Sygn. akt KIO 134/16

POSTANOWIENIE
z dnia 11 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie: Katarzyna Prowadzisz
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 11 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2016 r. przez wykonawcę – **STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie**

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę – **STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, 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:
……
……
……

Sygn. akt KIO 134/16

Uzasadnienie

I. PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie, którego przedmiotem są roboty budowlane w ramach projektu „Prace na linii kolejowej Warszawa Włochy - Grodzisk Mazowiecki (linia nr 447)" Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 7 listopada 2015r. pod nr 2015/S 216- 393363. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 1 lutego 2016 r. STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 8a Prawa zamówień publicznych oraz art. 51 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszający uczciwą konkurencję, nieobiektywny i dyskryminujący opis sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu,
2. art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych poprzez niewłaściwą wykładnię, a w konsekwencji nieuprawnione uznanie, że poleganie na doświadczeniu podmiotu trzeciego ma celu nie tylko wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale również uzyskanie punktów w rankingu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w przetargu ograniczonym.

W konsekwencji tak sformułowanych zarzutów, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia w zakresie uwag do Pkt IV 1.2. po ppkt a-c poprzez rezygnację z przyznawania punktów za doświadczenie podmiotu trzeciego, na które powołuje się wykonawca w celu wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.

Odwołujący upatrywał podstawy faktycznej podnoszonych zarzutów w uwagach zamieszczonych po pkt IV. 1.2) ppkt a)-c) ogłoszenia. Podnosił, że we wskazanym punkcie uzasadnienia Zamawiający przewidział, że „Zamawiający w ramach kwalifikacji oceniał będzie doświadczenie własne Wykonawcy (tj. zamówienia wykonane siłami własnymi Wykonawcy - jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca) a także doświadczenia podmiotu trzeciego, na które powołuje się Wykonawca, z zastrzeżeniem że za każde zamówienie wykonane siłami własnymi wykonawcy, tj. jako Wykonawca, w tym

---

członek konsorcjum lub jako podwykonawca Liczba punktów zostanie przyznana w pełnej wysokości, zgodnie ze wskazaniem w pkt a)-c) powyżej, natomiast za Każde zamówienie wykonane przez podmiot trzeci Wykonawca otrzyma liczbę punktów wskazaną w pkt a)-c) powyżej podzieloną przez 5".

W ocenie Odwołującego umożliwienie korzystania przez wykonawców z „pożyczonego" doświadczenia godzi w zasadę uczciwej konkurencji, narusza cel przepisu art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, a tym samym powoduje, że opis sposobu dokonywania oceny wykonawców ma nieobiektywny i dyskryminujący charakter, względem wykonawców, którzy posiadają doświadczenie własne. Przywoływał orzeczenia KIO.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

II. Izba, badając z urzędu, czy odwołanie nie podlega odrzuceniu, stwierdziła, że zaistniała przesłanka niepozwalająca na merytoryczne rozstrzygnięcie odwołania, ponieważ odwołanie podlega odrzuceniu jako wniesione po upływie przepisanego terminu. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych odwołanie wobec postanowień ogłoszenia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej- jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (niniejsze postępowanie jest o wartości powyżej tzw. progów unijnych). Nie ma przy tym znaczenia, czy zmianę ogłoszenia traktować tak, jak ogłoszenie (co do którego termin jest określony w art. 182 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych), czy inną czynność Zamawiającego, bowiem termin z art. 182 ust. 3 pkt 1 Prawa zamówień publicznych jest również 10-dniowe. Jeśli zatem Odwołujący mógłby postawić tak samo sformułowane zarzuty już wobec treści SIWZ w poprzednim brzmieniu, to kolejne zmiany nie mogą prowadzić do przywrócenia terminu do zakwestionowania postanowień ogłoszenia.

Izba ustaliła, co następuje:
1. Pierwotna treść ogłoszenia z dnia 7 listopada 2015 r., w zakresie kwestionowanym odwołaniem, miała następujące brzmienie:
,,UWAGA – Zamawiający w ramach kwalifikacji oceniał będzie doświadczenie własne Wykonawcy (tj. zamówienia wykonane siłami własnymi Wykonawcy – jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca) a także doświadczenia podmiotu

---

trzeciego, na które powołuje się Wykonawca, z zastrzeżeniem że za KAŻDE ZAMÓWIENIE WYKONANE SIŁAMI WŁASNYMI WYKONAWCY, tj. jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca LICZBA PUNKTÓW ZOSTANIE PRZYZNA W PEŁNEJ WYSOKOŚCI, zgodnie ze wskazaniem w pkt a) – f) powyżej, natomiast za KAŻDE ZAMÓWIENIE WYKONANE PRZEZ PODMIOT TRZECI Wykonawca otrzyma liczbę punktów wskazaną w pkt a) – f) powyżej, podzieloną przez PIĘĆ."
2. W dniu 26 listopada 2015 r. Zamawiający po raz pierwszy zmienił ogłoszenie i przytoczone wyżej postanowienie otrzymał o treść następującą:

,,UWAGA – Zamawiający w ramach kwalifikacji oceniał będzie doświadczenie własne Wykonawcy (tj. zamówienia wykonane siłami własnymi Wykonawcy – jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca), bez uwzględnienia doświadczeń podmiotów trzecich, na które Wykonawca się powołuje na zasadach określonych w 26 ust. 2b) ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, że jeżeli Wykonawca wykaże zamówienie, które zostało udostępnione przez pomiot trzeci na podstawie art. 26 ust.2b) ustawy Prawo zamówień publicznych, Wykonawca za takie zamówienie nie otrzyma punktów."

3. W dniu 8 grudnia 2015 r. Zamawiający po raz drugi zmienił ogłoszenie i przytoczone wyżej postanowienie otrzymał o treść następującą:

,,Uwaga – Zamawiający w ramach kwalifikacji oceniał będzie doświadczenie własne Wykonawcy (tj. zamówienia wykonane siłami własnymi Wykonawcy – jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca) a także doświadczenia podmiotu trzeciego, na które powołuje się Wykonawca, z zastrzeżeniem że za Każde zamówienie wykonane siłami Własnymi wykonawcy, tj. jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca liczba punktów zostanie przyzna w pełnej wysokości, zgodnie ze wskazaniem w pkt a)–f) powyżej, podzieloną przez 5." 4. W dniu 21 stycznia 2016r. Zamawiający po raz trzeci zmienił ogłoszenie i przytoczone

wyżej postanowienie otrzymał o treść następującą:

,,UWAGA – Zamawiający w ramach kwalifikacji oceniał będzie doświadczenie własne Wykonawcy (tj. zamówienia wykonane siłami własnymi Wykonawcy – jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca) a także doświadczenia podmiotu trzeciego, na które powołuje się Wykonawca, z zastrzeżeniem że za Każde zamówienie wykonane siłami własnymi wykonawcy, tj. jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca Liczba punktów zostanie przyzna w pełnej wysokości, zgodnie ze wskazaniem w pkt a) – c) powyżej, natomiast za Każde zamówienie wykonane przez podmiot trzeci Wykonawca otrzyma liczbę punktów wskazaną w pkt a) – c) powyżej, podzieloną przez 5 (pięć);"

Jak wynika z odwołania, zdaniem Odwołującego termin do wniesienia odwołania biegł od dnia opublikowania trzeciej zmiany ogłoszenia, tj. od 21 stycznia 2016 r.

Tymczasem, zdaniem składu orzekającego, Odwołujący powinien był już zakwestionować drugą zmianę ogłoszenia - bowiem wprowadziła ona możliwość oceny w ramach kwalifikacji doświadczenie podmiotu trzeciego. Dopuszczenie takiej możliwości było zasadniczym zarzutem odwołania (Odwołujący taki sam zarzut podniósł wobec pierwotnej treści ogłoszenia w odwołaniu sygn. akt KIO 2524/15, jednak odwołanie to wycofał). Jedynie pierwsza zmiana ogłoszenia przewidywała, że Zamawiający w ramach kwalifikacji będzie brał pod uwagę wyłącznie doświadczenie wykonawcy, bez doświadczenia podmiotów trzecich. Dwie następne zmiany już przewidują uwzględnienie w ramach kwalifikacji doświadczenie podmiotów trzecich. W ocenie składu orzekającego, Odwołujący powinien był podnosić zarzut, taki, jak w rozpatrywanym odwołaniu, już wobec drugiej zmiany ogłoszenia. Kolejna, trzecia zmiana, tj. uściślenie sposobu przyznawania punktów, nie ma wpływu na treść zarzutów odwołania, nawet jeżeli poprzednio opisano go inaczej, ponieważ Odwołujący nie kwestionował sposobu przyznawania punktów za doświadczenie podmiotu trzeciego, ale samą możliwość punktowania doświadczenia podmiotu trzeciego w ramach kwalifikacji, co do zasady.

W ocenie Izby, kolejna zmiana ogłoszenia nie może powodować rozpoczęcie biegu nowego terminu do wniesienia odwołania, jeżeli poprzednia treść ogłoszenia, przed zmianą, mogła być podstawą zarzutów sformułowanych w odwołaniu.

Odwołujący na posiedzeniu podnosił, że w drugiej zmianie ogłoszenia podano, iż doświadczanie podmiotu trzeciego będzie oceniane a nie punktowane, z tego powodu nie wnosił odwołania na treść drugiej zmiany ogłoszenia. Izba stwierdziła jednak, że cała treść postanowienia, stanowiącego podstawę faktyczną odwołania (uwaga po pkt IV. 1.2) ppkt a)-c) ogłoszenia), odnosi się do kwalifikacji wykonawców - tj. do doświadczenia, które będzie brane pod uwagę podczas przyznawania punktów.

Świadczy o tym sformułowanie ,,w ramach kwalifikacji (…)". Nie ma zatem znaczenia, że w tymże postanowieniu Zamawiający użył określenia wskazującego na ,,ocenę" - którego używa się w odniesieniu do

oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (możliwości oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu za pomocą doświadczenia podmiotu trzeciego Odwołujący nie kwestionował - kwestionował jedynie przyznawanie punktów za doświadczenie podmiotu trzeciego w ramach kwalifikacji).

W konsekwencji, Izba stwierdziła, że bieg terminu na wniesienie odwołania biegł od opublikowania drugiej, a nie trzeciej zmiany ogłoszenia. Wobec powyższego, Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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:

……

Członkowie:

……

……