

POSTANOWIENIE

z dnia 7 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania w dniu **7 czerwca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **30 maja 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez konsorcjum firm: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (lider), ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa; Aldesa Construcciones S.A. c/bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt; Poltores Sp. z o.o., ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa; Construcciones Rubau S.A. c/Comercio 42,17463 Flaca (Girona); Rover Alcisa S.A. c/Botánico Cavanilles 28, 46010 Walencja** - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. konsorcjum firm: **Astaldi S.p.A., ul. B.V. Bona 65, 00156 Rzym, (lider), Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A., Via Della Cooperazione 34, 40129 Bolonia**, adres do korespondencji Astaldi S.p.A. Oddział w Polsce, ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa,

orzeka:

I.1. Odrzuca odwołanie wykonawcy -konsorcjum firm: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (lider), ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa Aldesa Construcciones S.A. c/bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt; Poltores Sp. z o.o., ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa Construcciones Rubau S.A. c/Comercio 42,17463 Flaca (Girona); Rover Alcisa S.A. c/Botánico Cavanilles 28,46010 Walencja,

I.2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - konsorcjum firm: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (lider), ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa; Aldesa Construcciones S.A. c/bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt; Poltores Sp. z o.o., ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa Construcciones Rubau S.A. c/Comercio 42,17463 Flaca (Girona); Rover Alcisa S.A. c/Botánico Cavanilles 28,46010 Walencja,

I.2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - konsorcjum firm: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (lider), ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa; Aldesa Construcciones S.A. c/bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt; Poltores Sp. z o.o., ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa Construcciones Rubau S.A. c/Comercio 42, 17463 Flaca (Girona); Rover Alcisa S.A. c/Botánico Cavanilles 28, 46010 Walencja**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego pn. „Realizacja robót budowlanych w ramach Przetargu nr 1 Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa - Trzebinia (km 1,150-0,000 linii nr 134, km 15,810 - 29,110 linii nr 133)” (Dz. Urz. UE 2016/S 187-337880 z 26.09.2015r.), w dniu 30 maja 2016 r. zostało wniesione pisemne odwołanie przez konsorcjum firm: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider); Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie; Poltores Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Construcciones Rubau S.A. z siedzibą w Gironie, Rover Alcisa S.A. z siedzibą w Walencji, dalej zwane: „odwołujący” lub konsorcjum „ALDESA”, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego - polegającej na błędnej ocenie wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w zakresie spełniania warunków dodatkowej klasyfikacji do ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert [zwanych dalej „warunkami dodatkowej klasyfikacji”], dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia odnośnie budowy stacji kolejowych Riells y Viabrea-Breda oraz Joaquin Sorolla w Walencji, skutkującej nieprzyznaniem za te inwestycje punktów w ramach dodatkowej klasyfikacji do ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert, o której to czynności odwołujący został powiadomiony 19 maja 2016 r.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 31 maja 2016 r., pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, złożyło w dniu 2 czerwca 2016 r. - po stronie zamawiającego konsorcjum firm: Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie (lider), Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A. z siedzibą w Bolonii, które wносиło o oddalenie odwołania, a głównie o jego odrzucenie.

Odwołujący - konsorcjum „ALDESA” zarzucił zamawiającemu PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. naruszenie przepisów ustawy z 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), - zwanej dalej „ustawą Pzp”, tj.:

1. naruszenie art. 51 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne dokonanie oceny spełniania warunków dodatkowej klasyfikacji skutkujące nieprzyznaniem odwołującemu 20 pkt za wykonanie budowy stacji kolejowej Riells y Viabrea-Breda oraz 20 pkt za wykonanie budowy stacji kolejowej Joaquin Sorolla w Walencji,

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców poprzez dokonanie ponownej oceny wniosków w zakresie dodatkowej klasyfikacji w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia oceny spełniania warunków dodatkowej klasyfikacji z dnia 19 maja 2016 r.,
- 2) unieważnienia czynności zaproszenia do składania ofert wykonawców, jeżeli zamawiający po zawiadomieniu wykonawców o wynikach oceny z dnia 19 maja 2016r. zaprosił wykonawców do składania ofert,
- 3) powtórzenia czynności oceny spełniania przez odwołującego warunków dodatkowej klasyfikacji dotyczących wiedzy i doświadczenia przy uwzględnieniu doświadczenia w zakresie budowy stacji kolejowych Riells y Viabrea-Breda oraz Joaquin Sorolla w Walencji oraz uznania, że wykazał on w tym zakresie spełnianie warunków dodatkowej klasyfikacji, a w konsekwencji przyznanie odwołującemu dodatkowych 40 pkt do jego łącznej punktacji.

Ponadto, odwołujący wnosił o zasądzenie na jego rzecz od zamawiającego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że w dniu 29 kwietnia 2016 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym o ocenie spełniania warunków dodatkowej klasyfikacji. Zgodnie z tą informacją odwołujący został sklasyfikowany na ósmej [8] pozycji, co dawało mu prawo do udziału w dalszej fazie postępowania (tj. do zaproszenia do składania ofert).

W dniu 19 maja 2016 r. zamawiający przekazał odwołującemu informację o unieważnieniu oceny spełniania warunków dodatkowej klasyfikacji z dnia 29 kwietnia 2016r. oraz o wynikach ponownej oceny spełniania warunków dodatkowej klasyfikacji. W następstwie czynności z dnia 19 maja 2016r. odwołujący został sklasyfikowany na dziewiątej [9] pozycji, co uniemożliwia odwołującemu - zgodnie z warunkami przetargu - uzyskanie zaproszenia do składania ofert i pozbawia możliwości dalszego udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wskazał, że w związku z tym jego sytuacja uległa pogorszeniu wskutek dokonania przez zamawiającego ponownej oceny wniosków, okoliczność taką uznał odwołujący za uprawniającą do wniesienia odwołania na nową czynność, a termin na zakwestionowanie czynności zamawiającego, odwołujący liczył w oparciu o art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, tj. od przesłania przez zamawiającego informacji o nowej czynności. Wykonawca powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt: KIO 2295/12; KIO 2297/12; KIO 2301/12; KIO 2303/12; KIO 2305/12; KIO 2307/12; KIO

2310/12. Argumentował, że w orzecznictwie przyjęto, iż jeśli przedmiotem odwołania są zarzuty, które dotyczą czynności, które mogłyby stanowić samodzielną podstawę do wniesienia odwołania we wcześniejszym terminie to w takiej sytuacji mamy do czynienia ze zgłoszeniem zarzutów po terminie i z tych względów nie podlegają one rozpoznaniu przez Izbę (KIO 61/14).

W ocenie odwołującego - nie przysługiwało mu prawo do wniesienia odwołania na pierwotną czynność zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2016 r., pomimo iż już wówczas zamawiający wadliwie ocenił wniosek odwołującego nie przyznając punktów za roboty dotyczące budowy stacji kolejowych Riells y Viabrea-Breda oraz Joaquin Sorolla w Walencji. Odwołujący bowiem, nie spełniał przesłanek wymienionych w art. 179 ust 1 ustawy Pzp. Wskazany przepis wymaga wykazania łącznego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący zaznaczał, że szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom prawa. Koniecznym byłoby zatem wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem byłoby poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie, co nie mogło być wykazane wobec faktu, iż odwołujący na podstawie pierwotnej czynności oceny wniosków został zakwalifikowany do dalszego udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 192 ust 2 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem nawet w przypadku uznania ówczas za prawidłową argumentację odwołującego, odwołujący nadal byłby zakwalifikowany do dalszego udziału w postępowaniu. Tym samym, zdaniem odwołującego, odwołanie od pierwotnej oceny wniosków - nie mogłoby być uwzględnione, gdyż nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosków nie wpłynęłoby na status odwołującego, a więc - w tym rozumieniu - na wynik postępowania.

Odwołujący za wyrokiem SO w Łodzi Sygn. akt: XIII Ga 379/12, podnosił że KIO w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust 1 ustawy Pzp, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Są to przesłanki materialno- prawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia, podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Tym samym, odwołujący podsumował, że dopiero czynność z dnia 19 maja 2016r. stanowić mogła podstawę do wniesienia przez niego odwołania.

Odwołujący podał, że otrzymał informację o unieważnieniu oceny spełniania warunków dodatkowej klasyfikacji z dnia 29 kwietnia 2016r. oraz o wynikach ponownej oceny w dniu 19 maja 2016 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej. Przytoczył art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, stanowiący że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. W związku z tym, iż ostatni dzień tego terminu przypadał w dzień ustawowo wolny od pracy, tj. 29 maja (niedziela), termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 30 maja 2016 r.

W dalszej części odwołania powołał się na posiadanie interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśniał, że wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło jedenastu (11) wykonawców, przy czym zamawiający ustalił, iż do etapu złożenia oferty zaprosi tylko ośmiu (8) wykonawców. W wyniku czynności z dnia 19 maja 2016 r. odwołujący został sklasyfikowany na dziewiątej (9) pozycji. W przypadku przeprowadzenia prawidłowej oceny wniosków i uwzględnienia robót, których dotyczy odwołanie, według odwołującego zostałyby on sklasyfikowany na siódmej (7) pozycji, a zatem zostałby zaproszony do składania ofert. Stąd, poprzez błędną ocenę złożonego wniosku interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony, gdyż utracił on szansę bycia zaproszonym do złożenia oferty, złożenia oferty, bycia wybranym i zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Dowodzi to możliwości poniesienia przez odwołującego szkody i stanowi przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 i nast. ustawy Pzp, a w szczególności do wniesienia niniejszego odwołania.

Wyjaśniał dalej, że zgodnie z warunkami określonymi w sekcji IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający ustalił, że jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 8, zamawiający zaprosi do składania ofert wykonawców, którzy otrzymają najwyższe oceny spełniania warunków udziału.

Zamawiający określił jednocześnie zasady przyznawania punktów w ramach dodatkowej klasyfikacji, w tym m. in. ustalił, że:

„2. Za każde zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zamówienie obejmujące budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) jednej stacji kolejowej (przy czym budowa lub przebudowa obejmowała co najmniej sześć torów głównych wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną oraz co najmniej dwa perony)

- Wykonawca otrzyma 20 punktów. W sumie Wykonawca może otrzymać 20 punktów w jednym zamówieniu bez względu na ilość wykazanych stacji”.

Dodatkowo zamawiający wskazał, iż: „UWAGA- Zamawiający uzna roboty budowlane za wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone wówczas, jeżeli ich prawidłowe wykonanie zostanie potwierdzone przez Wykonawcę w sposób określony w punkcie III.2.3) Kwalifikacje techniczne pkt 1. niniejszego Ogłoszenia.”

W pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne pkt 1. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający określił: „Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

1. W celu oceny spełniania przez Wykonawcę warunków określonych w pkt III, Wykonawca przedstawi wraz z Wnioskiem:

a) wykaz wykonanych - w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - robót, o których mowa w punkcie III, z podaniem ich ilości, przedmiotu, dat wykonania jak również podaniem nazw (firm) podmiotów trzecich, na zasoby których Wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust 2b Ustawy (w przypadku powoływania się na te zasoby) oraz dowody określające, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

„Dowodami, o których mowa wyżej są: poświadczenia albo inne dokumenty - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. (...)”

Odwołujący po raz kolejny podnosił, że w dniu 19 maja 2016 r. otrzymał informację o wynikach ponownej oceny wniosków wraz z załącznikiem określającym sposób przyznania punktów za poszczególne realizacje wykazane w wykazie robót.

Zgodnie z tym załącznikiem odwołujący uzyskał 69 pkt, w tym za zakres dotyczący stacji kolejowych - 20 pkt, za jedną stację Alicante-Terminal. Zamawiający nie przyznał odwołującemu punktów za realizacje dotyczące stacji kolejowych Riells y Viabrea-Breda oraz Joaquin Sorolla w Walencji, wskazując, że „referencje nie potwierdzają wymaganego zakresu robót.”

W związku z powyższym odwołujący podnosił, że zgodnie z ustalonymi przez zamawiającego zasadami (przytoczonymi powyżej), potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (w tym punktacja w ramach dodatkowej klasyfikacji) miało być oceniane na podstawie zawartego w wykazie robót oświadczenia własnego wykonawcy, a referencje miały potwierdzać jedynie, że „roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz (...) zgodnie, z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.

Tym samym uznał za niezgodne z ustawą Pzp i zasadami określonymi w ogłoszeniu nieprzyznanie punktów za sporne realizacje - z powodu braków w treści referencji, które - nie zostały przez zamawiającego sprecyzowane.

Zaznaczał, że zgodnie z pkt II 1.2.3) - Kwalifikacje techniczne pkt I. ogłoszenia o zamówieniu złożył we wniosku Wykaz robót, z którego w zakresie spornych stacji (poz. nr 1 i 3 wykazu) wynika potwierdzenie spełniania warunku oraz przedłożył poświadczenia - referencje (odpowiednio str. 37-40 oraz 43-44 wniosku), z których wynika, że wskazane roboty zostały wykonane w sposób należyty przez odwołującego i ukończone prawidłowo:

1. Stacja Riells y Viabrea-Breda (wykaz robót - pozycja nr 3 na str. 35 wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu; referencja - str. 43 wniosku, tłumaczenie referencji - str. 44 wniosku)

Zgodnie z treścią wykazu robót realizacja obejmowała wykonanie robót dotyczących Projektu budowy Nowej Stacji w Riells y Viabrea-Breda, w ramach której wykonano nawierzchnię, podtorze, perony, sieć trakcyjną oraz sześć torów głównych (2 zasadnicze i 4 dodatkowe). Zgodnie z powyższym - zakres inwestycji obejmował więc „co najmniej sześć torów głównych wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną oraz co najmniej dwa perony. Opis zawarty w Wykazie potwierdza spełnienie warunku. Jednocześnie w treści referencji - w pkt 1 - wskazano, że roboty zostały zrealizowane „zgodnie z warunkami i ku zadowoleniu niżej podpisanego”.

Tym samym odwołujący uznał, że zamawiający nie miał podstaw do nieprzyznania punktów w ramach dodatkowej klasyfikacji za ww. realizację.

Niezależnie od powyższego, odwołujący nie zgadzał się ze stanowiskiem zamawiającego, że referencje nie potwierdzają wymaganego zakresu robót. W pkt 3 referencji wskazano, że „roboty polegały na budowie nowego budynku dla podróżnych, przejścia podziemnego oraz podtorza (...). Wykonano także poszerzenie peronu w celu zwiększenia jego wielkości”. W punkcie 4 listu referencyjnego wskazano, że roboty obejmowały: "(...) modernizację nawierzchni kolejowej a także wykonano częściową renowację podtorza i odwodnienia" oraz że "(...) prace te objęły 6 torów głównych stacji". W ostatnich 2 wierszach tego samego punktu wskazano, że "(...) odnowiono w całości 1.827 m sieci trakcyjnej łącznie z fundamentami, słupami, osprzętem, zasilaniem i zabezpieczeniami". Tak szeroki zakres robót, jak również ich wartość, według odwołującego wskazuje, że wykonanie robót budowlanych oraz instalacyjnych obejmowało wymagany zakres.

2. Stacja Joaquin Sorolla (wykaz robót - pozycja nr 1 na str. 35 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; referencja - str. 39-40 wniosku, tłumaczenie referencji - str. 41-42 wniosku)

Zgodnie z treścią wykazu robót - realizacja obejmowała budowę „stacji kolejowej w ramach budowy platformy nowego dostępu kolejowego kolei wysokich prędkości (...) odcinek dojazdu do Alicante, Etap 11 sekcja północna”, w tym „wykonanie 11 tys. m2 kolejowego obiektu dworcowego wraz ze strefą zadaszonych peronów, instalacjami hydraulicznymi, systemem klimatyzacji i wentylacji, systemem informacji dla podróżnych. W ramach realizacji wykonano m. in. nowy peron o długości 430 m.” Ponadto w wykazie wskazano, że roboty te obejmowały budowę nawierzchni, podtorza, peronów, sieci trakcyjnej oraz dziesięć torów głównych (3 zasadnicze i 6 dodatkowych). Zgodnie z powyższym zakres inwestycji obejmował więc „co najmniej sześć torów głównych wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną oraz co najmniej dwa perony. Opis zawarty w Wykazie potwierdza spełnienie warunku. Jednocześnie w treści referencji - w pkt 1 - wskazano, że roboty zostały zrealizowane „zgodnie z warunkami i w sposób satysfakcjonujący niżej podpisanego zamawiającego”.

Tym samym odwołujący uznał, że zamawiający nie miał podstaw do nieprzyznania punktów w ramach dodatkowej klasyfikacji za ww. realizację.

Niezależnie od powyższego, odwołujący nie zgadzał się ze stanowiskiem zamawiającego, że referencje nie potwierdzają wymaganego zakresu robót. Zauważył, że referencje dotyczą budowy sieci linii kolejowych w Walencji: „Kanał Dojazdu. Faza II. Dojazd tymczasowy dla rozstawu normalnotorowego dla nowego połączenia kolejowego szybkiej kolei - Linia wschodnia Jak wynika z powyższego budowa dotyczyła wybudowania nowego połączenia kolejowego (tymczasowego dojazdu). Odwołujący wyjaśniał, że w przypadku budowy linii kolejowych od podstaw zakres zawsze obejmuje elementy, takie jak nawierzchnia kolejowa/podtorze/odwodnienie/ sieć trakcyjna (a zatem te, których wymagał zamawiający). Budowa obiektu (budynku) dworcowego była zakresem dodatkowym, który został wskazany w kolejnym (3) punkcie referencji, gdyż fakt wykonania stacji (dworzec - 110.000 m³, perony -101.500 m³, instalacje itd.) nie jest oczywisty w świetle zakresu przedmiotowego inwestycji wskazanego w jej nazwie. Powyższe wskazuje, że wykonanie robót obejmowało wymagany zakres.

W uzupełnieniu argumentów dotyczących treści referencji, odwołujący podnosił, że z uwagi na fakt, iż w uzasadnieniu nieprzyznania punktów za ww. realizację zamawiający nie wskazał, jakie konkretnie braki w treści referencji dotyczących ww. realizacji zadecydowały o stanowisku zamawiającego (nieprzyznaniu punktów), odwołujący nie miał możliwości przedstawienia odpowiednich kontrargumentów. Zazaczył, że nie sposób jest wymagać, by referencje każdorazowo odpowiadały treścią na zapotrzebowanie konkretnego zamawiającego i postawionych przez niego w danym postępowaniu szczegółowych warunków udziału. Odzwierciedlenie powyższego można znaleźć zarówno w treści

rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jak i w warunkach danego postępowania, zgodnie z którymi poświadczenie (referencja) ma dowodzić wyłącznie należytego wykonania robót opisanych w wykazie. Odwołujący uznawał, że przedstawione referencje nie mają żadnych „braków”, a zatem należyte wykonanie robót zostało przez niego prawidłowo potwierdzone.

Na marginesie wskazał, że jeżeli porównanie treści wykazu i referencji prowadziło do powstania u zamawiającego jakiś wątpliwości co do spełniania przez odwołującego warunków dodatkowej klasyfikacji, zamawiającemu służyło prawo (ale jednocześnie obowiązek) do zastosowania szeregu instytucji, które pozwoliłyby mu te wątpliwości rozwiązać (np. wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czy w trybie § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów). Przy czym zastosowaniu trybu wyjaśnień nie stał na przeszkodzie fakt, że dotyczyć miałyby one robót, które stanowią o przyznaniu punktów w ramach dodatkowej klasyfikacji.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu arbitralną ocenę, że odwołujący nie potwierdził spełnienia warunków udziału (nawet w ramach dodatkowej klasyfikacji), bez uprzedniego wyjaśnienia wszelkich wątpliwości w tym zakresie.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie ponownej oceny wniosków w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wyjaśniał, że w ramach ponownej oceny wniosków - w wyniku uwzględnienia odwołania konsorcjum Astaldi - zamawiający przyznał temu wykonawcy dodatkowe 20 pkt za budowę stacji kolejowej Porta Susa w Turynie.

Porównanie treści odwołania oraz wyników oceny wniosków z dnia 19 maja 2016r. przywiodło odwołującego do konkluzji, że zachodziła analogiczna sytuacja w odniesieniu do wniosku odwołującego, a zamawiający nie zachował takich samych zasad oceny wniosków wobec odwołującego. Odwołanie Astaldi w zakresie uznanej ostatecznie przez zamawiającego inwestycji w Turynie dotyczyło bowiem tożsamego problemu związanego z rzekomym niepotwierdzeniem przez referencje wymaganego zakresu robót. Uznając zasadność odwołania Astaldi, zamawiający powinien - zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - dokonać ponownej oceny wszystkich wniosków, przy uwzględnieniu tożsamej zasady jaką zastosował wobec Astaldi. Odwołujący zakładał, że gdyby zamawiający dochował tego obowiązku, przyznałaby odwołującemu dodatkowe 40 punktów w ramach ponownej oceny wniosków dokonanej 19 maja 2016 r., co jednak nie nastąpiło. Przywołał stanowisko w wyroku sygn. akt: KIO 2804/12: *„ponowne badanie i ocena wniosków nie może polegać na automatycznym i literalnym uwzględnieniu przez zamawiającego wszystkich żądań*

odwołującego. Czynności te muszą być przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy, w tym zasadą z art. 7 i regulacjami art. 51 ust. 2 p.z.p. (...) Przy ponownej ocenie wniosków w postępowaniu zamawiający jest uprawniony do uwzględnienia wszystkich okoliczności, które miały znaczenie dla ustalenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i ustalenia rankingu wniosków, zgodnie z zasadami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu. Może to prowadzić do sytuacji, iż w wyniku ponownej oceny zamawiający podjął czynności, które nie będą odpowiadały żądaniom wykonawcy podniesionym w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu.”

W konsekwencji - podtrzymał twierdzenia, że jeżeliby zamawiający dokonał prawidłowej oceny wniosków, chociażby w zakresie jednej ze spornych stacji, odwołujący otrzymałby 20 pkt, co stawiałoby go na ósmym (8) miejscu w rankingu wykonawców i powalało na dalszy udział w postępowaniu. Uznanie obu inwestycji dawałoby dodatkowe 40 pkt i plasowałaby odwołującego na pozycji siódmej (7). Podsumowując, stwierdził, że zamawiający powinien przyznać odwołującemu nie 69 pkt. a 109 pkt., co powinno go sytuować na siódmej (7) pozycji rankingu wykonawców i uprawniać do uzyskania zaproszenia do składania ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika dopuściła z urzędu dowód z akt połączonej sprawy odwoławczej sygn. akt: KIO 775/16, KIO 782/16, w tym protokół rozprawy z dnia 23 maja 2016 r. oraz wyroki Krajowej Izby Odwoławczej zapadłe w tych sprawach w dniu 24 maja 2016 r.

W oparciu o dostępną dokumentację postępowania przetargowego, z akt spraw odwoławczych sygn. akt: KIO 775/16, KIO 782/16 i uzupełnionych przez zamawiającego, Izba ustaliła, co następuje.

Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 11 wykonawców.

Zamawiający w dniu 29 kwietnia 2016 r. powiadomił wykonawców o przyznanej im punktacji w ramach kryteriów selekcji w celu ograniczenia liczby wykonawców, jakich zamierzał zaprosić do składania ofert.

Konsorcjum w składzie: Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie (lider), Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A. z siedzibą w Bolonii wniosło odwołanie na czynności zamawiającego podjęte w dniu 29 kwietnia 2016 r., a polegające na wadliwej ocenie jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Konsorcjum Astaldi S.p.A. podnosiło, że skutkiem naruszeń wskazanych przepisów ustawy Pzp, zamawiający nie zakwalifikował odwołującego do dalszego etapu postępowania, przyznając mu zbyt małą ilość punktów w stosunku do tego, ile powinien otrzymać. W wyniku wadliwej czynności odwołujący - konsorcjum Astaldi S.p.A. został skwalifikowany w rankingu wykonawców na 9 pozycji, a powinien być zostać

zakwalifikowany na pozycji 7, co zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, uprawniałoby go do otrzymania zaproszenia do składania ofert, bowiem zamawiający przewidział zaproszenie do składania ofert dla 8 wykonawców, których wnioski uzyskają najwyższą ilość punktów, zgodnie z przyjętymi kryteriami selekcji opartymi na warunkach udziału w postępowaniu.

Konsorcjum w składzie: 1.VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. z siedzibą w Madrycie (lider konsorcjum) Madryt,; 2. Tecsca Empresa Constructora S.A. z siedzibą w Bilbao; 3. ELECTREN S.A. z siedzibą w Madrycie; 4. NDI S.A. z siedzibą w Sopocie; 5. NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie wniosło odwołanie na czynności zamawiającego podjęte w dniu 29 kwietnia 2016 r., naruszające przepisy art. 51 ust. 1, 1 a i 2 ustawy Pzp., w zw. z art. 22 ust. 1 i 5 ustawy Pzp., w zw. z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp., w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe skutkowało nieprzyznaniem wnioskowi odwołującego 50 punktów za wykonanie zamówienia o nazwie „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa”. Odwołujący ten we wniesionym odwołaniu powoływał się na interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w myśl art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Podnosił, że wnioski o udział w postępowaniu złożyło 11 wykonawców, z czego jedynie 8 zostanie zaproszonych do złożenia oferty. Odwołujący przyznał, że po prekwalifikacji wykonawców, zajmuje obecnie 6 miejsce w rankingu, jednakże argumentował, że nie da się wykluczyć ryzyka, że wykonawcy z niższych pozycji, oraz ci spoza zakwalifikowanej liczby ośmiu wykonawców złożą swoje odwołania. Na skutek uwzględnienia takich odwołań, wykonawcy ci mogą uzyskać dodatkowe punkty i wyprzedzić odwołującego w ogólnej klasyfikacji podmiotów zakwalifikowanych, pozbawiając go jednocześnie możliwości zaproszenia do złożenia oferty i uzyskania zamówienia. W związku z tym, nie ulegało wątpliwości odwołującego, że zagraża mu szkoda na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego. Ponadto, motywował wniosek o uwzględnienie odwołania w przedmiocie zgłoszonego zarzutu, że spowoduje to usunięcie stanu niezgodnego z prawem i przyznanie odwołującemu takiej punktacji, jaka rzeczywiście wynika z przedstawionych we wniosku robót i którą odwołujący uzyskałby w przypadku ich prawidłowej oceny przez zamawiającego.

Zamawiający powiadomił wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp o wniesieniu odwołań i wezwał ich do przystąpienia do postępowań odwoławczych.

Do ww. postępowań odwoławczych sygn. akt: KIO 775/16, KIO 782/16, skuteczne przystąpienia złożyło jedynie konsorcjum: OHL ZS, a.s. ul. Buresova 938/17, 602 00 Brno, Veveri; Elektrizace zeleznic Praha a.s. z siedzibą w Pradze Praha 4 - Nusle, nam Hrdinu

1693/4a, PSC 140 00 Praga, Republika Czeska; Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie - po stronie zamawiającego.

W wyroku z dnia 24 maja 2016 r. sygn. akt KIO 775/16 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie konsorcjum w składzie: ASTALDI S.p.A. z siedzibą w Rzymie (lider konsorcjum) i Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A. z siedzibą w Boloni - nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności oceny wniosku i przyznanie odwołującemu punktów za doświadczenie zawodowe wynikające z poz.1 Wykazu wykonanych robót t.j. pomiędzy historyczną linią Bolonia - Mediolan i odpowiadającym odcinkiem realizowanej linii AV/AC.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 24 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 782/16 oddaliła odwołanie konsorcjum w składzie: 1. VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (lider konsorcjum) z siedzibą w Madrycie; 2. Tecsca Empresa Constructora S.A. z siedzibą w Bilbao; 3. ELECTREN S.A. z siedzibą w Madrycie; 4. NDI S.A. z siedzibą w Sopocie; 5. NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie.

W uzasadnieniu tego wyroku, Izba podała, że: „Przedmiotem sporu pomiędzy odwołującym i zamawiającym jest ustalenie czy określone w odwołaniu roboty budowlane, opisane powyżej („Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa”), zostały wykonane w sposób prawidłowy i zgodnie ze sztuką budowlaną. Od powyższego potwierdzenia uzależnione jest przyznanie punktów (50 punktów) złożonemu wnioskowi co przekłada się na pozycję odwołującego w rankingu wniosków w sytuacji gdy na 11 wnioskodawców ośmiu wykonawców jest kwalifikowanych do złożenia oferty.

Odwołujący aktualnie zakwalifikował się do wykonawców, których zamawiający będzie zapraszał do składania oferty, ale sytuacja ta może ulec zmianie i czego obawia się odwołujący. Z uwagi na możliwość składania odwołań zarówno przez wykonawców zakwalifikowanych jak i niezakwalifikowanych, odwołujący może znaleźć się poza gronem wykonawców zapraszanych do składania ofert. Tym samym potwierdza się interes odwołującego do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do meritum sprawy to odwołujący żąda przyznania jemu kolejnych punktów (50) z racji wykonania robót odpowiadających przedmiotowi zamówienia na linii Koluszki-Częstochowa gdzie zamawiającym jest ten sam zamawiający, co w niniejszym postępowaniu. Natomiast zamawiający znając wykonanie tych robót przez odwołującego w ramach konsorcjum nie uznaje je za należycie wykonane i odmawia przyznania za nie 50 punktów.”

Izba rozpatrując sprawę sygn. akt: KIO 782/16 uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący, w myśl leżącego po jego stronie ciężaru dowodowego

wynikającego z art. 6 k.c., nie wykazał wykonania robót budowlanych torowych na odcinku kolejowym Koluszki - Częstochowa w sposób należyty w tym zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonych.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że: *„treść Protokołu Końcowego Odbioru Robót nie potwierdza on prawidłowego wykonania robót, ponieważ roboty zostały wykonane z przekroczeniem terminu wynoszącym 230 dni (umowa przewidywała m-c kwiecień 2015 a protokoły potwierdzają grudzień 2015 rok). Przedłożone w poczet dowodów umowa nr 90/114/13 jak i opinia SIDIR z racji swych treści nie mogą stanowić dowodu na należyte wykonanie umowy przez co należy rozumieć prawidłowe w tym mieści się terminowe jak i zgodne ze sztuką budowlaną ich wykonanie. Również przedłożone protokoły częściowe nie stanowią z racji swojego przeznaczenia należytego wykonania przedmiotu umowy jakim jest linia kolejowa Nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa tylko ich częściowe wykonanie.”* „W tym stanie rzeczy żądanie odwołującego przyznania dodatkowo 50 punktów do złożonego wniosku nie znajduje usprawiedliwienia.”

Z przytoczonej wyżej tezy uzasadnienia wyroku sygn. akt: KIO 782/16 wynika, iż przyczyną oddalenia odwołania - konsorcjum, którego liderem jest firma VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. nie było odmówienie interesu i legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czy też braku wpływu ewentualnych naruszeń na wynik postępowania, ze względu na to, że z 6-go zajmowanego miejsca i tak konsorcjum kwalifikowało się do grona wykonawców, podlegających zaproszeniu do złożenia oferty, lecz ze względu na nienależyte wykonanie robót budowlanych, na których odwołujący ten opierał swoje zarzuty i żądanie przyznania mu dodatkowo 50 punktów w rankingu prekwalfikacji wykonawców.

Izba dopuściła również dowód z zestawienia punktacji przyznanej poszczególnym wnioskom po ocenie w dniu 29 kwietnia 2016 r. - informacja o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym o ocenie spełniania warunków dodatkowej klasyfikacji, oraz po ocenie następnego z dnia 19 maja 2016 r. oraz z dnia 31 maja 2016 r., które przedstawiają się następująco:

1. konsorcjum z udziałem OHL ZS, a.s. - pozycja 7; II ocena pozycja 7, III ocena poz. 8
2. konsorcjum z udziałem Skanska S.A. - pozycja 5; II ocena pozycja 5, III ocena poz. 5
3. konsorcjum z udziałem ZUE S.A. - pozycja 4; II ocena pozycja 2, III ocena poz. 2
4. konsorcjum z udziałem Mota Engil Central Europe S.A. - pozycja 10; II ocena poz. 10, III ocena poz. poz. 10
5. konsorcjum z udziałem Trakcja PRKiL S.A. - pozycja 1; II ocena pozycja 1, III ocena poz.1
6. konsorcjum z udziałem TORPOL S.A. - pozycja 3; II ocena pozycja 4, III ocena poz. 4

7. Sinohydro Corporation Limited - wykonawca wykluczony;
8. konsorcjum z udziałem Astaldi S.p.a. - pozycja 9; II ocena pozycja 8, III ocena poz. 7
9. konsorcjum z udziałem Track Tec Construction Sp. z o.o. pozycja 2; II ocena poz. 3, III ocena poz.3
10. konsorcjum z udziałem VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.- poz. 6; II ocena pozycja 6, III ocena poz. 6
11. konsorcjum odwołującego Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. - poz. 8; II ocena pozycja 9, III ocena poz. 9.

Okolicznością przyznaną przez odwołującego było, że po ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym o ocenie spełniania warunków dodatkowej klasyfikacji w dniu 29 kwietnia 2016 r. został sklasyfikowany na ósmej [8] pozycji, co uprawniało go do udziału w dalszej fazie postępowania (tj. zaproszenia do składania ofert).

W dniu 19 maja 2016 r. zamawiający przekazał odwołującemu informację o unieważnieniu oceny spełniania warunków dodatkowej klasyfikacji z dnia 29 kwietnia 2016r. oraz o wynikach ponownej oceny spełniania warunków dodatkowej klasyfikacji. W następstwie czynności z dnia 19 maja 2016r. odwołujący został sklasyfikowany na dziewiątej [9] pozycji, nie upoważniającej - zgodnie z warunkami przetargu - do uzyskanie zaproszenia do składania ofert.

Wykonując wyrok Izby z dnia 24 maja 2016 r. Sygn. akt: KIO 775/16 zamawiający przydzielił dodatkowe punkty konsorcjum w składzie: Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie (lider), Costruzioni Linee Ferrovie S.p.A. i dokonał w związku z tym zmiany klasyfikacji wykonawców. Konsorcjum Astaldi S.p.A. znalazło się na 7-ej pozycji. Odwołujący utrzymał pozycję 9-tą.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który obliguje Izbę do odrzucenia odwołania wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że nie przysługiwało mu prawo do wniesienia odwołania na pierwotną czynność zamawiającego - oceny spełnienia warunków kwalifikacji z dnia 29 kwietnia 2016 r. w wyniku której zajmował 8- a pozycję, w sytuacji, gdy jak utrzymywał sam odwołujący - już wówczas zamawiający wadliwie ocenił jego wniosek nie przyznając punktów za roboty dotyczące budowy stacji kolejowych Riells y Viabrea-Breda oraz Joaquin Sorolla w Walencji.

Twierdzenia odwołującego, że nie spełniał wtedy przesłanek wymienionych w art. 179 ust 1 ustawy Pzp, gdyż nawet w przypadku uznania ówczas za zasadną argumentację

odwołującego, nadal byłby on zakwalifikowany do dalszego udziału w postępowaniu, tym samym odwołanie od pierwotnej oceny wniosków nie mogłoby być uwzględnione, bowiem nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosków nie wpłynęłoby na status odwołującego, a więc w tym rozumieniu na wynik postępowania - nie znajdują podstaw.

Wskazany przepis istotnie wymaga wykazania łącznego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Ponadto, zgodnie z art. 192 ust 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Należało zważyć, że mimo tego, iż odwołujący po ocenie z dnia 29 kwietnia 2016 r. zajmował ósmą [8] pozycję, uprawniającą do uczestnictwa w dalszej fazie przetargu - zaproszenia do składania ofert, była to jednak ostatnia pozycja na liście prekwalfikacji wykonawców - ewidentnie zagrożona spadkiem, jak potwierdził to rzeczywisty przebieg dalszych zdarzeń w przedmiotowym postępowaniu, gdzie po ponownej ocenie z dnia 19 maja 2016 r., odwołujący znalazł się na pozycji dziewiątej [poza pulą wykonawców zapraszanych do złożenia oferty].

Izba w pełni podzieliła pogląd, że nawet, gdy w wyniku pierwszej prekwalfikacji wykonawców odwołujący zajmował premiowaną ósmą [8] pozycję, winien liczyć się z możliwością - ryzykiem, że inni wykonawcy zarówno znajdujący się na liście zakwalifikowanych, jak również nie ujęci na tej liście skorzystają skutecznie ze środków ochrony prawnej, a w wyniku uwzględnienia ich odwołań, wykonawcy ci mogą uzyskać dodatkowe punkty, wyprzedzić odwołującego w ogólnej punktacji podmiotów zaklasyfikowanych, pozbawiając odwołującego jednocześnie możliwości zaproszenia do złożenia oferty i uzyskania zamówienia.

Skoro odwołujący dowodził, że zamawiający naruszył art. 51 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne dokonanie oceny spełniania warunków dodatkowej klasyfikacji, skutkujące nieprzyznaniem odwołującemu 20 pkt za wykonanie budowy stacji kolejowej Riells y Viabrea-Breda oraz 20 pkt za wykonanie budowy stacji kolejowej Joaquin Sorolla w Walencji, to stan tego naruszenia istniał od początku czynności zamawiającego - zakomunikowanych wykonawcom w dniu 29 kwietnia 2016 r. o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym o ocenie spełniania warunków dodatkowej klasyfikacji, nawet gdy odwołujący został sklasyfikowany na ósmej [8] pozycji. Nie ulegało zatem wątpliwości, że odwołującemu mogła grozić szkoda na skutek niezgodnych z prawem czynności

zamawiającego, gdyż istniało realne ryzyko utraty ósmej [8] pozycji - potwierdzone w praktyce, skutkiem kolejnej oceny wniosków dokonanej przez zamawiającego 19 maja 2016r.

W ocenie Izby, odwołujący mając świadomość już w dacie pierwotnego rozstrzygnięcia prekwalfikacji - naruszeń jakie obecnie zarzuca zamawiającemu - winien wnieść odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej z żądaniem przyznania stosownej (większej ilości punktów) - w terminie ustawowym określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, stanowiącym, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, tj. w terminie liczonym od powiadomienia z dnia 29 kwietnia 2016 r.

Nie zachodzi taka prawidłowość, jak wywodził odwołujący, że każdorazowo w przetargu dwustopniowym, o ile wykonawca po pierwszej ocenie wniosków kwalifikuje się do etapu złożenia oferty, automatycznie nie jest zdolny wykazać legitymacji do wniesienia odwołania wymaganej art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż składając swój wniosek w postępowaniu tym samym posiada interes w uzyskaniu zamówienia, wykazuje jednocześnie naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp i możliwości poniesienia szkody, poprzez zagrożenie utratą przydzielonej pozycji rankingowej, będącej następstwem uprawnionych działań konkurentów do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Do uznania składu orzekającego Izby należy każdorazowa ocena, czy zagrożenie odwołującego szkodą jest realne - w okolicznościach rozpatrywanego postępowania. Izba mogłaby odmówić interesu odwołującemu w skarżeniu czynności zamawiającego, gdyby odwołujący znajdował się na początkowych/środkowych pozycjach wymienionej listy spełniania warunków dodatkowej klasyfikacji - ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert. Okoliczność bezsporną stanowiło, że odwołujący zajmował ostatnią pozycję na omawianej liście, a więc bez względu na niekonsekwentną i subiektywną ocenę odwołującego, był on obiektywnie uprawniony, aby powoływać się na możliwość poniesienia szkody, jako jedną z koniecznych przesłanek wymienionych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - już w odwołaniu od czynności zamawiającego przeprowadzonej dnia 29 kwietnia 2016 r.

Taki stan rzeczy potwierdzają wniesione w terminie zakreślonym ustawą, odwołania wykonawców:

1. konsorcjum firm: Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie (lider), Costruzioni Linee Ferrovie S.p.A. z siedzibą w Bolonii, który po uwzględnieniu jednego z zarzutów odwołania przez zamawiającego, odnoszącego się do poz. 4 wykazu robót, znalazł się na pozycji 8 listy wykonawców uprawnionych do złożenia oferty, eliminując z niej tym samym odwołującego - wykonawca ten nie cofnął odwołania, a Krajowa Izba

Odwoławcza w wyroku Sygn. akt: KIO 775/16 - nakazała zamawiającemu przyznanie konsorcjum dalszych punktów za doświadczenie wynikające z poz. 1 Wykazu wykonanych robót, co potwierdza, że Izba w takiej sytuacji nie odmówiła temu odwołującemu interesu w skarżeniu czynności zamawiającego, mających doprowadzić do przyznania punktacji, jaka wynikała z przedłożonych we wniosku dokumentów;

2. konsorcjum w składzie: 1. VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (lider konsorcjum) z siedzibą w Madrycie; 2. Tecsa Empresa Constructora S.A. z siedzibą w Bilbao; 3. ELECTREN S.A. z siedzibą w Madrycie; 4. NDI S.A. z siedzibą w Sopocie; 5. NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, który zajmując szóstą [6] pozycję po ocenie wniosków z dnia 29 kwietnia 2016 r., domagał się podwyższenia punktacji; Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku Sygn. akt: KIO 782/16 przyznała odwołującemu legitymację do wniesienia odwołania, stwierdzając że: *„Odwołujący aktualnie zakwalifikował się do wykonawców, których zamawiający będzie zapraszał do składania oferty, ale sytuacja ta może ulec zmianie i czego obawia się odwołujący. Z uwagi na możliwość składania odwołań zarówno przez wykonawców zakwalifikowanych jak i niezakwalifikowanych, odwołujący może znaleźć się poza gronem wykonawców zapraszanych do składania ofert. Tym samym potwierdza się interes odwołującego do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”*

Izba rozpatrując niniejsze odwołanie nie podzieliła również drugiego z argumentów odwołującego, mającego usprawiedliwić złożenie odwołania - po terminie wyznaczonym w ustawie, że zgodnie z art. 192 ust 2 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, z czego wynika zdaniem odwołującego, że odwołanie od pierwotnej oceny wniosków - nie mogłoby być uwzględnione, gdyż nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosków nie wpłynęłoby na status odwołującego, a więc - w tym rozumieniu - na wynik postępowania.

Zgodnie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez który należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej (art. 2 pkt 7a Pzp - celem postępowania jest wybór oferty, umożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego), co potwierdza stanowisko wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12 - *„Przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej*

oferty.” Niewątpliwie dobór wykonawców zapraszanych w przetargu dwustopniowym do złożenia oferty może finalnie mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Dokumentacja akt postępowania potwierdza ponadto, że zamawiający w dniu 31 maja 2016 r. w następstwie obligatoryjnej realizacji wyroku Izby Sygn. akt: KIO 775/16 z dnia 24 maja 2016 r. dokonał następnej czynności przyznania konsorcjum firm: Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie (lider), Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A. z siedzibą w Bolonii „punktów za doświadczenie zawodowe wynikające z poz. 1 Wykazu wykonanych robót, t.j. pomiędzy historyczną linią Bolonia- Mediolan i odpowiadającym odcinkiem realizowanej linii AV/AC.”

W konsekwencji - w takiej sytuacji jak zaistniała w niniejszym postępowaniu odwoławczym - Izba stwierdziła, że zachodził zbieg podstaw prawnych obligującego Izbę do odrzucenia wniesionego odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, zarzuty odwołującego należało uznać za spóźnione w świetle postanowień art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który (przy danej wartości przedmiotu zamówienia) wyznacza wykonawcy 10 dniowy termin na wniesienie odwołania od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

Realizując postulat szybkości postępowania i spójności jego wyniku, ustawodawca nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywać jednocześnie, dotyczy to również zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności i zaniechań zamawiającego. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca w odwołaniu od kolejnej czynności zamawiającego dokonanej 19 maja 2016 r. - przywołuje okoliczności, które ujawnił po pierwotnej czynności oceny wniosków, o której został poinformowany 29 kwietnia 2016 r.

Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego bezskuteczny upływ w dniu 9 maja 2016 r. spowodował utratę możliwości skorzystania z wymienionego środka ochrony prawnej. Z uwagi na powyższe, zarzuty odwołania z dnia 30 maja 2016 r. Izba uznała za zgłoszone z uchybieniem terminu, zatem odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Postępowanie w sprawie wykazało, że odwołanie dotyczy także czynności, którą zamawiający wykonał w dniu 19 maja 2016 r., zgodnie z uwzględnionym zarzutem odwołania konsorcjum firm: Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie (lider), Costruzioni Linee Ferroviarie

S.p.A. z siedzibą w Bolonii, umieszczając ww. konsorcjum na pozycji 8 listy wykonawców uprawnionych do złożenia oferty, i eliminując z tej pozycji odwołującego, co obligowało Izbę do odrzucenia odwołania również w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Powyższy przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, gdy dotyczy ono czynności którą zamawiający w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepis ten również urzeczywistnia zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, stanowiąc samodzielną przesłankę odrzucenia odwołania.

Wykonawca wezwany do uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, bez względu na fakt złożenia przystąpienia, z uwagi na treść art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby, w tym przypadku czynności wykonanych w oparciu o wyrok Sygn. akt KIO 775/16.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które pozostają ustalane z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego. Izba w oparciu o § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczyła uiszczony przez odwołującego wpis na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2014 r. poz. 964), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....