

Sygn. akt: KIO/UZP 1329/11

**WYROK**  
**z dnia 11 lipca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Bogdan Artymowicz**  
**Agnieszka Trojanowska**  
**Renata Tubisz**

**Protokolant:** **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2011r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL – AQUA” S.A., DRAGADOS S.A., 05-500 Piaseczno, ul. Dworska 1** 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 3 czerwca 2011r.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **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. Mogielińska 10g** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL – AQUA” S.A., DRAGADOS S.A., 05-500 Piaseczno, ul. Dworska 1**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL – AQUA” S.A., DRAGADOS S.A., 05-500 Piaseczno, ul. Dworska 1**
  
- 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 **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL – AQUA” S.A., DRAGADOS S.A., 05-500 Piaseczno, ul. Dworska 1** 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 zwrotu kwoty 15 556 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL – AQUA” S.A., DRAGADOS S.A., 05-500 Piaseczno, ul. Dworska 1**

## Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Łódź , Polskie Koleje Państwowe S.A., PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w imieniu których jako zamawiający upoważniony działa PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego 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 przyjęciu pociągów oraz obsługi podróżnych. Przebudowa układu drogowego i infrastruktury wokół multimodalnego dworca Łódź Fabryczna budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ul. Węglową”.

Pismem z dnia 24 maja 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 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., [dalej „konsorcjum Torpol”]. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. w związku z art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „POL-AQUA” S.A. oraz DRAGADOS S.A., [dalej „konsorcjum Pol-Aqua”], jednocześnie oferta tego wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy p.z.p. Wykluczenie tego wykonawcy zgodne jest z wyrokiem Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 11 kwietnia 2011 r.

W dniu 3 czerwca 2011 r., konsorcjum Pol-Aqua powołując się na art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 2 ustawy p.z.p. wniosło protest wobec czynności zamawiającego polegających na zaniechaniu podjęcia czynności zmierzających do uchylecia lub zmiany wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 11 kwietnia 2011 r. (sygn. Akt IV Ca 142/11) i podjęcia decyzji o wykluczeniu konsorcjum Pol-Aqua oraz wyborze oferty złożonej przez konsorcjum Torpol, jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż z chwilą wykluczenia konsorcjum Pol-Aqua z postępowania i wyboru oferty konsorcjum Torpol zaistniały przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy p.z.p. w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy p.z.p. skutkujące obowiązkiem unieważnienia całego postępowania. W proteście (jak i w odwołaniu) konsorcjum Pol-Aqua zarzuciło zamawiającemu:

1. „naruszenie prawa materialnego przez Zamawiającego poprzez przedwczesne zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP w związku z art. 26 ust. 3 PZP i niezastosowanie wytycznych zawartych w art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27.08.2009 o finansach publicznych, w związku z wykluczeniem konsorcjum POL-AQUA/DRAGADOS z Postępowania w oparciu o budzący wątpliwość, co do zasadności rozstrzygnięcia wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 11.04.2011 r. (sygn. akt IV Ca 142/11) bez

samodzielnego, zmierzającego do zapewnienia racjonalności i oszczędności w wydatkowaniu środków publicznych, podjęcia starań ukierunkowanych na zbadanie poprawności dokonanej w tym wyroku interpretacji art. 26 ust. 3 PZP przez Sąd Najwyższy w drodze rozpoznania skargi kasacyjnej wnoszonej w trybie i na zasadach opisanych w art. 198 ust. 6 PZP i bez względu na wynik toczącego się obecnie przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych postępowania w sprawie wniesienia skargi kasacyjnej wszczętego na wniosek Konsorcjum POL AOUA/DRAGADOS z dnia 15 kwietnia 2011 roku;

2. naruszenie prawa materialnego przez Zamawiającego poprzez niezastosowanie art. 51 ust. 1 PZP w związku z zaproszeniem do składania ofert wykonawców spełniających warunki udziału w Postępowaniu w liczbie mniejszej niż wskazana przepisami PZP i ogłoszeniem o zamówieniu, tj. mniejszej niż 5, mimo iż wykonawców spełniających warunki udziału w Postępowaniu i ubiegających się o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu zgodnie z oceną dokonaną przez Zamawiającego w ramach kwalifikacji wniosków było więcej niż 5, co było wynikiem niedochowania należytej staranności przy prowadzeniu Postępowania, przejawiającej się w nieuwzględnieniu okoliczności związanej z wniesieniem skargi do Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie na czynność oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu przez jednego z wykonawców spełniających warunki udziału w Postępowaniu tj. konsorcjum złożonego z firm: Warbud S.A., Gulermark Agir Snamı 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 (dalej łącznie: „Konsorcjum Warbud”) i dokonania czynności otwarcia ofert przed ogłoszeniem wyroku Sądu Okręgowego - Warszawa Praga w Warszawie mającym wpływ na ostateczny wynik kwalifikacji wykonawców;
3. naruszenie prawa materialnego poprzez niezastosowanie art. 7 ust. 1 PZP w związku z przeprowadzeniem Postępowania w zakresie kwalifikacji wykonawców i oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców i zachowania zasad uczciwej konkurencji, gdyż wskutek wadliwej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu do udziału nie został zaproszony wykonawca spełniający warunki udziału w Postępowaniu, tj. Konsorcjum Warbud, mimo iż w świetle wykonanego przez Zamawiającego wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 11.04.2011 r. (sygn. akt IV Ca 142/11) Konsorcjum Warbud winno zostać zaproszone do złożenia oferty;
4. naruszenie prawa materialnego przez Zamawiającego poprzez niezastosowanie art. 7 ust. 3 PZP w związku z wyborem oferty i w konsekwencji udzieleniem przedmiotowego zamówienia Konsorcjum Torpol z naruszeniem przepisów PZP, tj. art. 51 ust. 1 PZP, wskutek dokonania wyboru oferty konsorcjum składającego się z firm Torpol Sp. z o.o., Astaldi S.p.A, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług

Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. (dalej zwanego „Konsorcjum Torpol”) spośród ofert złożonych jedynie przez 4 wykonawców spełniających warunki udziału w Postępowaniu zamiast wymaganych 5, mimo iż wykonawców spełniających warunki udziału w Postępowaniu było więcej niż 5; naruszenie prawa materialnego przez Zamawiającego poprzez niezastosowanie art. 7 ust 1 PZP w związku z niezaproszeniem do składania ofert Konsorcjum Warbud, mimo, iż zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 11.04.2011 r. (sygn. akt IV Ca 142/11) konsorcjum to winno było zostać zaproszone do składania ofert; a także naruszenie prawa materialnego tj., art. 89 pkt 1) i 2) PZP w związku z 45 ust. 1 PZP i art. 36 ust. 1 pkt 8) PZP poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Torpol mimo, że oferta ta nie została zabezpieczona wadium o treści wymaganej przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) i jako taka podlegała odrzuceniu;

5. naruszenie prawa materialnego przez Zamawiającego poprzez niezastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 7) PZP w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5) i 6) PZP poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania, mimo iż Postępowanie wskutek popełnionych przez Zamawiającego, opisanych powyżej naruszeń przepisów PZP jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, w szczególności wskutek wyboru oferty Konsorcjum Torpol z rażącym naruszeniem prawa;
6. naruszenie prawa materialnego przez Zamawiającego poprzez niezastosowanie art. 44 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 4) ustawy z dnia 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z dokonaniem wyboru oferty Konsorcjum Torpol z rażącym naruszeniem przepisów PZP mających wpływ na wynik Postępowania.

Wskazując na powyższe konsorcjum Pol-Aqua wniosło o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia konsorcjum POL-AQUA i czynności wyboru oferty Konsorcjum Torpol jako najkorzystniejszej;
2. skierowanie wniosku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o złożenie skargi kasacyjnej na wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 11.04.2011 r. (sygn. akt IV Ca 142/11) wraz z wnioskiem o wstrzymanie jego wykonalności do czasu rozstrzygnięcia skargi kasacyjnej przez Sąd Najwyższy bądź poparcia wniosku konsorcjum Pol-Aqua złożonego w tym przedmiocie w dniu 15.04.2011 r., oraz w każdym przypadku, wstrzymanie się z podejmowaniem dalszych kroków w postępowaniu do czasu rozstrzygnięcia skargi kasacyjnej przez Sąd Najwyższy lub odmowy złożenia skargi kasacyjnej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych lub bezskutecznego upływu terminu do złożenia przez niego skargi kasacyjnej;

3. w przypadku pozytywnego wyroku Sądu Najwyższego zmieniającego lub uchylającego wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 11.04.2011 r. (sygn. akt IV Ca 142/11) powtórzenia czynności oceny wszystkich złożonych ofert, w tym oferty konsorcjum Pol-Aqua i wybór oferty konsorcjum Pol-Aqua jako najkorzystniejszej; na skutek złożonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych skargi kasacyjnej nakazania powtórzenia czynności oceny wszystkich złożonych oferty, w tym oferty Konsorcjum POL-AOUA/DRAGADOS i wybór oferty Konsorcjum POL-AOUA/DRAGADOS jako najkorzystniejszej;
4. w przypadku negatywnego wyroku Sądu Najwyższego odmawiającego uchylecia lub zmiany wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 11.04.2011 (sygn. akt IV Ca 142/11) lub odmawiającego przyjęcia do rozpoznania skargi kasacyjnej lub w przypadku odmowy złożenia skargi kasacyjnej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych lub bezskutecznego upływu terminu do złożenia przez niego skargi kasacyjnej, nakazania unieważnienia całego Postępowania;  
albo
5. unieważnienia czynności wykluczenia konsorcjum Pol-Aqua i czynności wyboru oferty konsorcjum Torpol jako najkorzystniejszej oraz;
6. unieważnienia całego postępowania.

Pismem z dnia 13 czerwca 2011 r. zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. W uzasadnieniu wskazywał, iż ocena co do poprawności dokonanej przez Sąd Okręgowy analizy przepisu art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. nie może nastąpić w ramach środków ochrony prawnej, wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i niezależnie od swego stanowiska, zobowiązany był do wykonania prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego z dnia 11 kwietnia 2011 r. Wskazywał, iż złożenie przez konsorcjum Pol-Aqua wniosku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wniesienie skargi kasacyjnej na powyższy wyrok nie mogło tamować czynności zamawiającego podejmowanych w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezasadne było również w ocenie zamawiającego żądanie unieważnienia postępowania czynności wykluczenia protestującego jak i czynności wyboru oferty konsorcjum Torpol jako najkorzystniejszej. Nadto zamawiający wskazywał, iż żądanie skierowania wniosku do Prezesa UZP o złożenie skargi kasacyjnej od wyroku sądu Okręgowego czy też żądanie poparcia takiego wniosku złożonego przez konsorcjum Pol-Aqua, nie znajduje żadnych podstaw prawnych na gruncie ustawy p.z.p. Podnosił również, iż Sąd Okręgowy nie nakazał dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ani też nie nakazał doproszenia konsorcjum Warbud do złożenia oferty dlatego też podnoszenie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy p.z.p., art. 51 ust. 1 ustawy p.z.p. oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy p.z.p. w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy p.z.p., których podstawę faktyczną stanowi okoliczność

niezaproszenia do udziału w postępowaniu wykonawcy Warbud nie zasługiwał na uwzględnienie. Zamawiający wskazywał również, iż konsorcjum Pol-Aqua nie wykazało, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Tym samym nieuzasadnione było żądanie unieważnienia przedmiotowego postępowania. W zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 45 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy p.z.p. zamawiający wskazywał, iż twierdzenie, że w dokumencie gwarancji Urząd Miasta Łodzi wpisany został również jako zamawiający jest nieuprawnione i nie znajduje uzasadnienia. Ponadto twierdzenie, że wskazanie w obu powołanych wyżej gwarancjach bankowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie jako zamawiającego upoważnionego oznacza że tylko ten zamawiający będzie mógł dochodzić wypłaty sumy gwarancyjnej pozostaje w sprzeczności z postanowieniami zawartymi w obu załączonych gwarancjach. W zakresie zarzutów naruszenia art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych jak i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zamawiający podnosił, iż nie podlegają rozstrzygnięciu w ramach środków ochrony prawnej wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec takiego rozstrzygnięcia w dniu 22 czerwca 2011 r. odwołanie złożyło konsorcjum Pol-Aqua podtrzymując zarzuty, żądania i argumentację zawartą w proteście.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

#### **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy p.z.p. w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Ponadto skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, iż odwołujący się nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p.. Przywołany przepis stanowi, że środki ochrony prawnej 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.

W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, zgodnie z którym, interes prawny może być rozumiany, bądź jako wnoszenie środków ochrony prawnej w celu zapewnienia

możliwości uznania oferty złożonej przez wnoszącego je wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego (interes prawny sensu stricto), bądź też jako wnoszenie środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia, kontroli legalności decyzji zamawiającego prowadzącej do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo).

Przedstawione szerokie rozumienie interesu prawnego uwzględnia pro wspólnotową wykładnię art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż zakłada ona, iż wykonawcy, którzy nie mogą uczestniczyć w postępowaniu wskutek nieprawidłowości w działaniach zamawiającego, posiadają interes prawny w uzyskaniu zamówienia, o ile wykażą, że domniemanie nieprawidłowości wiąże się z poniesionym przez nich lub grożącym im uszczerbkiem. Art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych, stanowi, że procedury odwoławcze winny być dostępne, co najmniej dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia, i która została poszkodowana lub jest zagrożona poszkodowaniem w wyniku domniemanego naruszenia. W doktrynie podnosi się, że art. 1 ust. 3 dyrektywy dotyczy wykonawców, którzy uczestniczyli w postępowaniu prowadzonym z naruszeniem przepisów, wskutek czego nie uzyskali zamówienia lub którzy nie zostali dopuszczeni do udziału w postępowaniu w wyniku niezgodnego z prawem działania zamawiającego, polegającego również na nieprawidłowym wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty. Sytuacja, o której mowa w wykładni pro wspólnotowej nie miała w przedmiotowej sprawie miejsca gdyż odwołujący nie został niedopuszczony do udziału w postępowaniu w wyniku niezgodnego z prawem działania zamawiającego, ale w wyniku orzeczenia sądu. Utrata statusu uczestnika przedmiotowego postępowania nastąpiła w wyniku instancyjnej kontroli sądowej czynności podjętych przez zamawiającego. Natomiast niezgodne z prawem działanie zamawiającego polegało właśnie na dopuszczeniu odwołującego do udziału w postępowaniu i zaproszeniu go do składania ofert.

Z powyższego wynika, zatem, że uszczerbek w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia, nawet przy odwołaniu się do regulacji dyrektywy, jest w każdym przypadku immanentnie związany ze statusem uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia: utratą możliwości uzyskania zamówienia bądź niedopuszczeniu do udziału w postępowaniu lub eliminacji z kręgu wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie ma wątpliwości, iż wykluczenie z przedmiotowego postępowania konsorcjum Pol-Aqua nastąpiło w wyniku wykonania wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 11 kwietnia 2011 r. (sygn. Akt IV Ca 142/11). Czynność tą należało bezsprzecznie uznać za czynności wykonaną zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. W takich okolicznościach



sprawy, odwołujący się nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż został skutecznie wykluczony z postępowania a tym samym nie ma również interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p.

Izba wskazuje, iż możliwość skutecznego wnoszenia uregulowanych w ustawie p.z.p. środków ochrony prawnej, uzależniona jest od kumulatywnego zaistnienia na gruncie konkretnego przypadku następujących okoliczności: naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a mianowicie dokonania przez zamawiającego czynności niezgodnie z przepisami ustawy albo zaniechanie czynności pomimo wynikającego z ustawy obowiązku jej dokonania, powstanie uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia podmiotu legitymowanego lub możliwość powstania uszczerbku w tym interesie, który ma charakter obiektywny, a nadto musi to być taki interes prawny, który wyraża się w możliwości uzyskania konkretnego zamówienia w tym postępowaniu przetargowym, którego dotyczą środki odwoławcze i w końcu zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy powołanym powyżej uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy lub możliwością takiego uszczerbku, a naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Do skutecznego zaskarżenia działań zamawiającego konieczne jest zatem łączne spełnienie wszystkich trzech wyżej wymienionych przesłanek.

W przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do odwołującego nie sposób mówić o takim zbiegu. Izba wskazuje, iż działania podjęte przez zamawiającego wobec odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie mogą być uznane za naruszające interes prawny tego wykonawcy. Zarzut przedwczesnego zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. w związku z art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. i niezastosowanie wytycznych zawartych w art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych nie potwierdza zbiegu wszystkich trzech przesłanek uzasadniających możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej. Skoro zamawiający zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu na mocy wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 11 kwietnia 2011 r. zobowiązany był wykluczyć odwołującego z postępowania to działania takiego nie sposób uznać za sprzeczne z ustawą. Ponadto korzystanie ze środków ochrony prawnej musi wynikać z naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy p.z.p. i nie może być oparte wyłącznie na naruszeniu innych przepisów prawa. Dlatego też wskazywanie przez odwołującego się na naruszenie art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych czy też art. 17 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z dokonaniem wyboru oferty konsorcjum Torpol nie pozostaje w związku z naruszeniem przepisów ustawy p.z.p. i tym samym nie korzysta z ochrony prawnej przewidzianej w ustawie p.z.p. Jednocześnie Izba wskazuje, iż w ustawie p.z.p. brak jest przepisów, które nakazywałyby zamawiającemu występowanie z wnioskiem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o złożenie skargi kasacyjnej. Ponadto Izba podnosi, że interes prawny w uzyskaniu zamówienia musi odnosić

się do postępowania, w którym składany jest środek odwoławczy. Zatem wykonawca, który został skutecznie wykluczony z postępowania nie może mieć interesu prawnego tylko w unieważnieniu postępowania. Samo dążenie do unieważnienia postępowania, jako zdarzenia otwierającego potencjalną możliwość ponownego złożenia oferty w kolejnym postępowaniu nie może uzasadniać twierdzenia o naruszeniu przez zamawiającego interesu prawnego tego wykonawcy. Podkreślić należy, iż interes prawny nie może być utożsamiany z interesem ekonomicznym, jaki może mieć potencjalny wykonawca, dążąc do unieważnienia postępowania licząc na ponowny, niepewny udział w nowym postępowaniu

Izba podkreśla, że interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody nie może być kierowany, jak to czyni odwołujący, na powstanie sytuacji polegającej na unieważnieniu postępowania. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może się toczyć w przyszłości, jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania.

W przedmiotowym stanie sprawy nie sposób mówić, iż w wyniku naruszeń prawa przez zamawiającego odwołujący stracił prawo wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej, a tylko w takiej sytuacji miałby interes prawny w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej. Skoro, jako wykonawca wykluczony z przedmiotowego postępowania nie jest już uczestnikiem tego postępowania to tym bardziej jego oferta nie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Naruszenie interesu prawnego polegać musi zatem na utraceniu przez wykonawcę szans na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma wątpliwości, iż tego konkretnego postępowania odwołujący nie wygra i nie wynika to z nieuprawnionego działania zamawiającego. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2008 r. (sygn. akt V Ca 1040/2008) Izba podaje, iż przesłanką zasadności środka odwoławczego jest jedynie uszczerbek w możliwości uzyskania zamówienia, nie zaś jakkolwiek uszczerbek w interesie prawnym wykonawcy. Dodatkowo jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. (sygn. akt. V Ca 165/2003) interes prawny odwołującego musi doznać uszczerbku w konkretnym przetargu, w którym on uczestniczy i musi polegać na tym, że traci on możliwość jego wygrania. Jeżeli zatem pomimo zgłoszonych przez odwołującego zarzutów naruszenia prawa zamówień publicznych ich uwzględnienie nie spowoduje, iż odwołujący uzyska szansę na wygranie tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu, to odwołanie musi podlegać oddaleniu wobec braku wykazania przez odwołującego zaistnienia lub możliwości uszczerbku jego interesu prawnego. Tym bardziej w ocenie Izby nie uzasadnia naruszenia interesu odwołującego wskazywanie przez niego naruszenia art. 51 ust. 1 ustawy p.z.p., art. 7 ust. 1 i 3 ustawy

p.z.p. poprzez nieuwzględnienie, niezaproszenie do składania ofert innego wykonawcy (konsorcjum Warbud), gdyż zarzuty takie mogłyby być rozpatrywane w kontekście naruszenia interesu prawnego, ale konsorcjum Warbud.

Wskazywanie również na ruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 45 ust. 1 ustawy p.z.p. jak też art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy p.z.p. również nie potwierdza naruszenia interesu prawnego odwołującego, gdyż konsorcjum Pol-Aqua, jako wykonawca skutecznie wykluczony z przedmiotowego postępowania nie ma możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Podnieść należy, że Izba rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, ma obowiązek z urzędu zweryfikować wypełnienie przez podmiot korzystający z prawa odwołania przesłanki materialnoprawnej wynikającej z art. 179 ust. 1 p.z.p. Wobec stwierdzenia braku tej przesłanki rozpatrzenie zarzutów w tych okolicznościach stało się bezprzedmiotowe.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a 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. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.567,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury VAT.

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:**

.....

.....