

POSTANOWIENIE
z dnia 9 marca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**
Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, w Warszawie, w dniu 5 marca 2015 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2015 roku przez wykonawcę Sztopkanel Sp. z o.o. z siedzibą Rumi przy ulicy Gdańskiej 1, 84-230 Rumia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówieniu: ASMO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni przy ulicy Wiśniewskiego 13, 81-335 Gdynia (pełnomocnik) SPAW-TOR Sp. z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie, F.T.S. „SPAW-TOR” W. M. z siedzibą w Krakowie, KARYA Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, BAHN TECHNIK Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, DURA Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Sztopkanel Sp. z o.o. z siedzibą Rumi przy ulicy Gdańskiej 1, 84-230 Rumia i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sztopkanel Sp. z o.o. z siedzibą Rumi przy ulicy Gdańskiej 1, 84-230 Rumia tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od wykonawcy Sztopkanel Sp. z o.o. z siedzibą Rumi przy ulicy Gdańskiej 1, 84-230 Rumia na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

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 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

Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej „ustawa”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem są *„Roboty budowlane polegające na regeneracji szyn, rozjazdów i skrzyżowań torów bezpośrednio w torach linii kolejowych metodą napawania łukowego”* w podziale na siedem części.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 24 września 2014 r. w Dz. Urz. UE nr 2014/S 183-323831.

20 lutego 2015 roku wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby odwołanie złożone przez wykonawcę Sztopkanel Sp. z o.o. z siedzibą Rumi przy ulicy Gdańskiej 1, 84-230 Rumia. Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu w zakresie części 1. 2. 3. 4. 6 i 7 zamówienia, polegających na:

- niewłaściwym badaniu i ocenie ofert, w szczególności przez zastosowanie niejednorodnych zasad oceny ofert, co skutkowało nierównym traktowaniem wykonawców, odrzuceniem oferty Odwołującego i zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. ASMO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, SPAW-TOR Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie, F.T.S. „SPAW-TOR” W. M. z siedzibą w Krakowie, KARYA Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, BAHN TECHNIK Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz DURA Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, zwanych dalej łącznie „Konsorcjum”, pomimo, iż obie oferty zawierały ceny skalkulowane w taki sam sposób, który został uznany za wadliwy zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2734/14 i prowadzący do zaferowania ceny rażąco niskiej i naruszającej zasady uczciwej konkurencji,
- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wyjaśnienia

udzielone przez Konsorcjum jedynie potwierdziły fakt zaferowania rażąco niskiej ceny, a także jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,

- dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo, iż podlegała ona odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż cena oferty jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia przez zastosowanie rażąco niskich cen jednostkowych w poz. 2,12 i 17 kalkulacji wykonania robót dla zadań nr 1, 2, 3,4, 6 i 7,
- art. 90 ust. 3 ustawy - przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo, iż złożone przez Konsorcjum, na podstawie art. 90 ust 1 ustawy wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta zawiera rażąco niską cenę na skutek zaferowania cen jednostkowych podanych w poz. 2,12 i 17 kalkulacji wykonania robót dla zadań nr 1, 2, 3,4, 6 i 7, które mają charakter cen rażąco niskich,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo, iż złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na fakt dopuszczenia się manipulowania cenami jednostkowymi składającymi się na cenę oferty,
- art. 7 ust 1 ustawy - przez zastosowanie niejednorodnych zasad oceny ofert, co skutkowało nierównym traktowaniem wykonawców, odrzuceniem oferty Odwołującego, zaś zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo, iż obie oferty zawierały ceny skalkulowane w taki sam sposób, który został uznany za wadliwy zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2734/14 i prowadzący do zaferowania ceny rażąco niskiej i naruszającej zasady uczciwej konkurencji,
- art. 7 ust. 3 ustawy - przez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum, pomimo, iż podlegała ona odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny ofert, a w konsekwencji:
- odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum,
- unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy z uwagi na fakt, iż w Postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wykazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy, jako wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, a w konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę na skutek braku uzyskania przedmiotowego zamówienia i możliwości jego realizacji.

W postępowaniu, w zakresie części 1. 2.3.4.6 i 7 zamówienia złożone zostały dwie oferty, tj. oferta Odwołującego, uznana pierwotnie za najkorzystniejszą oraz oferta Konsorcjum.

Oferta Odwołującego, na skutek rozpoznania odwołania wniesionego przez Konsorcjum, została uznana przez KIO (wyrok z dnia 14 stycznia 2015 r, sygn. akt KIO 2734/14) za podlegającą odrzuceniu. KIO przyjęła, iż sposób kalkulacji ceny zawartej w ofercie Odwołującego jest wadliwy, prowadzi do zaoferowania rażąco niskich cen jednostkowych dla niektórych pozycji, a jednocześnie KIO uznała, iż zastosowany sposób kalkulacji ceny narusza zasady uczciwej konkurencji, a w konsekwencji, złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W wykonaniu ww. wyroku, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, jednakże, pomimo, iż oferta Konsorcjum zawierała cenę skalkulowaną w taki sam sposób zaniechał odrzucenia tej oferty i dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Z uwagi na ww. wyrok KIO i wyrażone w nim negatywne stanowisko co do sposobu kalkulacji ceny, przez rozłożenie kosztów realizacji zamówienia pomiędzy poszczególne ceny jednostkowe w miejsce przyporządkowania odpowiednich kosztów do odpowiednich cen jednostkowych - Zamawiający winien był odrzucić obie oferty, gdyż zawierały one identyczne wady i w identyczny sposób naruszały interes Zamawiającego. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany był unieważnić Postępowanie oraz - w celu udzielenia przedmiotowego zamówienia - wszcząć nowe Postępowanie. Tym samym wszyscy wykonawcy zainteresowani uzyskaniem tego zamówienia, w tym Odwołujący, mieliby równe szanse ponownego ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo, iż - w świetle powyższego wyroku KIO - jest ofertą wadliwą, zawierającą rażąco niską cenę oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji i naruszającą interesy Zamawiającego, prowadzi wprost do uniemożliwienia Odwołującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia. Przedmiotowe zamówienie zostanie bowiem udzielone na rzecz Konsorcjum jeszcze na skutek bieżącego Postępowania, na podstawie oferty

podlegającej odrzuceniu. W powyższych okolicznościach, zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum i udzielenie temu wykonawcy zamówienia prowadzi bezsprzecznie do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a w konsekwencji powoduje możliwość postania szkody po stronie Odwołującego. KIO niejednokrotnie wskazywała, iż Odwołujący ma interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej w szerokim rozumieniu, ponieważ wskazując na ewentualne wady postępowania, dąży do doprowadzenia go do zgodności z przepisami (np. wyrok KIO z dnia 21 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 870/09). W sytuacji bowiem, w której w postępowaniu, tak jak w przedmiotowej sprawie, zachodzi taka okoliczność, która uniemożliwia podpisanie umowy i udzielenie zamówienia, bowiem zostaje wypełniona któraś z przesłanek z art. 93 ust. 1 ustawy, wskazujących na obowiązek unieważnienia postępowania, odwołujący w dalszym ciągu - choć potencjalnie - niemniej jednak miałby szanse na uzyskanie zamówienia. Wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, uzyskując formalnie status wykonawcy, ma prawo, w celu ochrony własnych praw i interesu, do weryfikacji niezgodnych z przepisami ustawy zachowań Zamawiającego, które mogą prowadzić do zawarcia ewentualnie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Sytuacja taka nie uniemożliwia bowiem odwołującemu uzyskania danego zamówienia, a wręcz odwrotnie, otwiera drogę do uzyskania zamówienia na skutek nowego, niewadliwego postępowania. Tak jak wskazała KIO, chociażby w wyroku z dnia 30 grudnia 2012 r. (sygn. akt KIO 2702/11), *„Izba opowiada się za szerokim rozumieniem interesu (faktycznego i prawnego) we wniesieniu odwołania, co wyraża się m.in. w przyjęciu, iż w świetle art 179 ust 1 Pzp wykonawca jest uprawniony, aby domagać się unieważnienia postępowania, co umożliwi mu ubieganie się o udzielenie zamówienia w kolejnym postępowaniu (o ile zostanie wszczęte). Przez "dane zamówienie", do którego odnosi się komentowany przepis, należy bowiem rozumieć nie przedmiot konkretnego postępowania, lecz dostawę/usługę/robotę budowlaną, którą zamawiający; chce na podstawie umowy o zamówienie publiczne nabyć. Odmienna wykładnia art. 179 ust. 1 ustawy, uniemożliwiająca dochodzenie unieważnienia postępowania prowadzącego do udzielenia zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy, doprowadziłaby do wypaczenia instytucji środków ochrony prawnej i braku możliwości dochodzenia ochrony własnych interesów.*

Termin: Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący otrzymał za pomocą poczty e-mail w dniu 11 lutego 2015 r. (korespondencja e-mail w załączeniu). W tym miejscu wskazać należy, iż wybór oferty Konsorcjum, o którym Zamawiający poinformował w dniu 11 lutego 2015 r., został dokonany w wyniku powtórzenia oceny ofert na skutek wyroku KIO z dnia 14 stycznia

2015 r., sygn. akt KIO 2734/14. Przedmiotowe odwołanie dotyczy wyłącznie czynności wyboru oferty Konsorcjum, a zatem czynności która została dokonana w dniu 11 lutego 2015 r., a ponadto sposobu oceny tej oferty i zaniechania odrzucenia tej oferty wyłącznie na skutek nieprawidłowych czynności dokonanych po zapadnięciu ww. wyroku KIO. Wiedzę o wadliwości czynności Zamawiającego związanych z oceną oferty Konsorcjum Odwołujący mógł powziąć dopiero z dniem dokonania wyboru tej oferty, tj. z dniem 11 lutego 2015 r., z uwagi na: sposób kalkulacji ceny oferty Konsorcjum jest taki sam jak przyjęty w ofercie Odwołującego. Do dnia wydania ww. wyroku KIO Odwołujący pozostawał w przekonaniu o prawidłowości powyższego sposobu kalkulacji ceny, a tym samym o prawidłowości zarówno swojej oferty jak i oferty Konsorcjum. Ponadto, pierwotnie, tj. z dniem 12 grudnia 2014 r., Zamawiający dokonał wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty Odwołującego, a zatem podnoszenie zarzutów wobec oferty drugiej w kolejności przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jest negowane przez KIO z uwagi na brak interesu we wniesieniu takiego środka ochrony prawnej. Dopiero po ww. wyroku KIO, Zamawiający, mając na uwadze wykładnię dokonaną przez KIO w ww. wyroku, wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny, przy czym nieprawidłowo - i wbrew stanowisku KIO - dokonał oceny tych wyjaśnień, uznając ofertę Konsorcjum za prawidłową. Z powyższych względów odwołanie jest wniesione z dochowaniem ustawowego terminu.

Odwołujący uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Izba ustaliła:

Wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 2734/14 z dnia 14 stycznia 2015 roku:

- 1) uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie - w zakresie zadań nr: 1, 2, 3, 4, 6 i 7 - unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, obejmującego odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 a także art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty złożonej przez „Sztopakanel” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rumii;
- 2) oddala odwołanie w zakresie zarzutów wskazujących na podstawę do wykluczenia z postępowania wykonawcy „Sztopakanel” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rumii na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;

Zamawiający złożył na posiedzeniu pismo *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*, wnosząc na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 189 ust 2 pkt 3 ustawy o wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania w związku z wniesieniem odwołania po terminie oraz na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy o wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony tj. nieposiadający interesu do wniesienia odwołania ewentualnie przy braku uznania, że odwołanie powinno zostać odrzucone na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy o wydanie wyroku oddalającego odwołanie.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówieniu: ASMO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni przy ulicy Wiśniewskiego 13, 81-335 Gdynia (pełnomocnik) SPAW-TOR Sp. z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie, F.T.S. „SPAW-TOR” W. M. z siedzibą w Krakowie, KARYA Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, BAHN TECHNIK Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, DURA Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (dalej: Konsorcjum Południe). Na posiedzeniu złożyli *Pismo procesowe przystępującego* wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy jako złożone przez podmiot nieuprawniony. Uczestnik postępowania odwoławczego wskazywał również brak interesu w złożeniu odwołania po stronie Odwołującego.

Izba ustaliła, że pierwotny wybór oferty nastąpił w dniu 12 grudnia 2014 roku, i od tej czynności Zamawiającego wniesione zostało odwołanie w sprawie o sygnaturze akt KIO 2734/14 w której wyrok został wydany 14 stycznia 2015 roku.

Uwzględniając dokumentację jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione w złożonych pismach oraz na posiedzeniu z udziałem Stron, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Izba ustaliła, że pierwotny wybór oferty nastąpił w dniu 12 grudnia 2014 roku, i od tej czynności Zamawiającego wniesione zostało odwołanie przez Konsorcjum Południe. W sprawie o sygnaturze akt KIO 2734/14 został wydany 14 stycznia 2015 roku wyrok na mocy którego Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie - w zakresie zadań nr: 1, 2, 3, 4, 6 i 7 – unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 a także art. 90 ust. 3 ustawy odrzucił ofertę złożoną przez „Sztopakanel” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rumi.

Wykonawca „Sztopakanel” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rumi nie złożył skargi do Sądu Okręgowego (art. 198a ustawy) na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturze akt KIO 2734/14 z dnia 14 stycznia 2015 roku, który otrzymał w dniu 26 stycznia 2015 roku. W odwołaniu rozpatrywanym pod sygnaturą akt KIO 341/15, wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 lutego 2015 roku Odwołujący nie kwestionował odrzucenia własnej oferty z postępowania.

Izba podziela stanowisko przedstawione w uzasadnieniu postanowienia z dnia 4 lipca 2013 roku w sprawie o sygnaturze akt KIO 1500/13:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W postanowieniu z 19 marca 2012 r. sygn. akt IX Ga 39/12 (niepubl.) Sąd Okręgowy w Lublinie wskazał, że w pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza winna ocenić, czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tego uprawniony.

Izba zważyła, że odwołujący nie kwestionuje czynności wykluczenia go z postępowania. Czynność wykluczenia wywiera zatem skutki prawne, które – wobec nie wniesienia skargi do Sądu Okręgowego na wyrok Izby z 10 czerwca 2013 r. - mają charakter nieodwracalny. Odwołujący nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Prezentowana wykładnia przywołanego przepisu, mającego zastosowanie nie tylko do złożenia odwołania przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika odwołującego, ale również do okoliczności, w których podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej nie może uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym, gdyż sam jest podmiotem do tego nieuprawnionym, została podniesiona w doktrynie (vide: J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV).

Pogląd, iż niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, który został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, a tym samym utracił status uczestnika tego postępowania, znalazł również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008r. sygn. akt IV Ca 521/08 (niepubl.). W uzasadnieniu tego postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie wniesione przez taki podmiot podlega odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Analogiczny pogląd wywiedziony został także w postanowieniu Izby z dnia 18 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1176/09) oraz z dnia 5 kwietnia 2011 r., (sygn. akt: KIO 842/11, KIO 844/11), w których Izba za nieuprawnioną uznała podmiot, któremu nie służy przymiot wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, na którym zostaje złożony środek ochrony prawnej.

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej informacje stanowiące podstawę do wniesienia odwołania znane były Odwołującemu od dnia 12 grudnia 2014 roku tj. od dnia upublicznienia przez Zamawiającego informacji o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zasada koncentracji środków ochrony prawnej przewidziana przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych nakłada na każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek aktywnego uczestnictwa w procedurach zgłaszania środków ochrony prawnej - stawiania zarzutów Zamawiającemu. Koncentracja ma ułatwić i przyspieszyć racjonalne wydawanie środków publicznych, w oparciu o umowy zawarte z wykonawcami, których oferty uznane zostały za najkorzystniejsze, tym samym odpowiada podstawowemu postulatowi prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Realizując postulat szybkości postępowania i spójności jego wyniku, ustawodawca nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywać jednocześnie, dotyczy to zwłaszcza zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności i zaniechań Zamawiającego. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić po pierwszym badaniu i ocenie ofert. Nie do pogodzenia z zasadą koncentracji i szybkości rozpatrywania środków ochrony prawnej jest, aby wykonawca niezadowolony z wyniku postępowania - po nakazanej z innych

względów ponownej ocenie ofert - wynajdował coraz to nowe przyczyny służące jako podstawa do wnoszenia kolejnych odwołań (porównaj przykładowo: postanowienie z 18 lutego 2013 roku sygn. akt 246/13; postanowienie z dnia 18 września 2014 roku sygn. akt KIO 1798/14; postanowienie z dnia 11 grudnia 2014 roku sygn. akt KIO 2523/14). Zgodnie z uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2013 roku (sygn. akt V Ca 2142/12) *W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy mają możliwość skażenia również zaniechań, jakich dopuścił się Zamawiający. Wykonawca także w takiej sytuacji może posiadać interes we wniesieniu odwołania. Dla wykazania interesu nie jest przecież konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 179 pzp). Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity (art. 182 ustawy), a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej.*

Taki stan rzeczy potwierdziła ETS w wyroku z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH i inni v. Autobahnenund Schnellstrassen-Finanzierungs-AG, Asfinag (C-410/01, [2003] ECR 6413, nr w SIP Lex: 158605), gdzie Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd: "fakt, że artykuł 1 ust. 3 Dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej Dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, wyraźnie pozwala Państwom Członkowskim określać szczegółowe zasady, wedle których muszą wprowadzić procedury odwoławcze (zapewnione tą dyrektywą), dostępne dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która była lub ryzykuje bycie poszkodowaną w wyniku domniemanego naruszenia, co nie upoważnia instytucji zamawiających do nadawania terminowi "interes w uzyskaniu danego zamówienia" interpretacji, która mogłaby ograniczać efektywność tej dyrektywy." (porównaj: KIO z 27 kwietnia 2011 roku sygn. akt KIO 792/11; KIO z 11 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1114/12).

W ocenie Izby, Odwołującego, po dokonaniu oceny ofert i przekazaniu jej wykonawcom ubiegającym się o zamówienie w dniu 12 grudnia 2014 roku mógł się domagać odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Południe, argumentacja opiera się w szczególności na dokumentach postępowania, które dostępne były dla Odwołującego od dnia ogłoszenia wyniku postępowania w dniu 12 grudnia 2015 roku; cena oferty uczestnika postępowania odwoławczego nie uległa zmianie oraz nie uległy zmianie ceny

poszczególnych cen jednostkowych w poszczególnych częściach zamówienia. Odwołujący informację o zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Południe otrzymał w dniu 12 grudnia 2014 roku. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 2 marca 2011 r., sygn. akt KIO 336/11, że: *ponowne dokonanie przez zamawiającego określonych czynności w postępowaniu nie otwiera automatycznie możliwości wnoszenia kolejnych środków ochrony prawnej podlegających rozpoznaniu, co do istoty. Zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone w zasadzie po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednoczesne wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednoczesne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie przewidzianymi ustawą środkami ochrony prawnej. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia zaś istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat, szybkiego i sprawnego systemu weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

Nie do pogodzenia z tymi celami jest, aby wykonawca kwestionował każdy kolejny wybór oferty, wynajdując po każdym etapie oceny, co raz to nowe powody i wady oferty, stwarzające preteksty do wnoszenia kolejnych odwołań. Dla wykonawcy jest dostępny termin na odwołanie od czynności czy zaniechań Zamawiającego wobec konkurencyjnej oferty, liczony od przesłania powiadomienia w zasadzie o pierwszej ocenie ofert.

Izba wskazuje, że poglądy będące podstawą tego orzeczenia znajdują odzwierciedlenie zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak również w orzeczeniach sądów powszechnych (KIO z 22 maja 2012 roku sygn. akt KIO 970/12; KIO z 9 lutego 2011 roku sygn. akt KIO 157/11; KIO z 27 kwietnia 2011 roku sygn. akt KIO 792/11; KIO z 20 czerwca 2011 roku sygn. akt KIO 1237/11; KIO z 11 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1114/12; KIO z 2 sierpień 2013 roku sygn. akt KIO 1796/13; KIO z 9 stycznia 2014 roku sygn. akt KIO 2991/13; KIO z 23 lipca 2012 roku sygn. akt KIO 1453/12; KIO z 14 listopada 2011 roku sygn. akt 2391/11; KIO z 11 marca 2011 roku sygn. akt 336/11; KIO z 2 września 2013 roku sygn. akt 2034/13; KIO z 18 lutego 2013 roku sygn. akt 246/13; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 roku sygn. akt V Ca 2056/07; wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 27 kwietnia 2010 roku sygn. akt I Ca 230/10; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2014 roku sygn. akt V Ca 2142/12;).

Na marginesie Izba wskazuje również, że Odwołujący nie miał interesu we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy - *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.* Art. 179 ust 1 ustawy określa zarówno katalog podmiotów uprawnionych do złożenia odwołania jak również przesłanki jakie musi kumulatywnie spełnić odwołujący się. Warunkiem *sine qua non* uznania danego podmiotu za wykonawcę jest jego powiązanie z danym, konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, powiązanie nie pozorne oraz nie takie, które już ustało w wyniku innych okoliczności.

Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Nie znajduje uzasadnienia w obowiązującym prawie próba odwoływania się do konieczności unieważnienia postępowania i przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia ponownie, które to działanie jakoby wypełniało przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia. Interes odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku naruszenia przepisów ustawy i nie może być odnoszony do przyszłego i niepewnego, hipotetycznego zdarzenia jakim może być ponowne ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle ustawowej regulacji interes wykonawcy, to jego własny interes sprowadzający się do uzyskania zamówienia i osiągnięcia korzyści w wyniku realizacji zawartej umowy. Nie można uznać za prawidłowy w obliczu obowiązujących przepisów poglądu, że wykonawca reprezentujący swój interes, w sytuacji gdy nie ma szans na uzyskanie zamówienia, może dążyć do unieważnienia postępowania. Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej jak również w orzecznictwie sądów powszechnych (porównaj: Wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim sygn. akt II Ca 9/11 z dnia 7 lutego 2011 roku; Wyrok SO w Warszawie sygn. akt V Ca 1973/ 11 z dnia 7 grudnia 2011 roku; Wyrok SO w Lublinie sygn. akt IX Ga 39/12 z dnia 19 marca 2012 roku). Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, musi dotyczyć konkretnego postępowania i nie może wnoszący odwołanie powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Art. 179 ust. 1 nie pełni funkcji publicznych a postępowanie odwoławcze ma na celu jedynie ochronę interesów osób wnoszących środki ochrony prawnej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy oraz w oparciu o przepisy § 3 ust. 1 i § 5 ust. 3 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....