

POSTANOWIENIE
z dnia 21 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 21 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: 1. CE Project Group Sp. z o.o., Spółka Komandytowa, 2. Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: al. Płk. Wł. Beliny-Prażmowskiego 12, 31-514 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Biuro Zamówień Publicznych, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** protestu z dnia 9 października 2009 r.,

przy udziale **Konsorcjum firm: 1. Movares Sp. z o.o., 2. Przedsiębiorstwo Projektowania Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Świętojerska 5/7, 00-236 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: 1. CE Project Group Sp. z o.o., Spółka Komandytowa, 2. Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: al. Płk. Wł. Beliny-Prażmowskiego 12, 31-514 Kraków i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: 1. CE Project Group Sp. z o.o., Spółka Komandytowa, 2. Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o.**, adres dla lidera konsorcjum: **al. Płk. Wł. Beliny-Prażmowskiego 12, 31-514 Kraków,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: 1. CE Project Group Sp. z o.o., Spółka Komandytowa, 2. Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o.**, adres dla lidera konsorcjum: **al. Płk. Wł. Beliny-Prażmowskiego 12, 31-514 Kraków.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą "Wykonanie dokumentacji przedprojektowej i projektowej dla zadania: "Budowa połączenia kolejowego MPL „Kraków-Balice" z Krakowem, odcinek Kraków Główny - Mydlniki – Balice (Nr Dz. U. UE 2009/S 8-010338, z dnia 14 stycznia 2009 r.). W niniejszym postępowaniu w dniu 29 października 2009 r. (pismo z dnia 28 października 2009 r.) zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: CE Project Group sp. z o.o. Spółka Komandytowa (Lider), z siedzibą w Krakowie oraz Biuro Projektów Komunikacyjnych sp. z o.o. (Partner), z siedzibą w Poznaniu od rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu z dnia 9 października 2009 r. Jak podniesiono w uzasadnieniu odwołania, w dniu 9 października 2009 r. wykonawca wniósł protest na czynności i zaniechania zamawiającego, polegające w szczególności na zaniechaniu wykluczenia oferty konsorcjum Movares i jej bezprawnym wyborze jako najkorzystniejszej. Zamawiający rozstrzygając protest w piśmie z 19 października 2009 r., niniejszy

protest odrzucił całości, wskazując jako podstawę niezachowanie przez odwołującego się ustawowego terminu na wniesienie protestu, w związku z czym na mocy art. 181 ust. 6 PrZamPubl był zobowiązany do podjęcia takiego rozstrzygnięcia. Zamawiający argumentował, iż odwołujący się wykonawca w dniu 28 maja 2009 r., a nie 2 października 2009 roku powziął informację o tym, że konsorcjum Movares nie zostało wykluczone z postępowania, a jego oferta nie została odrzucona. W takim stanie rzeczy od dnia 28 maja 2009 r. liczony jest termin na wniesienie protestu, zgodnie z art. 180 ust. 2 PrZamPubl, który stanowi, że protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Ponadto wskazał, że zgodnie z postanowieniem KIO z dnia 7 marca 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 159/08) "Termin na wniesienie protestu, określony w art. 180 ust. 2 ustawy jest terminem zawitym i jego upływ powoduje wygaśnięcie prawa wniesienia środka ochrony prawnej". Przytoczył też postanowienia KIO z dnia 30 czerwca 2009 roku (sygn. akt: KIO/UZP 793/09) oraz z dnia 7 lipca 2009 roku, które zawierają następującą tezę: "Zgodnie z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej oraz celami regulacji ustawowej, w świetle przepisów art. 181 ust. 6 oraz 187 ust. 4 pkt 6 Pzp uznać należy, iż wykonawca może kwestionować czynności zamawiającego będące wynikiem rozstrzygnięcia protestu, tylko w ramach postępowania protestacyjnego, w którym rozstrzygnięcie to zapadło". Mając na względzie te wszystkie argumenty Zamawiający odrzucił protest w całości. Zdaniem wykonawcy rozstrzygnięcie protestu przez zamawiającego jest wadliwe i pozostaje w sprzeczności ze wskazanymi powyżej przepisami PrZamPubl. W związku z tym jest ono kwestionowane przez wykonawcę w całości. W niniejszej sprawie wykonawca wskazał również na wyrok z dnia 21 lipca 2009 r., w którym Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności i oceny ofert oraz wyboru oferty i w związku z tym orzeczeniem zamawiający w dniu 2 października 2009 r. zawiadomił wykonawcę o dokonaniu ponownego badania i oceny ofert, uznając za ofertę najkorzystniejszą ofertę złożoną przez MOVARES POLSKA sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Projektowania Realizacji i Wdrożeń – BPK Katowice sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum Movares).

Zdaniem Wykonawcy, w tym postępowaniu niniejszym wyrokiem unieważniono postępowanie przetargowe i ta kwestia nieważności w przedmiotowej sprawie ma niezwykle istotne znaczenie. W związku z takim orzeczeniem należy bowiem uznać, że unieważnieniu podlega całość tego postępowania, ze wszystkimi jego elementami. W tym względzie orzeczenie KIO brzmi jednoznacznie i nie powinno budzić żadnych wątpliwości. Unieważnienie nie może odnosić się jedynie do pewnego aspektu sprawy, ponieważ stanowiłoby to zaprzeczenie racjonalności wydanego orzeczenia. Oczywiście, gdyby była sytuacja, że KIO nie unieważniłaby postępowania, lecz nakazała tylko jego powtórzenie w pewnym wycinku (części), to wówczas można by mieć wątpliwości, jaka jest faktyczna i rzeczywista przesłanka takiego rozstrzygnięcia. W tym wypadku jednak nie można mieć żadnych wątpliwości. Przepisy PrZamPUbl. nie wskazują definicji nieważności czynności, jak i również nie tłumaczą na czym polega istota unieważnienia czynności zamawiającego. W związku z tym uzasadnione staje się poddanie analizie dogmatyczno-prawnej istoty wskazanego powyżej terminu. Nie można bowiem przejść do porządku dziennego i rozpatrywać powyższy aspekt jedynie na gruncie praktycznym. Zgłębienie istoty nieważności, a tym samym unieważnienia czynności, pozwoli stwierdzić, że postępowanie Zamawiającego w niniejszej sprawie było wadliwe. W nauce prawa nieważność czy to na gruncie prawa materialnego, czy też procesowego w pewnym sensie oznacza to samo, a mianowicie, że dokonane czynności są dotknięta taką wadą, iż nie mogą wywoływać żadnego skutku. W przypadku prawa procesowego nieważność nie powstaje z mocy samego prawa, a orzeczenie wydane w postępowaniu dotkniętym nieważnością wywołują skutki prawne. W momencie jednak skutecznego wniesienia środka zaskarżenia tych skutków zostają pozbawione (por. W Siedlecki, Nieważność procesu cywilnego, Warszawa 1965, s. 85 i n.; T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze, tom I, Warszawa 2004, s. 701 i n.). Nieco inaczej problem nieważności przedstawia się na gruncie prawa materialnego, w tym bowiem obszarze nie można przyjmować, że czynność zostanie pozbawiona skutków dopiero z momentem skutecznego wniesienia określonego środka procesowego. Nieważność na gruncie prawa materialnego oznacza, że czynność nieważna jest inna od czynności ważnej z tej przyczyny, iż zespół reguł, na gruncie którego jest dokonywana, jest uboższy od zespołu reguł, na gruncie którego jest dokonywana ważna czynność prawna (por. T.

Gizbert-Studnicki) O nieważnych czynnościach prawnych w świetle koncepcji czynności konwencjonalnych, PiP 1975, z. 4, s. 81). Termin nieważność ponadto sugeruje, że bezwzględnie nieważna czynność prawna nie wywołuje skutków prawnych. Ważność czynności i skutek prawny, są następstwem dokonania czynności prawnej w sposób zgodny z regułami konstytucyjnymi. Nieważna czynność prawna jest więc całkowicie bezskuteczna i jako dana czynność konwencjonalna żadnych skutków prawnych nie kreuje (por. M. Gutowski, Nieważność czynności prawnej, Warszawa 2006, s. 399). Nie wchodząc tutaj w pozostałe aspekty zagadnienia nieważności czynności prawnej wykonawca zauważa, że jeżeli w przedmiotowej sprawie mieliśmy do czynienia z unieważnieniem czynności zamawiającego, to jednocześnie przyjmuje, iż były one dotknięte wadą nieważności. Pomimo braku rozwiązania tej jakże istotnej kwestii prawnej w PrZamPubl., jedynym wyjściem jest w analizowanej sprawie zastosowanie analogii w zakresie rozumienia i pojmowania terminu nieważność i unieważnione postępowanie - skoro sam ustawodawca nie zdecydował się na rozwiązanie tej kwestii wprost w ustawie. Nie ma przy tym możliwości oceny nieważności z punktu widzenia prawa procesowego, ponieważ specyfika PrZamPubl uniemożliwia dokonanie takiego zabiegu. Natomiast należy przyjąć i założyć dopuszczalność wykorzystania pojęcia nieważności, które zostało wypracowane na gruncie prawa materialnego, tym bardziej, że czynności dokonywane w ramach zamówień publicznych są czynnościami prawnymi, a nie procesowymi. Okoliczność ta sprawia, że muszą one odpowiadać przyjętym regułom, w przeciwnym bowiem razie obarczone zostają określoną sankcją. Jeżeli zatem przyjmujemy, że dana czynność była nieważna albo unieważniamy katalog danych czynności, to w konsekwencji oznacza to, że czynności te nie wywołują skutku od samego początku. Nieważność działa *ex tunc*, a nie *ex nunc*. To stwierdzenie dla przedmiotowej sprawy jest niezwykle doniosłe, ponieważ jeżeli KIO unieważniła czynności, to oznacza to, iż zostały one całkowicie wyeliminowane z obrotu ze skutkiem *ex tunc*. Oznacza to, że całe wcześniejsze postępowanie jest objęte powyższą sankcją, a nie jedynie pewien jego zakres. Zatem po unieważnieniu postępowania przetargowego Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert i wskutek tego z przedmiotowego postępowania zostali wykluczeni i oferty zostały odrzucone następujących wykonawców: ARCADIS Sp. z o.o. (Lider), z siedzibą w Warszawie, oraz INMOST - PROJEKT Sp. z o.o., z siedzibą w Gliwicach oraz Konsorcjum firm: Scott Wilson sp. z o.o. (Lider), z siedzibą w Poznaniu, Scott

Wilson Ud, Scott Mouse, Alencon Link, Basingstoke, Hampshire RG 21 7PP, Wielka Brytania i Inqernieurburo Dipl. Ing. Hans Vossing, Brunnenstrasse 29-31,40223 Dusseldorf, Niemcy, a także Mott MacDonald Limited, St. Ann Mouse, 20-26 Wellesley Road, Croydon, Surrey, CR9, 2UL, Wielka Brytania.

W ocenie wykonawcy z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że całe postępowanie zostało przeprowadzone od początku. W takim wypadku logiczną konsekwencją jest właśnie istnienie terminu do wniesienia protestu, liczonego od dnia 2 października 2009 r., czyli od dnia, kiedy Odwołujący się otrzymał informację o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej. Temu terminowi odwołujący się w żaden sposób nie uchybił. Nie ma więc zastosowania w tym przypadku niekwestionowana zasada, iż termin zawity, jakim jest termin do wniesienia protestu, nie podlega przywróceniu, a jego upływanie powoduje wygaśnięcie uprawnienia do korzystania z ochrony prawnej. W przedmiotowym postępowaniu - co należy mocno podkreślić - termin do wniesienia protestu nie będzie terminem przywróconym, lecz nowym terminem, który biegnie w związku z nowym stanem faktycznym, powstałym na skutek unieważnienia przez KIO procedury przetargowej. Unieważnienie wywołało ten skutek, że dokonane czynności przestały istnieć, a bieg terminów został rozpoczęty od nowa. Unieważnienie czynności zamawiającego następuje w wypadku dokonania przez zamawiającego czynności mającej wpływ na wynik postępowania, a nieprzewidzianej przez prawo. W praktyce orzeczniczej orzeczenie nakazujące unieważnienie czynności zamawiającego występuje samodzielnie, częściej jednak ma miejsce przy okazji wydania wyroku nakazującego powtórzenie czynności zamawiającego. Wyrok taki w części dotyczącej unieważnienia pozbawia mocy prawnej czynności dokonane niewłaściwie, w części nakazującej powtórzenie czynności zobowiązuje zaś zamawiającego do ich powtórnego dokonania (np. unieważnienie oceny ofert i nakazanie jej ponownie). Jeżeli czynność, której unieważnienia żąda odwołujący, jest następstwem innych czynności, zespół arbitrów, oprócz unieważnienia czynności objętej żądaniem odwołania, powinien unieważnić te czynności pozostające z nią w nierozdzielalnym związku. W związku z tym przedmiotowe odwołanie jest elementem postępowania protestacyjnego, w którym zapadło rozstrzygnięcie protestu, nie pozostaje więc w sprzeczności z tezą KIO wyrażoną w postanowieniach z 30 czerwca 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 793/09) oraz z dnia 7 lipca 2009 roku (sygn. akt: KIO/UZP 792/09). Za przyjęciem wskazanego stanowiska przemawia ponadto fakt, iż nieważność jako sankcja wywołuje skutki

wstecz (ex tunc), zarówno w stosunku do czynności nieważnej, jak tych, które zostały dokonane na jej podstawie. Mając na względzie powyższe argumenty, wykonawca uznaje, iż rozstrzygnięcie zamawiającego w postaci odrzucenia protestu w całości za nieuzasadnione uwzględnić przedmiotowe odwołanie. Ponadto - co wymaga, zdaniem wykonawcy, w tym miejscu podkreślenia - to, że właśnie we wzmiankowanym zakresie doszło do naruszenie zasady równości, która przez ustawodawcę wyraźnie została zaakcentowana w przepisie art. 7 PrZamPubl. Nie ulega wątpliwości, że to właśnie postępowanie w sprawach zamówień publicznych powinno być prowadzone w zgodzie z podstawowymi zasadami praworządności, a przede wszystkim z uwzględnieniem interesu prawnego uczestników biorących udział w takim postępowaniu. Wszak przecież postulat równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne jest jedną z gwarancji prawidłowości tego postępowania.

W rozstrzygnięciu protestu zamawiający podniósł, iż w dniu 28 maja 2009 r. Zamawiający powiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o dokonanych wykluczeniach i odrzuceniu ofert. Jako ofertę najkorzystniejszą Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy, którego liderem jest Arcadis sp. z o.o. Na decyzję Zamawiającego, w dniu 8 czerwca 2009 r. protest wniosło Konsorcjum. W zgodnym z art. 180 ust 2 Pzp terminie tj. do dnia 8 czerwca 2009 r. odwołujący się wykonawca nie złożył protestu zarówno, co do czynności zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej jak też na zaniechaniu wykluczenia i odrzucenia oferty Konsorcjum. Protestujący również nie przyłączył się do protestów wniesionych przez wykonawców na czynności zamawiającego na wezwanie z dnia 9 czerwca 2009 r. Protest Konsorcjum został przez zamawiającego w całości oddalony w dniu 18 czerwca 2009 r. W wyniku procedury odwoławczej Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 855/09, KIO/UZP 882/09) nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonując wyrok Zamawiający wykonał nakazane czynności i w dniu 2 października 2009 r. powiadomił Wykonawców o ponownym wyborze oferty, wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert. Zarzuty podniesione przez wnoszącego odwołanie w proteście złożonym w dniu 9 października 2009 r. dotyczą czynności polegających na zaniechaniu

wykluczenia Konsorcjum i zaniechaniu odrzucenia jego oferty. Mimo ponownej oceny ofert oprotestowane czynności nie uległy zmianie. Zostały wykonane przez Zamawiającego w dniu 28 maja 2009 roku, a ich powtórzenie, zdaniem Zamawiającego, nie stanowi przesłanki do protestu, o ile wcześniej, na etapie wyboru oferty w dniu 28 maja 2009 r., czynności te nie budziły zastrzeżeń wykonawcy tzn. nie przystąpił ani do postępowania protestacyjnego, ani do postępowania odwoławczego. W zaistniałych okolicznościach, zgodnie z art. 181 ust. 6 Pzp Protestujący oraz wykonawca wezwany do przystąpienia do protestu nie mogą korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (wyrok KIO z dnia 21 lipca 2009 r.). Zdaniem zamawiającego to w dniu 28 maja 2009 r., a nie 2 października 2009 r. protestujący powziął informację o tym, że Konsorcjum nie zostało wykluczone z postępowania, a jego oferta nie została odrzucona. Dalej podał, iż zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp protest dotyczący wskazanych na wstępie czynności wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zatem protest złożony w dniu 9 października 2009 r. należy uznać za złożony po terminie, a także jako protest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 Pzp i zgodnie z art. 180 ust. 7 Pzp odrzucić. Zamawiający podniósł, że powyższa interpretacja jest zgodna z aktualnym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej. I tak w postanowieniu KIO z 7 marca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 159/08) zawarta jest następująca teza: „Termin na wniesienie protestu określony w art. 180 ust. 2 ustawy jest terminem zawitym i jego upływ powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia środka ochrony prawnej”. Ponowna ocena ofert, dokonana przez Zamawiającego w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, jakim jest w niniejszej sprawie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2009r., nie powoduje przywrócenia terminu do wniesienia środków ochrony prawnej na zaniechanie zamawiającego, o którym wykonawca powziął wiadomość już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej”. Wskazał również na orzecznictwo KIO a także stanowisko przyjęte w doktrynie, gdzie zasada ograniczonego korzystania z protestu jest przedstawiona w sposób jednoznaczny.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 w związku z art. 180 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2004 r. Nr 223 poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”, bowiem protest został wniesiony z uchybieniem siedmiodniowego terminu przysługującego na wniesienie tego środka ochrony prawnej.

W tym przypadku, wykonawca żąda w odwołaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy – Konsorcjum MOVARES podnosząc, iż ten wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w SIWZ, a ponadto złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik tego postępowania. Tym samym, zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy, zamawiający dokonując wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, naruszył art. 89 ust.1 pkt 5, art. 24 ust.4 i art. 91 PZp. Wskazując na powyższe zarzuty wnoszący odwołanie wykonawca uznaje, iż o powyższych okolicznościach powziął wiadomość z zawiadomienia z dnia 2 października 2009 r.

Z akt sprawy i wyjaśnień stron wynika natomiast, iż zamawiający w dniu 28 maja 2009 r., informując o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z art. 92 ustawy, poinformował wszystkich uczestniczących w postępowaniu wykonawców, również o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz o wykonawcach wykluczonych i ten dzień w ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej był dniem, od którego należy liczyć termin na wniesienie protestu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności, do której był zobowiązany przepisami ustawy, tj. np. zaniechania odrzucenia innych ofert wykonawców bądź ich wykluczenia z postępowania. Tym samym, od tego dnia wykonawcy winni zgłaszać zarzuty dotyczące ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Należy bowiem podkreślić, iż zgodnie z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej oraz celami ustawodawcy, uwzględniając również przepisy art. 181 ust.6 oraz art. 187 ust.4 pkt 6 Pzp wykonawca może kwestionować czynności zamawiającego tylko w ramach postępowania, w którym rozstrzygnięcie zapadło.

Dalej należy podkreślić, iż termin na wniesienie protestu, określony w art.180 ust. 2 ustawy jest terminem zawitym i jego upływ powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia środka ochrony prawnej. Ponowna ocena ofert dokonana przez Zamawiającego w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, jakim jest w niniejszej sprawie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2009 r. nie powoduje przywrócenia terminu do wniesienia środków ochrony prawnej na zaniechanie zamawiającego, o którym Wykonawca już w zawiadomieniu z dnia 28 maja 2009 r. powziął lub mógł powziąć wiadomość o podjętych w niniejszym postępowaniu czynnościach. Izba nie podziela poglądu odwołującego się Wykonawcy, iż w niniejszej sprawie wyrokiem z dnia 21 lipca 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza unieważniła postępowanie przetargowe. Jak wynika bowiem z sentencji wyroku KIO nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności i oceny ofert oraz wyboru oferty. W związku z takim orzeczeniem nie można - wbrew twierdzeniom wykonawcy - uznać, że unieważnieniu podlega całość tego postępowania, ze wszystkimi jego elementami. W tym względzie orzeczenie KIO brzmi jednoznacznie i nie powinno budzić żadnych wątpliwości. Unieważnienie, w tym przypadku może odnosić się jedynie do pewnego aspektu sprawy. Gdyby przyjąć inaczej, to stanowiłoby to zaprzeczenie przede wszystkim zgodności orzeczenia z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych. Należy bowiem wskazać, iż Izba na gruncie przepisu art. 191 ust.2 pkt 1 i 2 Pzp uwzględniając odwołanie jest uprawniona do nakazania wykonania lub powtórzenia czynności zamawiającego. Może również nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Zatem Izba nie jest uprawniona do unieważnienia postępowania przetargowego, lecz może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności, nawet w pewnym zakresie, ale tylko do tych, co do których został podniesiony i uwzględniony zarzut. Należy również zwrócić uwagę, iż zgodnie z ust.3 art. 191 Pzp, Izba może orzekać tylko, co do zarzutów, które były zawarte w proteście, a następnie powtórzone w odwołaniu. W tym przypadku zarzut – jak wynika z uzasadnienia wyroku z dnia 21 lipca 2009 r. - dotyczył wyboru najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy, który – w ocenie wnoszącego odwołanie – podlegał wykluczeniu z postępowania, oraz braku wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Stąd też Izba uznając te zarzuty za udowodnione przez MOVARES POLSKA sp. z o.o. nakazała, uwzględniając art. 91 ust.1 Pzp i zarzuty z odwołania, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności

oceny ofert i wybór oferty. Mając zatem na względzie w szczególności wskazywany przepis art. 191 ust.3 i art. 91 ust.1 oraz sentencję i treść uzasadnienia powołanego wyroku, czynności zamawiającego nie mogły dotyczyć unieważnienia postępowania, a wyłączenie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, którego dotyczyło powiadomienie z dnia 28 maja 2009 r., oraz wykluczenia z postępowania wskazanego w wyroku wykonawcy, który nie był podany w zawiadomieniu z dnia 28 maja 2009 r. i oceny ofert pozostałych wykonawców (których zarzuty nie dotyczyły) według kryteriów podanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ponowny wybór najkorzystniejszej oferty. Tym samym wyrok KIO z dnia 21 lipca 2009 r. nie mógł uchylić czynności związanej z wykluczeniem, lub brakiem wykluczenia wykonawcy z postępowania, bądź brakiem odrzucenia oferty, jeżeli w tym zakresie do dotychczas wykonanych przez zamawiającego czynności nie było skierowanego żądania ich unieważnienia, bądź ich dokonania zgodnie z ustawą.

Na marginesie, skład orzekający Izby wskazuje, iż środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdy taki podmiot dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów. Interes prawny posiada każdy podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu i choćby tylko może doznać uszczerbku w naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy. Tu warto zwrócić uwagę na postanowienia art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG (odpowiednio art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG), w myśl których przesłanką do wniesienia odwołania może być naruszenie w trakcie postępowania przez zamawiającego uregulowań prawa. Również ETS w swoich orzeczeniach wielokrotnie wskazywał, aby wszelkie wątpliwości pojawiające się na tle rozumienia interesu prawnego rozstrzygać zgodnie z przepisami krajowymi, zachowując jednocześnie ducha dyrektywy. Protest jest bowiem rodzajem sprzeciwu o funkcjach sygnalizacyjno-reklamacyjnych, prowadzić ma bowiem na bieżąco do korygowania ewentualnych uchybień popełnionych w toku postępowania przez zamawiającego. Warto również zauważyć, iż ustawodawca nowelizacją ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 roku (ustawa z dnia 7 kwietnia 2006 r. Dz. U. 2006 r. Nr 79 poz. 551) wprowadził koncentrację środków ochrony prawnej polegającą m.in. na jednoczesnym rozpatrywaniu przez zamawiającego wszystkich złożonych protestów dotyczących treści SIWZ, wykluczenia Wykonawców, odrzucenia ofert lub zaniechania tych czynności oraz na konieczności zgłaszania przez wszystkich Wykonawców, biorących udział w postępowaniu zarzutów dotyczących niezgodnych

z przepisami działań lub zaniechań Zamawiającego, pod rygorem utraty terminu na wniesienie środka ochrony prawnej. To co podkreśla się w orzecznictwie termin na wniesienie protestu, określony w art. 180 ust. 2 ustawy jest terminem zawitym i jego upływ powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia środka ochrony prawnej. Ponowna ocena ofert dokonana przez Zamawiającego w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, tak jak w niniejszej sprawie, nie powoduje przywrócenia terminu do wniesienia środków ochrony prawnej na zaniechanie Zamawiającego, o którym Wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej. Warto również zauważyć, iż realizacja uprawnień przyznanych wykonawcom na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych, może następować, bądź poprzez przystąpienie do postępowania protestacyjno-odwoławczego, bądź też samodzielne wnoszenie środków ochrony prawnej.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....