

Sygn. akt: KIO 1863/16

POSTANOWIENIE
z dnia 13 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 13 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A. siedzibą w Warszawie, Korporacja „ALTIS HOLDING” z siedzibą w Kijowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta w Warszawie,**

przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Ed Zueblin AG z siedzibą w Stuttgarcie, Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Strabag AG z siedzibą w Spittal an der Drau**
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INSO Sistemi per le Infrastructure Sociali S.p.A. z siedzibą we Florencji, Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzibą w Ankarze,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Odrzuca odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A., Korporacja „ALTIS HOLDING”** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego 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 r. poz. 2164 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

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa-Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Budowa Szpitala Południowego*.

W dniu 5 października 2016 r. Konsorcjum: IDS-BUD S.A. w Warszawie i Korporacja „ALTIS HOLDING” wniosło odwołanie wobec zaniechania podjęcia czynności polegających na unieważnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą, unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Erbud, dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że w dniu 3 października 2016 r. przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienie poparte stosownym dowodem (informacja Zarządu Głównego Państwowej Służby Fiskalnej w Kijowie z dnia 12 września 2016 r. wraz z tłumaczeniem przysięgłym sporządzonym w dniu 28 września 2016 r.), które przesądzały, że nie doszło do złożenia informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania. Pomimo dowiedzenia się w tym dniu o podstawie do unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, które winno skutkować podjęciem zespołu czynności mających na celu przywrócenie Odwołującego do postępowania, Zamawiający do dnia wniesienia odwołania nie wykonał tych czynności. Zdaniem Odwołującego, złożona informacja w sposób jednoznaczny przesądza, że przyczyną pojawienia się zaległości podatkowej Korporacji Altis-Holding był błąd techniczny, powstały z przyczyn nieleżących po stronie Odwołującego, a tym samym Odwołujący nawet nie miał świadomości istnienia takiego wpisu na „zintegrowanej karcie płatnika podatku”. Oznacza to, że nie doszło po stronie Wykonawcy do złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, które byłoby przyczyną wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający jest uprawniony na każdym etapie postępowania do korygowania podjętych w postępowaniu czynności, które wskutek ujawnienia się nowych okoliczności okazują się wadliwe. Uprawnienie to, zwłaszcza w sytuacji konieczności zapewnienia poszanowania naczelnych zasad udzielania zamówień,

w szczególności wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, nabiera charakteru obowiązku Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu skorzystał już raz z tego „samokontrolnego” uprawnienia w odniesieniu do Odwołującego – po wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, Zamawiający samodzielnie w oparciu o ustalone na dany moment okoliczności unieważnił swoją wcześniejszą czynność, wykluczając Odwołującego z postępowania. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający uzyskując obecnie wiarygodne dowody wskazujące, że do złożenia nieprawdziwych informacji nie doszło, a tym samym dokonana przez Zamawiającego „korekta” czynności wyboru oferty Odwołującego była nieuzasadniona, powinien z własnej inicjatywy dokonać czynności, które spowodują przywrócenie stanu poprzedniego.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że nie istnieją podstawy do odrzucenia niniejszego odwołania w oparciu o tezy zawarte w uzasadnieniu postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygnaturze KIO 1742/16 wydanego w dniu 29 września 2016 r., gdyż orzeczenie to jest nieprawomocne i jako takie nie może być uznane wiążące dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący w dniu 16 września 2016 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu m.in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego bezzasadne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji oraz odrzucenia jego oferty i wniósł o nakazanie Zamawiającemu m.in. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania, dokonania ponownego badania i oceny ofert.

W sprawie przywołanego wyżej odwołania Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 29 września 2016 r. postanowienie o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy Pzp (sygn. akt KIO 1742/16). Izba ustaliła wówczas, że we wcześniej toczącym się postępowaniu odwoławczym (sygn. akt KIO 1566/16) ówczesny odwołujący (konsorcjum Astaldi) zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia konsorcjum IDS-BUD, mimo że konsorcjum to przez złożenie „w dacie 05.08.2016 r. oświadczenia o braku zaległości podatkowych dopuściło się poświadczenia nieprawdy”, co miało naruszać przepisy art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania podstaw wykluczenia wykonawców w odniesieniu do konsorcjum IDS-BUD, wykluczenia konsorcjum IDS-BUD z postępowania

ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert spośród ofert wykonawców zakwalifikowanych do II Etapu postępowania, uznania za odrzuconą oferty złożonej przez konsorcjum IDS-BUD. W toku posiedzenia Izby z udziałem stron w sprawie o sygn. akt KIO 1566/16 Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w tym odwołaniu. Konsorcjum IDS-BUD, które w tym postępowaniu skutecznie przystąpiło po stronie Zamawiającego, wniosło sprzeciw wobec tego uwzględnienia. Wyrokiem z dnia 5 września 2016 r. Izba oddaliła odwołanie uznając, że w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wnoszącemu je konsorcjum Astaldi nie przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania.

Następnie w sprawie o sygn. akt KIO 1742/16 Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z 7 września 2016 r. poinformował wykonawców o wykluczeniu z udziału w postępowaniu Konsorcjum IDS-BUD z uwagi na złożenie przez to konsorcjum nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Wobec powyższej czynności Konsorcjum IDS-BUD wniosło odwołanie rozpoznawane pod sygn. akt KIO 1742/16.

W postanowieniu z 29 września 2016 r. Izba wskazała, że odwołanie wniesione przez IDS-BUD oparte zostało o dwa zarzuty – pierwszy wobec czynności wykluczenia tego konsorcjum z udziału w postępowaniu, drugi zaś wobec zaniechania wykluczenia konsorcjum Erbud. Izba stwierdziła, że zarzut odnoszący się do czynności wykluczenia konsorcjum IDS-BUD z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia był skierowany wobec czynności, która została wykonana zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1566/16, a zarzuty w tym odwołaniu przedstawione zostały w całości uwzględnione przez Zamawiającego. Wobec powyższego Izba uznała, że odwołanie wykonawcy, który został wykluczony w wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1566/16, podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Wykonawca ten – zdaniem Izby – został pozbawiony z mocy prawa możliwości odwołania się wobec czynności, której konsekwencją jest pozbawienie go statusu aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia. Izba podkreśliła, że statusu tego Konsorcjum IDS-BUD zostało pozbawione nie w wyniku zapadłego orzeczenia Izby, ale w wyniku późniejszej czynności Zamawiającego stanowiącej wykonanie zobowiązania podjętego w oświadczeniu o uwzględnieniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1566/16. I to właśnie ta czynność jest taką, wobec której odwołania, w obecnym stanie faktycznym konsorcjum IDS-BUD już wnieść nie wolno. Izba wskazała, że konsekwencją takiego stanu jest to, że począwszy od czynności dokonanej w wykonaniu uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1566/16 konsorcjum IDS-BUD zostało również pozbawione uprawnienia do wnoszenia

jakichkolwiek innych odwołań w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w których dotychczas uczestniczyło, jako wykonawca – nie posiada on już bowiem aktywnego statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie Odwołujący powołał się wyłącznie na okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 1742/16. W odwołaniu, które było wówczas przedmiotem rozpoznania Odwołujący zakwestionował czynność wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Odwołujący zaprzeczył istnieniu podstawy faktycznej wykluczenia go z postępowania i podnosił m.in., że wykazał, iż po stronie partnera Konsorcjum nie wystąpiły zaległości z tytułu podatków i opłat.

Zauważenia wymaga, że niezależnie od literalnego sformułowania zarzutów, ich istotą w niniejszej sprawie, tak samo jak w sprawie o sygn. akt KIO 1742/16, jest kwestionowanie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących niezalegania z uiszczeniem należności publicznoprawnych. W żadnej mierze nie zmienia tego fakt, że Odwołujący dokonał sformułowania zarzutów w sposób, który miał sugerować, że odwołanie skierowane jest przeciwko jakiemuś nowemu zachowaniu Zamawiającego. Użyte przez Odwołującego sformułowanie, że wnosi odwołanie wobec *zaniechania unieważnienia czynności wykluczenia* go z postępowania należy uznać jedynie za zabieg mający wbrew istocie zarzutów wskazywać, że przedmiot odwołania jest inny, niż przedmiot odwołania wniesionego w dniu 16 września 2016 r. Taki sposób skonstruowania odwołania nie daje jednak żadnych podstaw do uznania, że Odwołujący powołuje się na jakiegokolwiek nowe okoliczności, ponownie bowiem istotą zarzutów jest twierdzenie o niezasadnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania na konkretnej podstawie prawnej i faktycznej, które są tożsame w przypadku obu odwołań. Uznanie, że wykonawca może odwoływać się wobec określonej czynności zamawiającego eliminującej go z postępowania, a następnie ponownie od zaniechania unieważnienia tejże czynności, prowadziłoby do nieracjonalnych

i niedających się logicznie i prawnie obronić wniosków, prowadzących do obejścia zasady *ne bis in idem*, jak również do obejścia przepisów określających terminy wnoszenia środków ochrony prawnej.

Zdecydowanie podkreślić należy, że nie jest nową okolicznością twierdzenie Odwołującego, że członek Konsorcjum nie posiadał zaległości podatkowych, okoliczność ta była bowiem podnoszona we wcześniejszym odwołaniu, natomiast przedstawienie dokumentu mającego potwierdzać ten fakt nie stanowi nowej okoliczności, a jedynie dowód mający potwierdzać okoliczności wcześniej podnoszone. Powołanie się na inne okoliczności, powodujące, że nie zachodzi podstawa odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, należy bowiem rozumieć jako kwestionowanie innych czynności zamawiającego lub tych samych czynności, ale z powołaniem się na inne fakty (brak tożsamości podstawy faktycznej zarzutów). Nie sprawia natomiast, że przesłanka o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie zachodzi, przedstawienie (czy to Zamawiającemu, czy też Izbie) dowodu, którego Odwołujący wcześniej nie przedstawił, a który ma potwierdzać podnoszone już wcześniej twierdzenia co do faktów.

O braku podstawy do odrzucenia przedmiotowego odwołania nie może świadczyć fakt, że wcześniejsze orzeczenie Izby miało charakter formalny, a Izba nie rozpoznała sprawy merytorycznie. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp mówi bowiem o rozstrzygnięciu Izby, w odróżnieniu od przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, w którym mowa jest o wyroku Izby, tj. o rozstrzygnięciu merytorycznym. Podobnie nie uchyla obowiązku odrzucenia odwołania podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że orzeczenie w sprawie o sygn. akt KIO 1742/16 nie jest orzeczeniem prawomocnym. Orzeczenie to istnieje bowiem w obrocie prawnym, a przepis art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie uzależnia obowiązku odrzucenia odwołania od prawomocności rozstrzygnięcia Izby (podobnie zresztą, jak w postępowaniu sądowym przepis art. 199 § 1 pkt 2 Kpc, który nakazuje sądowi odrzucenie pozwu nie tylko w sytuacji, gdy o to samo roszczenie pomiędzy tymi samymi stronami sprawa została już prawomocnie osądzona, ale także gdy sprawa taka jest w toku). Uniezależnienie obowiązku odrzucenia odwołania od prawomocności wcześniejszego orzeczenia uzasadnione jest tym, aby nie dopuścić do wydania kilku rozstrzygnięć w tych samych sprawach i – co więcej – aby nie doszło do niedopuszczalnej sytuacji weryfikowania wcześniejszych orzeczeń przez organ tej samej instancji. Skoro skład orzekający Izby w sprawie 1742/16 uznał Odwołującego za podmiot nieuprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej, a odwołanie za dotyczące czynności wykonanej zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, to kolejny skład orzekający Izby nie jest uprawniony do rozpoznania sprawy, stanowiłoby to bowiem ignorowanie orzeczenia wcześniejszego (które na dzień orzekania nie zostało zmienione przez organ drugiej

instancji), a nawet jego niedopuszczalną weryfikację, która może być dokonana wyłącznie przez właściwy sąd okręgowy w przypadku wniesienia skargi na orzeczenie Izby.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że odwołanie – jako skierowane de facto przeciwko czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania (o czym we wcześniejszej części uzasadnienia) – zostało wniesione po upływie terminu na wniesienie odwołania, w związku z czym podlega odrzuceniu również na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie do art. 185 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób. W niniejszej sprawie informacja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania została mu przekazana 7 września 2016 r., zatem w tym dniu zaczął biec termin na wniesienie odwołania wobec tej czynności. Natomiast przedstawienie zarzutów w sposób wskazujący na ich skierowanie przeciwko zaniechaniu unieważnienia czynności wykluczenia, należy uznać za próbę niedopuszczalnego przywrócenia sobie terminu na kwestionowanie czynności Zamawiającego. Gdyby przyjąć, że dopuszczalne jest odwoływanie się od zaniechania unieważnienia wcześniejszej czynności w terminie liczonym od zgłoszenia zamawiającemu takiego żądania, prowadziłoby to do wypaczenia przepisów ustawy o terminach na wniesienie odwołania i skutkowałoby nieracjonalnym i pozbawionym jakichkolwiek podstaw wnioskiem o dopuszczalności wnoszenia odwołań w niczym nieograniczonym terminie po dokonaniu czynności przez zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Pzp.

Przewodniczący: