

**WYROK**  
**z dnia 18 lipca 2011r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Emil Kawa

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2011r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2011r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a** w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, 50-425 Wrocław, ul. Krakowska 28**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MOTA - ENGIL Central Europe S.A., Mota-Engil Engenharia e Construção S.A., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8w** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. kosztami postępowania obciąża Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a** na rzecz **MOTA - ENGIL Central Europe S.A., Mota-Engil Engenharia e Construção S.A., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8w**

kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu zwana dalej "zamawiającym" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w przedmiocie „Budowa mostu na rzece Odrze w m. Brzeg Dolny wraz z drogami dojazdowymi. Projekt współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 185-282307 i opublikowane w dniu 23 września 2010r.

W dniu 20 czerwca 2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Z przesłanej informacji wynikało, że Konsorcjum Mostostal zwane dalej „Odwołującym” zajęło 11 (jedenastą) pozycję w rankingu wniosków, otrzymując zerową punktację w wyniku przeprowadzonej oceny, pomimo uznania przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wynikało to ze stwierdzenia, że Odwołujący nie kwalifikuje się do kolejnego etapu postępowania i w konsekwencji podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego nastąpiło to w oparciu o błędnie przeprowadzone w ramach ponownej oceny wniosków sumowanie wartości zaliczanych wykonawcom inwestycji, co w konsekwencji doprowadziło do bezprawnego w ocenie Odwołującego pozbawienia go możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący stwierdził, że został przez Zamawiającego naruszony przepis art. 51 ust. 2 ustawy Pzp, oraz naczelne zasady udzielania zamówień publicznych, jakimi są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a także inne przepisy wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Stwierdził również na wstępie uzasadnienia odwołania, że odwołanie wnosi sytuacji kiedy Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10.06.2011 roku sygn. 1099/11 – nakazała ponowną ocenę złożonych wniosków. Nowa czynność zamawiającego, w wyniku której Zamawiający nie zaliczył Odwołującemu zadań zgodnie z określonymi w ogłoszeniu zasadami kwalifikacji spowodowała utratę możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia. Izba w cyt. wyroku uznała, że potwierdził się zarzut dotyczący braku przejrzystości przy liczeniu przez Zamawiającego wartości zadań, wskazując przy tym na prawidłowy sposób ich sumowania, który winien być przyjęty w ocenie wniosków przy przyznawaniu punktacji. Izba zdaniem Odwołującego uznając zarzut w tym zakresie - potwierdziła wadliwość dotychczasowego działania Zamawiającego w tym zakresie.

Dlatego też biorąc pod uwagę, ogólnie opisany zarzut, Odwołujący wnioskował o:

- 1) unieważnienie przeprowadzonej kwalifikacji wniosków do udziału w postępowaniu w oparciu o błędne przyjęcie wartości wykazywanych inwestycji podlegających sumowaniu w celu ustalenia pozycji zakwalifikowanych do kolejnego etapu wykonawców;
- 2) unieważnienie decyzji w sprawie wykluczenia Odwołującego i w konsekwencji zakwalifikowanie Konsorcjum Mostostal do etapu składania ofert w postępowaniu.

W uzasadnieniu podniesionego zarzutu argumentował że zgodnie z wymogiem Zamawiającego określonym w pkt III.2.1.6 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał, by wykonawcy wykazali, że „wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie: a) 2 zadania polegające na budowie i/lub przebudowie dróg klasy G lub wyższej o wartości nie niższej niż 30.000.000,00 PLN brutto - każde zadanie lub jedno zadanie polegające na budowie lub przebudowie dróg klasy G lub wyższej o wartości nie niższej niż 60.000.000,00 PLN brutto, b) budowę co najmniej jednego obiektu mostowego wieloprzęsłowego z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym z przęsłem o rozpiętości min. 100 m."

Na potwierdzenie spełnienia warunku Zamawiający wymagał złożenia stosownego Wykazu wraz z dokumentami referencyjnymi.

Jednocześnie w pkt IV 1.2 Ogłoszenia Zamawiający określił zasady oceny spełniania warunków i przyznawania punktacji w sposób następujący:

„Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu odbywać się będzie na podstawie załączonych dokumentów do wniosku, na zasadzie spełnia/ nie spełnia. Dodatkowo, punktowo oceniane będzie doświadczenie zawodowe. Doświadczenie zawodowe Zamawiający oceniać będzie punktowo na podstawie załączonego przez Wykonawcę do wniosku wykazu zawierającego rodzaj, wartość oraz daty i miejsca wykonania robót wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty wykazane w doświadczeniu zawodowym zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Za wykonanie doświadczenia zawodowego, o którym mowa w rozdziale III.2.1 pkt 2 lit. a) i b) Wykonawca otrzyma „0” pkt., a za każde dodatkowo wykazane zadanie określone w rozdz. III.2.1 pkt 2 lit. a) i b) Wykonawca otrzyma 1 punkt. W przypadku gdy wykonawcy otrzymają taką samą liczbę punktów, Zamawiający zaprosi tego wykonawcę, który w przedstawionym doświadczeniu zawodowym wykaże się wyższą wartością wykazanych zadań spełniających warunek określony w rozdz. III.2.1 pkt. 2 lit. a) i b)“.

W kontekście tak sformułowanego warunku, ujęte w Wykazie informacje dotyczące wykazywanych zadań, obejmujących wykonanie zadań polegających na wybudowaniu dróg/ drogi i obiektu mostowego, w których podano wartości całości zamówień, bezspornie powinny kwalifikować Konsorcjum Mostostal do kolejnego etapu postępowania. Odwołujący

wskazuje, że w związku z wykazaniem się doświadczeniem w poz. 11 (Prace podziemne przy M-30 obejmujące przebudowę dwóch jezdni drogi pomiędzy mostem San Isidro i mostem Praskim) i poz. 19 (budowa Obwodnicy w Las Palmas obejmująca budowę obiektu mostowego) dołączonego do wniosku Wykazu, Zamawiający winien był co prawda przyznać Odwołującemu „0” punktów, jednakże z uwagi na wartość wykazanych zadań Konsorcjum Mostostal winno zakwalifikować się do kolejnego etapu postępowania na poz. 8 w rankingu złożonych wniosków. Zgodnie z zawiadomieniem w sprawie kwalifikacji wykonawców do kolejnego etapu postępowania, Zamawiający potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Dokonał jednak nieprawidłowej kalkulacji (zsumowania) wartości zadań ujętych w Wykazie, nie uwzględniającej wartości zadań wskazanych w poz. 11 i 19 Wykazu doświadczenia zawodowego, co w konsekwencji spowodowało bezprawne niedopuszczenie Konsorcjum Mostostal do kolejnego etapu postępowania. Łączna wartość zamówień z poz. 11 i 19 powołanego Wykazu wynosi bowiem 2.348.280.841,53 zł, co po dokonaniu prawidłowej oceny wniosków Wykonawców, którym Zamawiający nie przyznał punktów, powinno było sklasyfikować wniosek Odwołującego na ósmej pozycji. Tymczasem z przekazanego Odwołującemu zawiadomienia o kwalifikacji Wykonawców wynika, że uwzględniona przez Zamawiającego w przypadku Konsorcjum Mostostal wartość zadań wynosi jedynie 783.916.383,05 zł, co potwierdza nieujęcie w niej wartości zadań z wyżej wskazanych pozycji.

Podniósł, że w świetle brzmienia warunku określonego w pkt III.2.1 ppkt 1 lit. a) i b) ogłoszenia o zamówieniu oraz zasad i kryteriów kwalifikacji do następnego etapu przetargu ujętych w pkt IV. 1.2 ogłoszenia, brak jest podstaw, by twierdzić, iż punktacja zadań i ocena wniosków winna być dokonywana na podstawie wartości konkretnych obiektów mostowych czy robót drogowych. Z opisu kryteriów kwalifikacji zawartych w pkt IV. 1.2 ogłoszenia wynika jednoznacznie, iż użyte tu pojęcie „wartości wykonania robót” odnosi się do wartości zadań zawartych w wykazie tworzonym w oparciu o brzmienie warunku opisanego w pkt. III.2.1 pkt. 1 lit. a) i b) ogłoszenia o zamówieniu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający pismem z dnia 5.07.2011 roku poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej a także Odwołującego i zgłaszającego przystąpienie do postępowania o uznaniu w całości, zarzutów podniesionych w odwołaniu konsorcjum.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił wykonawca konsorcjum **MOTA - ENGIL Central Europe S.A., Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8w** zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący do postępowania wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w całości zgłosił sprzeciw. Tym samym zgodnie z przepisem art. 186 ust.4 Izba winna była rozpoznać odwołanie.

Przystępujący w piśmie procesowym wniósł o:

1 – odrzucenie odwołania

2. ewentualnie o oddalenie odwołania i zasądzenia kosztów zastępstwa prawnego.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający dokonał w dniu 16 maja br. kwalifikacji wykonawców do drugiego etapu postępowania. W wyniku tej oceny Odwołujący otrzymał ocenę „0 punktów + 783 916 383,05 zł” i został sklasyfikowany na dziesiątym miejscu (uprawniającym do złożenia oferty).

W wyniku uwzględnienia odwołania wniesionego przez Budimex SA i Ferrovial Agroman SA, Zamawiający dokonał w dniu 20 czerwca 2011 r. ponownej kwalifikacji wykonawców do drugiego etapu postępowania. W wyniku tej oceny Odwołujący otrzymał identyczną co wcześniejszej ocenę „0 punktów + 783.916.383,05 zł” i został sklasyfikowany na jedenastym miejscu, nie uprawniającym go do złożenia oferty, a w konsekwencji nastąpił wobec niego skutek wykluczenia z postępowania.

Tym samym uznał, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione po terminie do jego wniesienia, gdyż już bowiem 16 maja br. Odwołujący, powziął wiadomość o okolicznościach, z których uczynił przedmiot zarzutów niniejszego odwołania. W tym stanie, odwołanie dotyczące sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu winno zostać złożone przez Odwołującego najpóźniej w dniu 27 maja br., a termin do wniesienia odwołania nie zaczął biec na nowo w chwili ponownej kwalifikacji wykonawców tj. w dniu 20 czerwca 2011 r., bowiem Odwołujący nie dowiedział się wtedy na nowo o sposobie oceny jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przystępujący wskazał, iż Krajowa Izba Odwoławcza wypracowała jednoznaczne i jednolite stanowisko w zakresie instytucji koncentracji środków ochrony prawnej i interesu prawnego do złożenia tych środków. Zgodnie z nim, każdy wykonawca ma bezwzględny obowiązek niezwłocznego (tj. w terminach określonych w 181 ust 1 pzp) korygowania wszystkich działań i zaniechań zamawiającego, niezależnie czy dotyczą one oferty uznanej za najkorzystniejszą czy też innych ofert, a nawet niezależnie od tego czy oferta tego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą czy też nie została wybrana (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 lutego 2010 r. (KIO/UZP127/10), a także postanowienie KIO z 30 grudnia 2009 r. (KIO/UZP 1670/09)). Zaniechanie tego obowiązku powoduje utratę możliwości powoływania się na te argumenty na dalszym etapie postępowania, gdy np. na skutek orzeczenia KIO dojdzie do ponownego badania treści ofert - postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 22 kwietnia 2010 r. (KIO/UZP 581/10), postanowienie KIO z 9 lutego 2011 (KIO 157/11) - a w konsekwencji odrzucenie środka ochrony prawnej.

W niniejszej sytuacji. Odwołujący, mimo iż został w dniu 16 maja br. dopuszczony do dalszego etapu postępowania, winien był złożyć odwołanie na tę czynność Zamawiającego.

Odwołujący posiadał bowiem już wtedy wiedzę o - jego zdaniem - dokonanych przez Zamawiającego naruszeniach ustawy, a także posiadał interes prawny we wniesieniu odwołania. Interes ten przejawiał się na tym, iż w rezultacie złożenia odwołań przez innych wykonawców, Odwołujący mógł zostać przesunięty na pozycję nie dającą kwalifikacji do dalszego etapu postępowania - co z resztą się stało. Zatem, zgodnie z wyrażoną przez KIO zasadą koncentracji środków ochrony prawnej, każdy wykonawca zobligowany jest niezwłocznie wnieść środki ochrony prawnej jeżeli dostrzeże naruszenia prawa dokonane przez Zamawiającego, nawet w sytuacji gdy czynność owa jest korzystna dla niego (np. w jej rezultacie został zakwalifikowany do dalszego etapu). Korzystność ta bowiem jest pozorna, przejściowa, tj. w rezultacie złożenia środków odwoławczych przez innych wykonawców wykonawca może stracić szansę na uzyskanie zamówienia. Zatem, obowiązkiem każdego wykonawcy jest wniesienie środka ochrony prawnej nawet jeżeli dokonane przez Zamawiającego naruszenia prawa tylko potencjalnie naruszają interes wykonawcy. Odwołujący odpowiadając na zarzut Przystępującego podniósł że w dniu 16 maja 2011r. nie miał interesu do wnoszenia odwołania, gdyż jego wniosek był zakwalifikowany do dalszego etapu, natomiast w wyniku oceny dokonanej przez zamawiającego w dniu 20 czerwca 2011r. nastąpiła istotna zmiana okoliczności, w wyniku której odwołujący nie został zakwalifikowany do drugiego etapu.

Izba powyższy wniosek Przystępującego oddaliła, Przystępującemu umknął bardzo ważny fakt ,że przywołał w tym w/w zakresie zarówno przepisy ustawy pzp jak i tezy z orzeczeń które mogły być uznane za zasadne w poprzednio obowiązującym stanie prawnym tj, sprzed tzw dużej nowelizacji ustawy pzp która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 roku. Ważnym w tym zakresie jest przede wszystkim fakt ,że zmieniła się treść przepisu art. 179 ust.1 gdzie poprzednio obowiązujący wymóg posiadania przez odwołującego „interesu prawnego” został zastąpiony pojęciem „interesu” który daje możliwość szerszemu kręgu wykonawców wykazać się interesem w uzyskaniu danego zamówienia, tym samym odwołujący winien legitymować się interesem w uzyskaniu zamówienia oraz winien wykazać ,że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.. Izba zważyła że interes wykonawcy należy oceniać w kontekście całości postępowania odwoławczego, a zgodnie z art. 179 ust. 1 interes w uzyskaniu zamówienia ma występować przede wszystkim w dacie wnoszenia odwołania lub w przeszłości. Ponadto stanowisko zaprezentowane przez Przystępującego zdaniem Izby wydaje się być nie do zaakceptowania, gdyż stosowanie potrzeby odwoływania się od decyzji w stosunku do każdego wykonawcy który potencjalnie może zagrozić danemu wykonawcy na jego pozycji ustalonej w tracie wyboru oferty czy oceny wniosków, doprowadziłoby do absurdu, gdyż niemalże każdy wykonawca kwestionowałby pozycje swoich konkurentów tylko dlatego ,że ewentualnie mogą zagrozić jego pozycji. Prowadziłoby to do sytuacji kiedy np. wykonawca

którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza lub wniosek został zakwalifikowany do dalszego etapu, winien skarżyć pozycje konkurentów nie wiedząc czy w ogóle oni wniosą odwołanie oraz jakie zarzuty w sprawie podniosą. Zdaniem Izby odwołanie przysługuje od czynności Zamawiającego która podjęta w stosunku do danego wykonawcy, zagraża jego bytowi w sprawie lub powoduje ,że jego szanse na uzyskanie zamówienia są zagrożone, co należy wywodzić z potrzeby uwiarygodnienia ,że z powodu konkretnej czynności Zamawiającego, poniósł lub może ponieść szkodę. Stanowisko Izby w tej sprawie można porównać z sytuacją Przystępującego w przedmiotowej sprawie, gdzie w postępowaniu o sygn. KIO 1099/11 Izba uznała za nieskuteczne jego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, gdyż konsorcjum nie wykazało interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, stosownie do wymogu art. 185 ust. 3 Pzp. ,a po ocenie wniosków przez Zamawiającego w dniu 20 czerwca 2011 roku przystępujący mógł wnieść odwołanie, aby bronić swej pozycji na liście, a zgłosił tylko przystąpienie co w razie uwzględnienia przez Izbę odwołania usuwałoby go z kręgu wykonawców zaproszonych do składania ofert.

Wobec nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania Przystępujący wskazał na argumenty uzasadniające jego zdaniem oddalenie odwołania. Podniósł iż Odwołujący zarzucił w odwołaniu, iż Zamawiający w ramach ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, błędnie zsumował wartości zaliczanych wykonawcom inwestycji, co w konsekwencji doprowadziło do braku zakwalifikowania Odwołującego do dalszego etapu postępowania.

Jego zdaniem zarzut ten jest niezasadny z następujących powodów: - Zamawiający, konkretyzując warunek udziału w postępowaniu określony w art. 22 ust 1 pkt. 2 pzp wskazał w punkcie III.2.1.1 ogłoszenia, iż „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy (...) **wykonali**:

- a) dwa zadania polegające na budowie i/lub przebudowie dróg klasy G lub wyższej o wartości nie niższej niż 30 000 000 PLN brutto każde zadanie lub jedno zadanie polegające na budowie lub przebudowie dróg klasy G lub wyższej o wartości nie niższej niż 60 000 000 PLN brutto;
- b) budowę co najmniej jednego obiektu mostowego wieloprzęsłowego z betonu sprężonego o przekroju skrzyńkowym.

Wskazując kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów. Zamawiający wskazał (IV.1.2), iż: „ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywać się będzie na zasadzie spełnia / nie spełnia. Dodatkowo punktowo oceniane będzie doświadczenie zawodowe. (...) Za wykonania doświadczenia zawodowego o którym mowa w rozdziale III.2.1 pkt 1 lit a i b wykonawca otrzyma 0 punktów. Za każde dodatkowo wykazane zadanie określone w rozdz.



III.2.1 pkt 1 lit a i b, wykonawca otrzyma 1 punkt W przypadku gdy wykonawcy otrzymają taką samą liczbę punktów Zamawiający zaprosi tego wykonawcę, który w przedstawionym doświadczeniu zawodowym wykaże się wyższą wartością wykazanych zadań spełniających warunek określony w rozdz. 111.2.1 pkt IIa i b.

Przedstawione w odwołaniu zarzuty dotyczą kwestii interpretacji pojęcia „zadania spełniającego warunek określony w rozdz. III.2.1 pkt. 1 lit a i b”. Zgodnie z tezą Odwołującego owym zadaniem jest cała inwestycja, niezależnie od okoliczności, iż w jej skład wchodzi inne prace, niż polegające na budowie i/lub przebudowie dróg klasy G oraz budowie co najmniej jednego obiektu mostowego wieloprzęsłowego z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym, a więc inne niż stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia.

Zdaniem Przystępującego Zamawiający winien przeprowadzić punktację zadań na podstawie jedynie wartości budowy/przebudowy drogi oraz budowy obiektu mostowego. Zawarte w ogłoszeniu sformułowanie „zadanie polegające na” jasno wskazuje przedmiot inwestycji, którego wartość będzie stanowić podstawę do przyznania wykonawcy punktów.

Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby jego zdaniem do kuriozalnej sytuacji, w której wykonawca otrzymywałby punkty za zdobyte doświadczenie przy wykonywaniu prac nie związanych z przedmiotem niniejszego zamówienia. Stanowiłoby to naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, albowiem premiovani mogliby być ci spośród nich, którzy wykonali inwestycje o dużej wartości, których przedmiot w przeważającym zakresie nie pokrywał się z wymaganiami Zamawiającego określonymi w rozdziale III.2.1 pkt 1 lit- a i b ogłoszenia, jak również z przedmiotem niniejszego zamówienia.

Zamawiający uznał Odwołującemu wartość 783.916.383,05 zł, biorąc pod uwagę inwestycje z pozycji 11 i 19 wykazu przedłożonego przez Odwołującego, nie biorąc pod uwagę wartości prac nie związanych z robotami wskazanymi w rozdziale III.2.1 pkt. 1 lit. a i b ogłoszenia. Wykonawca stoi na stanowisku, iż czynność taka była co do zasady prawidłowa, choć nieprawidłowa w zakresie przyjęcia konkretnej wartości. Przedmiotem inwestycji określonej w pozycji 11 wykazu Odwołującego było - oprócz budowy drogi o wartości 30.042.000 euro (elementy inwestycji G4 i G5) tj. 119.566.401,60 zł -szereg innych zadań takich jak budowa tuneli, asenizacja, instalacja wentylacji i klimatyzacji, budowa wodociągów i kanalizacji itd. Natomiast, przedmiotem inwestycji określonej w pozycji 19 wykazu Odwołującego były - oprócz budowy obiektu mostowego wieloprzęsłowego z betonu sprężonego o wartości 19.124.645 euro (wiadukt Guiniguada) tj. 76.140.949,14 zł -również inne elementy takie jak tunel, stacje transformatorowe, instalacje radioelektryczne, wentylacja, prace ogrodnicze, itp.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika wnoszącego sprzeciw, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.**

### **Odwołanie jest niezasadne.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący i Przystępujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie i zgłaszając sprzeciw, w dostateczny sposób wykazali swój interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego zostanie zakwalifikowana do dalszego etapu postępowania, a oferta przystępującego nie zostałaby zakwalifikowana do etapu składania ofert.

Podstawowym i jedynym zarzutem w niniejszym postępowaniu jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasad sumowania wartości wykazanych zadań co w konsekwencji narusza przepis art. 51ust.2 i 7 ust.1 ustawy Pzp.

Niniejsze odwołanie wnoszone jest dlatego gdyż zdaniem Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 czerwca 2011 roku sygn. akt 1099/11 wskazała, że właściwe jest w oparciu o treść warunku podanego w rozdziale IV.1.2. ogłoszenia, liczenie do wartości robót wykonanych w ramach doświadczenia zawodowego o którym mowa w rozdziale III. 2.1 pkt.2 lit. a i b. robót całej inwestycji, w ramach której wykonawcy wykonywał pewne roboty. Natomiast Zamawiający przy ponownej ocenie wniosków, dokonał tej oceny wbrew zawartej tam interpretacji. Zdaniem Izby, analiza uzasadnienia wyroku w sprawie 1099/11 w żaden sposób nie daje podstawy do przyjęcia stanowiska prezentowanego przez Odwołującego iż Izba w powyższym wyroku dokonała wykładni w jaki sposób należy interpretować zapisy postanowień ogłoszenia o zamówieniu. Należy wskazać iż Izba nie jest organem dokonującym wykładni postanowień ogłoszenia o zamówieniu czy specyfikacji siwz, takie uprawnienie przysługuje tylko zamawiającemu. Natomiast rolą Izby jest orzekanie w zakresie podniesionych zarzutów czy dana czynność lub jej zaniechanie, dokonana przez zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne jest zgodna z przepisami prawa i postanowieniami ogłoszenia czy siwz. Należy zdaniem Izby zwrócić uwagę, że część uzasadnienia ze str.15 akapit 2 według którego zdaniem Odwołującego, do wartości od której zależy uzyskanie dodatkowej punktacji w zakresie doświadczenia, można było zaliczyć wartość nie tylko wykonanych przez wykonawcę robót, ale wartość całej inwestycji w ramach której roboty te były wykonywane, jest niezasadne, gdyż w tamtym postępowaniu inny był przedmiot zarzutów, a tym samym i innych kwestii dotyczy uzasadnienie.

Ponad to Izba, w tym postępowaniu w pełni akceptuje stanowisko Izby wyrażone w sprawie 1099/11 iż „w przepisie art. 51 ust. 2 Pzp, ustawodawca posłużył się pojęciem „warunków udziału w postępowaniu” w rozumieniu art. 22 ust. 1 Pzp oraz pojęciem „najwyższej oceny spełniania tych warunków”. Zatem „najwyższa ocena” przyznana

*wykonawcy (dodatkowa punktacja) musi wynikać ze spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w stopniu przekraczającym minimalny zakres wymaganego w danym postępowaniu doświadczenia. Powyższe oznacza, że opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, określony przez zamawiającego w ogłoszeniu, stanowi podstawę zarówno oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak i oceny - w jakim stopniu wykonawca przewyższa wymaganie minimalne*

W treści postanowienia - pkt III.2.1 ppkt 2 lit. a) i b) mowa jest o warunku „posiadania niezbędnego doświadczenia”, za spełnienie którego zamawiający uzna wykonanie zadań wymienionych w pkt a) i b). Takie samo rozumienie warunku zostało przyjęte w pkt IV.1.2 w zdaniu „Za wykazanie doświadczenia zawodowego, o którym mowa w rozdz. III.2.1 pkt 2 lit. a) i b) Wykonawca otrzyma 0 pkt.” W odniesieniu do treści tego warunku (który należało spełnić przez wykazanie dwóch rodzajów zadań) został przyjęty zapis: „Zamawiający zaprosi tego wykonawcę, który w przedstawionym doświadczeniu zawodowym wykaże się najwyższą wartością wykazanych zadań, spełniających warunek określony w rozdz. III.2.1 pkt 2 lit. a) i b)”. .” Z analizy w/w zapisów postanowień rozdziału III.2.1 pkt. 1 lit. a i b i rozdziału IV.1.2. ogłoszenia w sposób jasny wynika, że zarówno przy ocenie spełniania warunków podmiotowych jak zaliczeniu do punktacji za „doświadczenie”, będą brane roboty które wykonawcy „**wykonali**”, a nie całość realizowanej inwestycji w wykonaniu których brali udział.

Taka interpretacja zapisu ogłoszenia, jak również jego ocena dokonana przez Izbę wydaje się w pełni zasadna. Wykonawcy winni wykazywać się swoim doświadczeniem, gdyż trudno uznać za zasadne stanowisko Odwołującego, że wykonawca niezależnie od wielkości własnego zaangażowania, w realizację danej inwestycji czy zadania, nabywa tym większego doświadczenia im ta inwestycja jest większa. Ponadto należy wskazać, że Zamawiający w rozdziale III.2.1 pkt. 1 lit. a i b ustalił jeden warunek zarówno dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu jak i przyznawania punktów za zdobyte doświadczenie. Tym samym należy uznać, że jest to ten sam warunek i tak samo, dla tych dwóch ocen winien być interpretowany. Ponadto Odwołujący w świetle w/w ustaleń nie kwestionował, że dla oceny spełniania warunku podmiotowego wliczano tylko wartość wykonanych robót danego wykonawcy.

Izba w tym zakresie aprobeuje stanowisko prezentowane przez Przystępującego.

Dlatego też zdaniem Izby, że zarzut podniesiony w odwołaniu nie ma odzwierciedlenia w zapisach postanowień ogłoszenia i tym samym nie mógł zostać uwzględniony.

Izba wskazuje, że powyższe ustalenia w żaden sposób nie uchybiają zaliczaniu wykonywania robót w ramach konsorcjum, czy korzystania z zasobów podmiotu trzeciego.

W niniejszym postępowaniu należy wskazać ponownie, za wyrokiem KIO 1099/11, że opis spełniania warunków podany jest przez Zamawiającego został podany w sposób

nieprecyzyjny, a poprzez tworzenie skomplikowanych odniesień do innych postanowień ogłoszenia, jest mało czytelny. Dla zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, opis postanowień ogłoszenia winien być podany w sposób precyzyjny, zwięzły, jasny i podany przy użyciu jednoznacznych określeń umożliwiającą takie samo ich rozumienie przez wszystkich uczestników postępowania o zamówienie.

Zdaniem Izby niezasadne jest stanowisko Zamawiającego co do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości. Zamawiający na rozprawie nie potrafił wskazać racjonalnych powodów podjęcia takiego stanowiska. Zamawiający nie może uwzględniać bezkrytycznie zarzutów każdego kolejnego odwołania bez oceny, jakie to uwzględnienie rodzi skutki dla postępowania o zamówienie i dla wykonawców. Po uwzględnieniu niniejszego odwołania powstałaby sytuacja naruszająca w sposób ewidentny zasady art. 7 ust.1 ustawy pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wśród 10 wykonawców zakwalifikowanych do kolejnego etapu byłoby 9 wykonawców których miejsca na liście zostały ustalone w oparciu o doświadczenie zdobyte poprzez wykonywanie określonych robót przez danego wykonawcę ,a jeden zostałby zakwalifikowany w oparciu o wartość robót całej inwestycji w której uczestniczył. Powstaje pytanie -na które Zamawiający winien był sobie odpowiedzieć przed podjęciem decyzji o uwzględnieniu odwołania, jak wyglądałaby lista 10 wykonawców, zaproszonych do dalszego etapu postępowania, gdyby ich ocena co do posiadanego doświadczenia następowała w oparciu o zasadę którą postulował w odwołaniu Odwołujący, a nie tą którą dotychczas stosował Zamawiający, Nie można wykluczyć ,że lista wykonawców zaproszonych do składania ofert byłaby odmienna od dotychczasowej.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba postanowiła jak w sentencji wyroku , orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy i art. 186 ust. 6 pkt. 3 „a” Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i § 5 ust.3 pkt.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ( Dz. U. Nr 41 poz. 238.

**Przewodniczący .....**