

Sygn. akt: KIO /1476/11

WYROK
z dnia 19 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Lubomira Matczuk – Mazuś
Aneta Mlęcka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2011 r. przez wykonawcę **China Overseas Engineering Group Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie, Pekin, Chińska Republika Ludowa, No. 1 Zizhuyuan Road, Dystrykt Haidian, Building** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **China Overseas Engineering Group Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie, Pekin, Chińska Republika Ludowa, No. 1 Zizhuyuan Road, Dystrykt Haidian, Building** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **China Overseas Engineering Group Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie, Pekin, Chińska Republika Ludowa, No. 1 Zizhuyuan Road, Dystrykt Haidian, Building** tytułem wpisu od odwołania.

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, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Kontynuację projektowania i wykonanie robót budowlanych w zakresie Autostrady A2 od Strykowa do Konotopy na odcinku od km 365 + 261,42 (od węzła „Stryków I" bez węzła) do km 394 + 500", [znak postępowania: IA.II.71111-lp -150.1965.PG/10] przez Odwołującego - China Overseas Engineering Group Co. Ltd z siedzibą w Pekinie - Chińska Republika Ludowa [dalej także jako: Odwołujący, lub Wykonawca lub Covec]. W odwołaniu wykonawca wskazał na dokonanie przez Zamawiającego - Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - czynności niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759 ze zm.) [dalej Pzp], polegającej na udzieleniu zamówienia przy zastosowaniu trybu z wolnej ręki, (...) pomimo niezastnienia podstaw prawnych do udzielenia zamówienia w tym trybie.

Podnosząc zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 1 lit. c) w zw. z art. 30 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w związku z udzieleniem zamówienia przy zastosowaniu trybu niekonkurencyjnego [dalej Dyrektywa], stwierdził, że wyjątkowa sytuacja związana z zakończenia współpracy z Odwołującym wynikała z winy Zamawiającego, i to Odwołujący się pierwszy odstąpił od Kontraktu zawartego z Zamawiającym w dniu 28 września 2009 r. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że przesłanka natychmiastowego wykonania zamówienia musi wynikać z sytuacji wystąpienia zdarzeń nieprzewidywalnych (nieplanowanych) takich jak: awarie, katastrofy, zagrożenia wypadku lub innego nadzwyczajnego zdarzenia, wymagającego natychmiastowego działania (...)", z którymi to nieprzewidywalnymi i nadzwyczajnymi zdarzeniami nie mamy do czynienia w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia. Jego zdaniem Zamawiający także nie wykazał braku możliwości dochowania terminów dla innych trybów udzielenia zamówienia publicznego oraz nie uzasadnił wyboru przez Zamawiającego najmniej konkurencyjnego trybu wyboru wykonawcy zamówienia publicznego ze wszystkich proponowanych przez ustawę Pzp.

Odwołujący wniósł także o zobowiązanie Zamawiającego do ujawnienia kwoty wynagrodzenia z tytułu wykonania zamówienia przez Eurovia S.A. oraz Warbud S.A.

W uzasadnieniu podał, że czynnością stanowiącą przedmiot niniejszego odwołania jest okoliczność udzielenia zamówienia na „Kontynuację projektowania i wykonanie robót budowlanych w

zakresie Autostrady A2 od Strykowa do Konotopy na odcinku od km 365 + 261,42 (od węzła „Stryków I” bez węzła) do km 394 + 500” przy zastosowaniu trybu z wolnej ręki, pomimo niewystępowania ustawowych przesłanek wymaganych dla tego trybu. Wskazał na umowę zawartą w dniu 28 września 2009 r. [dalej Kontrakt] przez Covec, dotyczącą projektu i budowy autostrady A-2 Stryków - Konotopa na odcinku od km 365+261,42 (od węzła "Stryków I" bez węzła) do km 394+500 („Kontrakt 1”) oraz na umowę dotyczącą projektu i budowy autostrady A-2 Stryków - Konotopa na odcinku od km 411+465,8 do km 431+500 („Kontrakt 2”). Podniósł także, że w toku realizacji Kontraktu 1 i Kontraktu 2, Odwołujący wskazywał na szereg uchybień Inżyniera Kontraktu w rozstrzyganiu roszczeń i brak reakcji Zamawiającego. Zamawiający w sposób ciągły nie wykonywał swoich zobowiązań wynikających z Kontraktów 1 oraz 2, co ostatecznie doprowadziło do odstąpienia przez COVEC od obu umów. Jego zdaniem Covec jest potencjalnym wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt. 11 ustawy Pzp i posiada interes w uzyskaniu spornego zamówienia. Stwierdził także, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wskazanych w odwołaniu pozbawiło Odwołującego możliwości ubiegania się o zamówienie oraz uzyskania korzyści wynikających z ewentualnego udzielenia wykonawcy zamówienia. Podał także, że informację na temat bezprawnego działania Zamawiającego - w postaci udzielenia zamówienia z wolnej ręki - powziął w dniu 1.07.2011 r. z ogłoszenia publikowanego na stronie internetowej Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad o dobrowolnej przejrzystości ex ante, informującego o wyborze nowych wykonawców zamówienia tj. spółek EUROVIA Polska S.A. i Warbud S.A (dalej „Ogłoszenie ex ante”). W dniu 05.07.2011 r. ogłoszenie o udzieleniu zamówienia ukazało się także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zdaniem wykonawcy - mając na uwadze doniesienia prasowe - kwota wynagrodzenia ustalona przez Zamawiającego w umowie z nowymi wykonawcami przewyższa tę określoną w Kontrakcie – umowie z dnia 28.09.2009 r. To oznacza, że udzielone zamówienie przekracza tzw. progi unijne wskazane w rozporządzeniu. W konsekwencji, w zakresie obowiązków dotyczących wymogu zachowania konkurencyjności, udzielenie przedmiotowego zamówienia podlegało nie tylko reżimom określonym w ustawie Pzp, lecz także w rozporządzeniach i dyrektywach unijnych dotyczących udzielania zamówień publicznych. W tym miejscu Odwołujący się wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do ujawnienia kwoty wynagrodzenia z tytułu wykonania Zamówienia przez Eurovia S.A. oraz Warbud S.A. Wskazując na treść art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz podnosząc odpowiedzialność Zamawiającego za rozwiązanie kontraktu stwierdził, że w dniu 3 czerwca 2011 r. wykonawca w oparciu o subklauzulę 16.2 d Warunków Ogólnych Kontraktu, złożył powiadomienie o odstąpieniu od Kontraktu, a następnie w dniu 20 czerwca 2011 r. oświadczenie o odstąpieniu. W uzasadnieniu powiadomienia Wykonawca wskazał szereg

okoliczności, które były wynikiem niewykonywania lub nienależytego wykonywania przez Zamawiającego oraz Inżyniera Kontraktu (stanowiącego jego personel) zobowiązań wynikających z Kontraktu. Podał także, że w powiadomieniu o odstąpieniu Wykonawca zarzucił Inżynierowi, działającemu zgodnie z wolą i poparciem Zamawiającego bezzasadne odrzucanie bądź nie rozpatrywanie

w terminie kontraktowym szeregu kontraktowych roszczeń Wykonawcy, których uwzględnienie było konieczne dla prawidłowej realizacji Kontraktu. Jego zdaniem nieuwzględnienie roszczeń doprowadziło do sprzecznego z treścią Kontraktu przrzucenia ryzyka finansowania umowy z Zamawiającego na Wykonawcę, powstania szkody w majątku Wykonawcy i oznaczało brak jakiegokolwiek woli współpracy Zamawiającego przy realizacji Kontraktu. Ponadto w powiadomieniu o odstąpieniu Wykonawca wskazał szereg nieprawidłowości w postępowaniu Inżyniera i Zamawiającego w rozpatrywaniu wniosków o Przejściowe Świadczenia Płatności. Nieprawidłowe działanie Inżyniera i Zamawiającego w tym zakresie doprowadziło do sytuacji, w której Wykonawca nie otrzymał zapłaty za wykonane w sposób należyty roboty budowlane. To z kolei skutkowało niemożnością opłacenia prac wykonanych przez podwykonawców. Powyższe okoliczności, za które Zamawiający ponosi odpowiedzialność, prowadzą do wniosku o niewłaściwym wykonywaniu przez Zamawiającego zobowiązań wynikających z Kontraktu, które zgodnie z subklauzulą 16.2 d. dały Wykonawcy uprawnienie do odstąpienia od Kontraktu z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Wykonawca po złożeniu powiadomienia o odstąpieniu wykazał gotowość do polubownego rozstrzygnięcia problemów napotkanych w trakcie wykonywania Kontraktu. Jednakże z uwagi na stanowisko Zamawiającego, całkowicie i bezzasadnie kwestionujące roszczenia Wykonawcy, które nie uległo zmianie w trakcie prowadzonych rozmów, nie doszło do zawarcia porozumienia między stronami. Wskazał także dodatkowo, że w okresie od przekazania powiadomienia o odstąpieniu, Zamawiający za pośrednictwem środków masowego przekazu rozpowszechnił szereg nieprawdziwych informacji dotyczących Wykonawcy, godzących w jego markę i renomę oraz prowadzących do powstania dodatkowej szkody w majątku Wykonawcy. Wobec powyższych okoliczności odstąpienie od Kontraktu było konieczne i w pełni uzasadnione. Stwierdził także, wskazując na orzecznictwo KIO, że wyjątkowość sytuacji zawiniona przez Zamawiającego, pozbawia Zamawiającego możliwości zastosowania omawianego przepisu. Wskazując na uzasadnienie wyboru trybu z wolnej ręki wskazanym w Ogłoszeniu ex ante, odnoszące się do wyjątkowej sytuacji związanej z zakończeniem współpracy z Wykonawcą stwierdził, że nagła i niespodziewana utrata płynności finansowej przez Wykonawcę zaistniała na skutek działań Zamawiającego, polegających na bezpodstawnej odmowie wystawienia Przejściowych Świadczeń Płatności i uiszczenia należności za wykonane roboty. Niezrealizowanie kontraktowych zobowiązań w zakresie zarządzania i finansowania wynikało z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Zgłoszenie przez Wykonawcę dodatkowych żądań finansowych niemożliwych do spełnienia przez stronę publiczną, pomimo że strona publiczna była w stanie spełnić te żądania, o czym świadczą doniesienia prasowe odnośnie do wysokości wynagrodzenia za wykonanie zamówienia zaoferowanego nowym wykonawcom, które to wynagrodzenie przekracza kwotę Kontraktu. Rzekome faktyczne porzucenie placu budowy, nigdy nie miało miejsca, gdyż zaprzestanie wykonywania prac wynikało z odstąpienia przez Wykonawcę od umowy z winy Zamawiającego. Podkreślił, że to Wykonawca pierwszy odstąpił od

umowy z winy Zamawiającego. Ogół powyższych okoliczności – jego zdaniem sprawia, że przesłanka zaistnienia wyjątkowej sytuacji niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, nie została spełniona w okolicznościach niniejszej sprawy.

Co do braku konieczności natychmiastowego wykonania Zamówienia – powołując się na orzecznictwo KIO - stwierdził, że przesłanka natychmiastowego wykonania zamówienia musi wynikać z sytuacji wystąpienia zdarzeń nieprzewidywalnych (nieplanowanych) takich jak: awarie, katastrofy, zagrożenia wypadku lub innego nadzwyczajnego zdarzenia, wymagającego natychmiastowego działania. Przesłanka określona w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, znajdzie zatem zastosowanie w sytuacji, gdy niezbędne będzie podjęcie natychmiastowych działań, związanych z usuwaniem skutków katastrof lub zapobieżeniem gromadzącemu niebezpieczeństwu, a także (...) wymaganie natychmiastowego wykonania zamówienia odróżnić należy od wykonania zamówienia w trybie pilnym (...)"

Natychmiastowa potrzeba wykonania zamówienia, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wiąże się z koniecznością podjęcia błyskawicznych działań, bez których niemożliwe będzie uniknięcie zagrożeń lub istotnych strat materialnych. Z natychmiastową potrzebą mamy do czynienia w razie zaistnienia potrzeby usunięcia zanieczyszczenia lub innego zagrożenia spowodowanego przez zdarzenia losowe jak zabezpieczenie miejsca po wybuchu elektrowni jądrowej (Fukushima) czy wycieku szkodliwych substancji (przykłady Seveso i Seveso II). Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający działając pod presją czasu oraz opinii publicznej stara się interpretować znaczenie „natychmiastowej potrzeby” rozszerzające. Taka wykładnia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stoi jednak w sprzeczności z celem tej regulacji, co potwierdzają m.in. orzeczenia KIO. Odpowiednikiem «natychmiastowej konieczności wykonania» zamówienia na gruncie prawa Unii Europejskiej jest pojęcie tzw. «extreme urgency» występujące w art. 31 ust. 1 lit. c) Dyrektywy 2004/18 tłumaczone jako « pilna konieczność» i uzasadniające (pod warunkiem spełnienia pozostałych przesłanek wskazanych w tym przepisie) udzielenia zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Zgodnie z wytycznymi Komisji Europejskiej dotyczącymi Wspólnotowych zasad odnoszących się do zamówień publicznych «pilna konieczność» wynika z okoliczności niemożliwych do przewidzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Okoliczności nieprzewidywalne, to m. in. zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego jak: klęski żywiołowe (powodzie, pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Zgodnie ze stanowiskiem Komisji tylko tego rodzaju okoliczności mogą uzasadniać skorzystanie z niekonkurencyjnych procedur. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej również wskazuje, że pojęcie „pilnej konieczności”, na potrzeby prawa zamówień publicznych, należy interpretować wąsko a ciężar wykazania istnienia pilnej konieczności spoczywa na zamawiającym. Trybunał Sprawiedliwości wskazał w swym orzecznictwie trzy przesłanki, które muszą być spełnione kumulatywnie, aby można było mówić o zaistnieniu „pilnej konieczności”. Musi mianowicie wystąpić nieprzewidywalne zdarzenie losowe, które uniemożliwia dochowanie terminów określonych dla konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych, a także musi istnieć

normalny związek między zaistniałym nieprzewidzianym zdarzeniem a pilną koniecznością wyboru wykonawcy w trybie niekonkurencyjnym (w omawianym przypadku negocjacji bez ogłoszenia z jednym wykonawcą - na gruncie polskiego prawa, udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Wykonawca stwierdził także, że uzasadniając fakt udzielenia zamówienia, w ogłoszeniu ex ante, Zamawiający wskazał, że „niezbędny czas trwania procedury przetargowej w trybie konkurencyjnym wynosi ok. 6 miesięcy” oraz, że zaniechanie wykonania prac budowlanych w tym czasie doprowadziłoby do degradacji wykonanych obiektów i mogłoby skutkować koniecznością powtórzenia już zrealizowanych prac. Wskazał także na konieczność zbadania, czy w istocie zaniechanie wykonania prac budowlanych na okres sześciu miesięcy doprowadziłoby do degradacji wykonanych obiektów i mogłoby skutkować koniecznością powtórzenia już zrealizowanych prac, zauważył, że tryb zastosowany przez Zamawiającego w celu udzielenia Zamówienia jest trybem najmniej konkurencyjnym ze wszystkich proponowanych przez ustawę Pzp.

Powołując argumentację Zamawiającego, że skorzystanie z trybu udzielenia Zamówienia z wolnej ręki było uzasadnione koniecznością wypełnienia zobowiązań w zakresie budowy infrastruktury drogowej, wynikających z organizacji turnieju finałowego UEFA EURO 2012, stwierdził jednocześnie, że nie wydaje się by Zamawiający wystarczająco wnikliwie (choć zobowiązuje go do tego prawo Unii Europejskiej⁴) zbałał inne tryby udzielania zamówień publicznych, które zapewniałyby większy stopień konkurencyjności a jednocześnie pozwoliłyby na udzielenie Zamówienia w krótszym czasie, niż miałyby to miejsce w razie rozpisania przetargu nieograniczonego. Stwierdził także, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, który uzależnia dopuszczalność wniesienia odwołania przez dany podmiot od posiadania przez niego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Cytowany przepis - jak wskazał wykonawca - nie wymaga od COVEC posiadania interesu prawnego, a jedynie interesu w uzyskaniu zamówienia. O istnieniu interesu prawnego decydują przepisy prawa materialnego przyznające podmiotowi prawa lub nakładające nań obowiązki. Mimo, że ustawodawca wymaga obecnie od odwołującego się podmiotu posiadania jedynie interesu rozumianego jako zainteresowanie w rozstrzygnięciu, które nie musi być poparte normą prawa materialnego, to stwierdzić należy, że jako potencjalny wykonawca Zamówienia, Odwołujący się posiada również interes prawny w uzyskaniu Zamówienia. Działanie Zamawiającego polegające na udzieleniu Zamówienia z wolnej ręki spowodowało bowiem utratę przez Odwołującego się szansy na wygranie postępowania o udzielenie Zamówienia. Norma prawna wskazuje na interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zatem interes ten musi dotyczyć konkretnego postępowania. COVEC jako dotychczasowy wykonawca prac budowlanych stanowiących przedmiot Zamówienia, niewątpliwie taki interes posiada. W wyniku bezprawnego działania Zamawiającego, tj. udzielenia Zamówienia z wolnej ręki, Wykonawca poniósł szkodę w postaci utraty szans na uzyskanie wynagrodzenia z tytułu wykonania Zamówienia. Nie ulega bowiem

wątpliwości, że jako podmiot specjalizujący się w wykonywaniu prac budowlanych, objętych przedmiotem Zamówienia, COVEC był potencjalnym kandydatem na wykonawcę Zamówienia.

Wykonawca wskazał także na niezamieszczenie przez Zamawiającego właściwego ogłoszenia o udzieleniu Zamówienia, czym naruszył również art. 66 ust. 2 Pzp z uwagi na fakt, że po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia nie zamieścił ogłoszenia, spełniającego wymagania ustanowione w art. 66 ust. 2 ustawy Pzp, o zamiarze udzielenia zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych, ani nie przekazał ogłoszenia, spełniającego wymagania ustanowione w art. 66 ust. 2 Pzp, o zamiarze udzielenia Zamówienia do Urzędu Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej, bowiem ogłoszenie skierowane do Urzędu Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej w dniu 29 czerwca 2011 r. nie spełniało kryteriów wskazanych w art. 66 ust. 2. Zgodnie z dyspozycją art. 66 ust. 2 Pzp ogłoszenie powinno zawierać: nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego; określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia; o uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki; nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia. Ogłoszenie zamieszczone przez Zamawiającego w dniu 29.06.2011 r. nie spełnia wszystkich wskazanych powyżej wymogów. Nie wskazuje bowiem ani wielkości zamówienia ani informacji o trybie w jakim zamawiający zamierzał go udzielić.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o jego oddalenie z powodu bezzasadności zarzutów, podnosząc argumentację prawną i faktyczną w zakresie podstaw zastosowania art. 67 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp oraz wskazując na art. 66 ust.2 ustawy Pzp.

Rozpatrując odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołujący się wykonawca - China Overseas Engineering Group Co. Ltd nie legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Tym samym odwołanie podlega oddaleniu bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w tym odwołaniu.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie i doktrynie podstawą skutecznego wniesienia odwołania jest wypełnienie przez wnoszącego odwołanie materialno-prawnej przesłanki, o której stanowi przepis art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej (w tym wypadku odwołania) ma tylko ten podmiot, który wykaże przede wszystkim interes w uzyskaniu zamówienia, a ponadto możliwość poniesienia szkody. Analogiczne uregulowanie – tak jak w art.179 ust.1 ustawy Pzp - wynika także z art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG [zwanej także odwoławczą]

Posiadanie takiej legitymacji czynnej przez wnoszącego odwołanie podlega badaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania, bowiem brak takiej legitymacji prowadzi do oddalenia odwołania. Tak jak podnosi się w doktrynie może zachodzić w praktyce pewne utrudnienie w zidentyfikowaniu „innego podmiotu” uprawnionego do wnoszenia środków ochrony prawnej. Z pewnością zakresem tego pojęcia objęte będą wszelkie osoby inne niż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia (względnie uczestnicy konkursu) zdefiniowane w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Zdaniem Izby za taką „inną osobę w rozumieniu wskazanego przepisu należy uznać potencjalnego wykonawcę, który kwestionując prawidłowość zastosowania trybu niekonkurencyjnego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tak jak i inni uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej, musi wykazać, zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy Pzp, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Tym samym także ten „inny podmiot” musi wykazać adekwatny związek pomiędzy zarzucanym naruszeniem prawa a naruszeniem interesu odwołującego się podmiotu oraz wykazać możliwość poniesienia szkody, będącej skutkiem takiego naruszenia. Nie wykazanie takiego związku przyczynowego skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpoznawania podniesionych w nim zarzutów.

Tak jak ustaliła Izba - w niniejszym postępowaniu - Odwołującym jest wykonawca - China Overseas Engineering Group Co. Ltd z siedzibą w Pekinie - Chińska Republika Ludowa. Wykonawca ten powołując się na przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem działanie Zamawiającego polegające na udzieleniu zamówienia z wolnej ręki (...) spowodowało utratę przez Odwołującego szansy na wygranę postępowania o udzielenie Zamówienia. Zdaniem wykonawcy COVEC jako dotychczasowy wykonawca prac budowlanych, stanowiących przedmiot zamówienia, niewątpliwie taki interes posiada. Dalej wykonawca - China Overseas Engineering Group Co. Ltd podał, że (...) W wyniku bezprawnego działania Zamawiającego, tj. udzielenia zamówienia z wolnej ręki, wykonawca poniósł szkodę w postaci utraty szans na uzyskanie wynagrodzenia z tytułu wykonania zamówienia. Stwierdził także, że (...) jako podmiot specjalizujący się w wykonywaniu prac budowlanych, objętych przedmiotem zamówienia, COVEC był potencjalnym kandydatem na wykonawcę Zamówienia (...). W uzasadnieniu stanowiska, Odwołujący wskazał na umowę zawartą w dniu 28 września 2009 r., dotyczącą projektu i budowy autostrady A-2 Stryków - Konotopa na odcinku od km 365+261,42 (od węzła "Stryków I" bez węzła) do km 394+500 („Kontrakt 1"). Mając na uwadze powyższą argumentację Izba stwierdziła, że wskazana umowa z dnia 28 września 2009 r. została zawarta z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: China Overseas Engineering Group Co. Ltd z siedzibą w Pekinie Chińska Republika Ludowa, jak lider oraz partnerzy: Shanghai Construction (Group) General Co. z siedzibą w Szanghaju Chińska Republika Ludowa, China Railway Tunnel Group Co. Ltd z siedzibą w Luoyang, Chińska Republika

Ludowa i Decoma Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Tym samym, to nie Odwołujący był wykonawcą tej umowy, lecz Konsorcjum z udziałem czterech wykonawców, w tym Odwołującego i tym samym wykonawca nie może skutecznie w uzasadnieniu interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp powoływać się na okoliczności, które dotyczą, w tym przypadku innego podmiotu niż Odwołujący.

Izba zwraca uwagę, że prawo polskie nie wyróżnia w kodeksie cywilnym odrębnego typu umowy konsorcjum, jednakże tradycyjnie w przypadku wspólnego, w oparciu o przepis art. 23 ustawy Pzp, ubiegania się o zamówienie publicznego - taki związek wykonawców określa się jako Konsorcjum, co z kolei w świetle obowiązującej zasady swobody umów na gruncie chociażby art. 353¹ k.c. jest dopuszczalne. W literaturze prawniczej oraz w orzecznictwie wskazuje się także na podobieństwo umowy konsorcjum do umowy spółki cywilnej, regulowanej przepisem art. 860 k.c. i następnich. Izba wskazuje także, że – zgodnie ze wskazanym art. 23 ust.2 ustawy Pzp - wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w danym postępowaniu albo do reprezentowania ich w danym postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokonując czynności względem pełnomocnika, zamawiający dokonuje takiej czynności ze skutkiem do wszystkich konsorcjantów. Pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia może być jeden z wykonawców, oznaczony tradycyjnie w Konsorcjum jako lider konsorcjum. Jednakże – co wymaga podkreślenia - uprawnienie przyznane liderowi w danym postępowaniu nie rozciąga się na inne postępowania prowadzone przez tego samego zamawiającego. Tym samym, jak już wskazywała Izba, nie mając stosownego umocowania w dacie wnoszenia przedmiotowego odwołania, wykonawca nie może powoływać się na okoliczności dotyczące Konsorcjum, jako innego podmiotu.

Izba na marginesie zauważa także, że zgodnie z treścią art. 24 ust.1 pkt 1a ustawy Pzp - w brzmieniu obowiązującym od dnia 11.05.2011 r. - z postępowania o zamówienie publiczne wyklucza się tych wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. W okolicznościach niniejszej sprawy tak jak wynika z treści pełnomocnictwa z dnia 6 kwietnia 2009 r.- który to dokument, znajdujący się w aktach sprawy o sygn. akt: KIO/UZP/1400/09 został dopuszczony przez Izbę z urzędu - Lider nie był upoważniony do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem zawarcie umowy nastąpiło nie z Liderem, a z wykonawcami tworzącymi Konsorcjum. Także powoływana przez Odwołującego – w toku rozprawy - umowa konsorcjum nie została wymieniona w umowie z dnia 28 września 2009 r. jako jeden z jej załączników (§ 2 umowy). Izba zauważa także, że

z dokumentów wskazywanych przez Odwołującego nie można wywieść, że ustanowiony - w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zakończonym zawarciem umowy w dniu 28.09.2011r. - Lider - China Overseas Engineering Group Co. Ltd był uprawniony do składania w imieniu Konsorcjum oświadczeń w przedmiocie odstąpienia od umowy. Tym samym, przy ocenie skuteczności odstąpienia przez Konsorcjum od umowy, ta okoliczność nie powinna być pomijana.

W konkluzji Izba stwierdza, że ustalenia w niniejszej sprawie wskazują na brak – w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp legitymacji do wniesienia odwołania w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, przez wykonawcę - China Overseas Engineering Group Co.

. Z tych też względów Izba, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

.....

.....