że protest zawarty w piśmie z dnia 11 kwietnia 2011 r., oraz odwołanie z dnia 4 maja 2011 r. dotyczy *de facto* nie wykonania wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie ogłoszonego w dniu 11 kwietnia 2011 r. [sygn. akt. IV Ca 142/11], którym to wyrokiem Sąd rozpatrując skargę Odwołującego na wyrok KIO z dnia 22.12.2010 r. (sygn. akt. KIO/UZP 2627/10, KIO/UZP 2628/10, KIO/UZP 2629/10) zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uwzględnił w części odwołanie wniesione przez Konsorcjum Warbud S.A. w Warszawie [lider Konsorcjum] i nakazał Zamawiającemu wykluczenie Wykonawcy Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. w Piasecznie i Dragados S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii [dalej: Konsorcjum POL – AQUA] z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w pozostałym zakresie skargę oddalił. Ponadto Odwołujący powołując się na wskazany wyrok oraz na art. 198 ust. 2 ustawy Pzp stwierdził, że Zamawiający naruszył także przepisy ustawy Pzp takie jak art. 7 ust.1, art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, oraz art. 182 ust. 1 i 2 pkt 3, albowiem zaniechał dokonania czynności wymaganych ustawą związanych z wykluczeniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum POL – AQUA. Wskazał również na naruszenie art. 51 ustawy Pzp stwierdzając m.in., że Zamawiający bezprawnie nie zakwalifikował Konsorcjum Warbud do udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na względzie tak ustalone okoliczności Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzut nie wykonania wyroku Sądu Okręgowego [dalej także wyrok SO], uwzględniając odpowiednio przepis art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, Izba pozostawiła bez rozpoznania. W tym przypadku Izba, mając odpowiednio na uwadze także przepis art. 179 ust.1 ustawy Pzp stwierdziła, że środki ochrony prawnej przysługują tylko w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Wykonywanie wyroków orzeczonych przez sąd, czy też przez Izbę nie jest regulowane ustawą – Prawo zamówień publicznych i tym samym nie jest to czynność do której dokonania zamawiający jest zobowiązany na podstawie tej ustawy. Zatem podnoszony przez wykonawcę w postępowaniu odwoławczym zarzut nie wykonania wyroku Sądu Okręgowego [sygn. akt. IV Ca 142/11], ogłoszonego w dniu 11 kwietnia 2011 r., nie podlega rozpoznaniu przez Izbę. Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z art. 198 ust.2 ustawy Pzp do postępowania toczącego się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964

r. - Kodeks postępowania cywilnego - o apelacji. Zatem także kwestię wykonalności wyroków sądowych regulują przepisy Kodeksu postępowania cywilnego, w tym przypadku o postępowaniu egzekucyjnym i tym samym Izba nie jest właściwa do nakazania zamawiającemu wykonania wyroku sądowego. Zgodnie ze wskazanymi przepisami egzekucja wyroków sądowych przeprowadzana jest przez właściwe organy egzekucyjne. Na marginesie Izba zwraca uwagę, że także orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej podlegają przepisom Kodeksu postępowania cywilnego regulującego postępowanie egzekucyjne. Kwestie te rozstrzyga przepis art. 193 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu powszechnego. Przepis ten odsyła jednocześnie do art. 781 Kodeksu postępowania cywilnego, który ma także zastosowanie do orzeczeń sądowych. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, iż w myśl art. 193 ust. 3 ustawy Pzp, sąd stwierdza wykonalność orzeczenia, w tym przypadku orzeczenia KIO, tylko wtedy, gdy orzeczenie to nadaje się do wykonania w drodze egzekucji sądowej.

Rozpoznając z kolei zarzuty dotyczące naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazane w odwołaniu, Izba przede wszystkim stwierdziła, że zarzut dotyczący naruszenia art. 51 ustawy Pzp podlega oddaleniu z uwagi na brak interesu prawnego w jego podnoszeniu przez odwołującego się wykonawcę. Tak jak ustaliła Izba, zarzut ten wykonawca oparł m.in. na bezprawnym niezakwalifikowaniu Konsorcjum Warbud do pierwszej piątki wykonawców uprawnionych do składania ofert”. Z kolei tak jak wynika z sentencji wyroku, Sąd Okręgowy nakazał Zamawiającemu wyłącznie wykluczenie Konsorcjum POL – AQUA z postępowania, a w pozostałym zakresie skargę oddalił, nie nakazując Zamawiającemu – aczkolwiek takie było m.in. żądanie w odwołaniu z dnia 3 grudnia 2010 r. – dokonania ponownej oceny ofert a także nie nakazał zakwalifikowania Konsorcjum Warbud do zaproszenia do składania ofert. Wskazując interes prawny w proteście i w odwołaniu Odwołujący stwierdził, że posiada interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej albowiem wniósł skargę na orzeczenie Izby i Sąd uznał zasadność zarzutu, co do braku wykluczenia Konsorcjum POL- AQUA. Dodatkowo na rozprawie, interes prawny we wnoszeniu odwołania wywodził także z rozstrzygnięcia KIO w niniejszej sprawie, albowiem uwzględnienie odwołania – tak jak podnosił - pozwoli zaprosić Odwołującego do złożenia oferty.

W tym przypadku Izba stwierdziła, że interes prawny - zgodnie z przepisem art. 179 ust.1 ustawy [w brzmieniu wynikającym z ustawy opublikowanej w Dz. U. z 2007 r. nr 223 poz.1655 z późniejszymi zmianami] - powinien być zdefiniowany poprzez możliwość uzyskania zamówienia. Sąd Okręgowy nie uwzględniając w wyroku – jak już podnoszono - w pełnym zakresie żądań z odwołania, nie przyznał tym samym Odwołującemu możliwości żądania zakwalifikowania go „do pierwszej piątki wykonawców uprawnionych do składania

ofert”, a zatem Odwołujący nie może skutecznie powoływać się na interes prawny w uzyskaniu zamówienia, o którym stanowi przepis art. 179 ust.1 ustawy Pzp, albowiem – na obecnym etapie – utracił status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, dotyczącego braku wykluczenia Konsorcjum POL-AQUA z postępowania o udzielenie zamówienia wobec orzeczenia Sądu Okręgowego, Izba - w pierwszej kolejności stwierdziła także brak interesu prawnego, wobec nie posiadania – jak wskazano powyżej - statusu wykonawcy. Jednocześnie Izba stwierdza, że ustawa Pzp nie zawiera przepisów, które nakazywałyby Zamawiającemu wykonanie wyroku sądowego [także orzeczenia KIO] w ustawowo wskazanym terminie. Z tych też względów Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że podnoszenie zarzutów w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest przedwczesne.

Podobnie, jak w przypadku zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, Odwołujący nie ma interesu prawnego w podnoszeniu zarzutu dotyczącego naruszenia art. 182 ust. 1 i 2 pkt. 3 w związku z art. 146 ust.1 pkt 5 i 6 oraz art. 7 ust.1 ustawy Pzp. Także przedwczesne jest podnoszenie tego zarzutu, albowiem czynności na które wskazuje wykonawca nie zostały przez Zamawiającego dokonane. Dodatkowo Izba stwierdza, że podnoszona argumentacja jest niezrozumiała i w uzasadnieniu tego zarzutu Wykonawca nie podaje na czym opiera ten zarzut, gdyż abstrakcyjnie zdaniem Izby powołuje się na wyrok KIO, na okoliczność podpisania umowy, fakt unieważnienia wszystkich czynności do etapu poinformowania na podstawie art. 51 ust.1a ustawy o wynikach oceny spełniania warunków udziału (...).

Mając powyższe na względzie skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 ze zm.) w związku § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15.03.2010 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).

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....