Sygn. akt KIO 2660/18

POSTANOWIENIE
z dnia 14 stycznia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu jawnym, z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, w dniu 14 stycznia 2019 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2018 roku przez wykonawcę ERBUD OPERATIONS spółka ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lesku
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elektromontaż Rzeszów spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik), JTB spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, GEO-EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sanoku zgłaszających swoje przystąpienie
do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2660/18 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę wykonawcę ERBUD OPERATIONS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ERBUD OPERATIONS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
   w Jasionce tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2660/18

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lesku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
pod nazwą *„Rozbudowa i przebudowa budynku szpitala powiatowego SPZOZ w Lesku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w tym przebudowa kolidującego uzbrojenia terenu”.*
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 października 2018 roku pod numerem 637694-N-2018.

27 grudnia 2018 roku działają na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp”
lub „ustawa”) Odwołujący – Erbud Rzeszów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Jasionce (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie od czynności zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienia, tj. oferty konsorcjum firm: Elektromontaż Rzeszów spółka akcyjna
z siedzibą w Rzeszowie, JTB spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, GEO - EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sanoku (zwane dalej „Konsorcjum”) z uwagi na niezgodną z przepisami ustawy: czynność wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania z uwagi na złożenie informacji przez Konsorcjum wprowadzających w błąd Zamawiającego, zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, zaniechania wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowania, zaniechania wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty, względnie do odrzucenia oferty, z uwagi na popełnienie przez tego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji w celu uzyskania maksymalnej ilości punktów, zaniechania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty złożonej przez Odwołującego, z uwzględnieniem procedury określonej w art. 24aa ust. 1 ustawy.
Iwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy oraz
   w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;
2) art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia zakresu wykonywanych przez członków konsorcjum prac i ich wartości oraz dat ich realizacji, składanych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z uwagi na niespełnienie warunku udziału
   w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy oraz w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego;
4) naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy ewentualnie
5) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum
   do wyjaśnienia realności i wiarygodności deklaracji tego wykonawcy złożonej

w ofercie w zakresie 30-dniowego terminu wykonania dokumentacji projektowej, ewentualnie zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

6) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej.

Iwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, dokonania czynności badania i oceny złożonych ofert, dokonania czynności wykluczenia wykonawcy Konsorcjum
z postępowania, dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum
z postępowania, ewentualnego wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia treści dokumentów, oświadczeń i oferty w zakresie wskazanym w uzasadnieniu, oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, z uwzględnieniem procedury określonej w art. 24aa ust. 1 ustawy w odniesieniu do Odwołującego.
W uzasadnieniu podniesionych na wstępie odwołania zarzutów Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2018 roku o sygn. akt KIO 2288/18, jak również na materiał dowodowy, którym dysponuje Zamawiający.
Odwołujący zawarł uzasadnienie w odniesieniu do poszczególnych zarzutów oraz wskazał również argumentację prawną w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy wraz z przytoczeniem szeroko orzeczeń Izby.
Izba ustaliła:

Nazwa Odwołującego po terminie złożenia odwołania uległa zmianie i obecnie nazwa brzmi: ERBUD OPERATIONS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Jasionce

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2018 roku o sygn. akt KIO 2288/18 czytamy:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1.unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

1.2.wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elektromontaż Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, JTB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, GEO-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sanoku do wyjaśnienia lub uzupełnienia:

a)wykazu robót oraz dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia,

b)wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia oraz dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku potencjału kadrowego w zakresie dotyczącym kierownika budowy branży konstrukcyjno-budowlanej,

1.3.powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu wyżej wymienionego orzeczenia Izba wskazała:
(…) Pierwsza robota – wykonana na rzecz SP ZOZ w Myślenicach nie mieści się we wskazanym przez Zamawiającego okresie pięciu lat przed upływem terminu składania ofert.
Na podstawie art. 14 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego
i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (dalej Kc), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Wobec powyższego
do obliczenia terminu zastosowanie ma art. 112 Kc, zd. pierwsze - termin oznaczony
w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu
nie było – w ostatnim dniu tego miesiąca. Zastosowanie dyspozycji przytoczonego przepisu do stanu faktycznego sprawy prowadzi do wniosku, że skoro ostatnim dniem terminu jest dzień składania ofert, tj. 1 października 2018 r., to pierwszym dniem terminu jest
1 października 2013 r. Zadanie, którego realizacja zakończyła się 30 września 2013 r. wobec brzmienia warunku udziału w postępowaniu nie może zatem w sposób zgodny z SIWZ potwierdzać, że Przystępujący spełnił warunek wiedzy i doświadczenia.
W przypadku zadań zrealizowanych na rzecz Szpitala Specjalistycznego im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach oraz Szpitala Miejskiego w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o. Przystępujący nie wskazał powierzchni zabudowy obu budynków, w sposób zgodny z SIWZ. Z kolei w przypadku inwestycji na rzecz Domu Handlowego "CENTRUM" Sp. z o.o.,
o ile powierzchnia zabudowy została podana, to biorąc pod uwagę zakres zadania nie wiadomo jaka część powierzchni dotyczy nowo wykonanej części budynku.
Wątpliwości nie budzi natomiast inwestycja wskazana w punkcie czwartym, ale Zamawiający żądał, by wykonawcy wykazali się wykonaniem dwóch zadań spełniających określone
w SIWZ wymogi, zatem Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
Na potrzeby wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego Przystępujący wskazał opisane wyżej inwestycje nr 1 i 2, tj. zrealizowaną
na rzecz SP ZOZ w Myślenicach oraz na rzecz Szpitala Specjalistycznego im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach. Jak opisano wyżej, oba te zadania nie spełniały wymogów SIWZ – pierwsza w zakresie terminu realizacji, druga w zakresie powierzchni zabudowy budynku.
Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza
się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu
lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert,
lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Biorąc pod uwagę opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że omawiany zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp potwierdził się, z tym, że Zamawiający przed wyborem oferty Przystępującego nie przeprowadził w stosunku
do niego procedury uregulowanej w art. 26 ust. 3 Pzp,(…) Wobec powyższego, przed ewentualnym wykluczeniem Przystępującego z postępowania obowiązkiem Zamawiającego jest wezwać tego wykonawcę do odpowiedniego uzupełnienia lub wyjaśnienia wykazów oraz załączonych do nich dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania

warunków udziału. Dlatego, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba będąc związana zarzutami odwołania, ale nie będąc związana żądaniami w odwołaniu zawartymi uznała, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 22a ust. 1 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia potwierdził się, ale nie nakazała wykluczenia Przystępującego z postępowania, tylko orzekła jak w sentencji.
(…)
O ile potwierdziło się twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w należyty sposób, o tyle fakt ten nie oznacza automatycznie, że Przystępujący twierdząc, iż spełnia warunki wprowadził Zamawiającego
w błąd.
(…)
Odwołujący złożył 10 stycznia 2019 roku *Pismo Procesowe Odwołującego*
da. Wniosku o Przystępującego o odrzucenie odwołania z dnia 9 stycznia 2019 roku wnosząc o oddalenie wniosku uczestnik postępowania odwoławczego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy.

Zamawiający złożył na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego pismo z 11 stycznia 2019 roku *Pismo Zamawiającego Odpowiedź na odwołanie z 27.12.2018r.* wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3-6 ustawy,
Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Elektromontaż Rzeszów spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik), JTB spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, GEO-EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sanoku (uczestnik postępowania odwoławczego) złożyli
w trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego *Pismo Uczestnika Postępowania- wniosek o odrzucenie odwołania* z dnia 11 stycznia 2019 roku wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3, 4 i 6 ustawy.
W głoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego – pismo z dnia 31 grudnia 2018 roku – uczestnik postępowania odwoławczego wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy.

Uwzględniając dokumentację jak również biorąc pod uwagę oświadczenia
i stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione
w złożonych pismach i na posiedzeniu z udziałem ww., Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych.
Wskazać należy w tym miejscu, że Izba rozpoznając odwołanie zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy związana jest zarzutami odwołania, to oznacza, że jako podstawę orzekania Izba może brać jedynie zarzuty wskazane w odwołaniu. Izba nie poddaje pod rozpoznanie naruszeń, którym może być obarczone postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego lecz które to naruszenia nie zostały podniesione na odpowiednim etapie postępowania jak również, które nie wybrzmiały w odwołaniu. Izba nie jest organem kontrolnym ani innym organem, który poddaje postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sprawdzeniu (kontroli).

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

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej informacje stanowiące podstawę uzasadnienia faktycznego postawionych zarzutów wniesionego 27 grudnia 2018 roku odwołania formułowane mogły być przez Odwołującego od dnia 30 października 2018 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 przyśpieszyć 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). 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. Określone ustawą terminy na wniesienie odwołania od czynności bądź zaniechań Zamawiającego mają charakter terminów stanowczych (prekluzyjnych), niepodlegających przywróceniu w żadnym wypadku. (porównaj: Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2017 roku sygn. akt KIO 2024/17; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2017 roku sygn. akt KIO 1051/17).
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.” .
W ocenie Izby zarzuty jakie w odwołaniu postawił Odwołujący są spóźnione, bowiem są to zarzuty, które mógł zgłosić w

odwołaniu wniesionym w dniu 5 listopada 2018 roku, w którym kwestionował wybór oferty uczestnika postępoania odwoławczego i wskazywał na *naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elektromontaż Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, JTB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, GEO-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sanoku (dalej Przystępujący) mimo, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawili informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu, oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 22a ust. 1 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (dalej Rozporządzenie) przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania mimo, że nie złożył*
on prawidłowych dokumentów i nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.
Zaznaczyć należy, że w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2018 roku Zamawiający pismem z dnia 17 grudnia 2018 roku wezwał uczestnika postępowania *„do złożenia wyjaśnienia lub uzupełnienia: /a/ wykazu robót oraz dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia, /b/ wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia oraz dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków potencjały kadrowego w zakresie dotyczącym kierownika budowy branży konstrukcyjno – budowlanej, - a to wszystko zgodnie*
z załączonym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, który jest integralną częścią niniejszego wezwania.
W szczególności zaś – mając na względzie w/w wyrok Krajowej Izby Odwoławczej – Zamawiający wzywa do wyjaśnienia lub uzupełnienia:

1. *wykazu robót budowlanych: zgodnie z zapisami Rozdziału 6 pkt 6.2.3. ppkt 1) SIWZ: „zdolność techniczna lub zawodowa" SP ZOZ w Lesku wzywa Wykonawcę do:*
   a) *W przypadku zadań realizowanych na rzecz Szpitala Specjalistycznego im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach należy wskazać powierzchnię zabudowy budynku wykonywanego w ramach wskazanej w wykazie inwestycji /powierzchnię objętą inwestycją/, w sposób zgodny z SWIZ,*
   b) *W przypadku zadań realizowanych na rzecz Szpitala Miejskiego w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o. należy wskazać powierzchnię zabudowy budynku wykonywanego w ramach wskazanej w wykazie roboty /powierzchnię objętą inwestycją/, w sposób zgodny z SWIZ,*
   c) *W przypadku zadań realizowanych na rzecz Domu Handlowego „Centrum" Sp. z o.o. w Częstochowie należy wskazać jaką część powierzchni zabudowy obejmowały prace wykonane w ramach inwestycji ujętej w wykazie robót (nowo wybudowana część budynku),*

Zamawiający wskazuje jednocześnie, że Wezwany ma prawo uzupełnić wykaz o w/w. dane potwierdzające, że pierwotnie wskazane w wykazie roboty spełniają warunek udziału
w postępowaniu lub przedstawić nowe inwestycje wykazujące warunek udziału
w postępowaniu.
Wykaz osób: zgodnie z zapisami Rozdziału 6 pkt 6.2.3. ppkt 2) SIWZ: „potencjał kadrowy". W przypadku osoby wskazanej w pozycji czwartej (doświadczenie) wykazu osób z dnia 25.10.2018r. należy uzupełnić wykaz osób o precyzyjną informację o powierzchni zabudowy budynku objętego inwestycją realizowaną pod kierownictwem wskazanego przez Zamawiającego kierownika budowy branży konstrukcyjno-budowlanej przy zadaniu na rzecz Szpitala Specjalistycznego im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach,
Zamawiający wskazuje jednocześnie, że Wezwany ma prawo uzupełnić wykaz o w/w. dane potwierdzające, że pierwotnie wskazana w wykazie osoba spełnia warunek udziału
w postępowaniu lub przedstawić nową osobę spełniającą warunek udziału
w postępowaniu.
Podkreślić należy w tym miejscu, że wezwanie Zamawiającego z dnia 17 grudnia 2018 roku odzwierciedlało wyrok Izby z dnia 21 listopada 2018 roku i stanowiło wykonanie tego wyroku zgodnie z jego sentencją jak również szczegółowo odnosiło się do informacji jakie zostały przez Izbę wskazane w uzasadnieniu orzeczenia.
Należy również zaznaczyć, że wyrok Izby z dnia 21 listopada 2018 roku nie został zaskarżony przez Odwołującego.
Izba zaznacza również, że Odwołujący nie kwestionował postanowień wezwania z dnia 17 grudnia 2018 roku, w tym w szczególności regulacji Zamawiającego dotyczącej możliwości przedstawienia przez wykonawcę wezwanego do „wyjaśnienia lub uzupełnienia" możliwości przedstawienia przez tego wykonawcę wykazu inwestycji lub wskazania nowej osoby
w wykazie osób. Odwołujący wskazywał na zaniechanie wezwania uczestnika postępowania odwoławczego do złożenia wyjaśnień, jednakże zakres w jakim te wyjaśnienia winny być
w ocenie Odwołującego składane nie odnosił się do tych jakie Izba podała w wyroku z dnia 21 listopada 2018 roku, oraz które zostały przez uczestnika zawarte w złożonych dokumentach. Uczestnik postępowania w odpowiedzi na wezwanie, zgodnie z treścią wezwania przedstawił Wykaz robót budowlanych, który zawierał trzy inwestycje, które były również podane uprzednio w Wykazie robót budowlanych złożonych za pismem z dnia 26 października 2018 roku, czyli te same tj. dla *Szpitala Specjalistycznego im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach*oraz *Domu Handlowego „Centrum" Sp. z o.o. w Częstochowie* które to zostały uzupełnione o dane do uzupełnienia których wezwał Zamawiający;
jak również inwestycja *Fundacja Pomocy Kobietom EUROHELP w Częstochowie,* która
to inwestycja zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2018 roku nie budziła wątpliwości (*„Wątpliwości nie budzi natomiast inwestycja wskazana w punkcie czwartym";* w Wykazie robót budowlanych z dnia 24 września 2018 przekazanym Zamawiającemu w dniu 26 października 2018 roku inwestycja ta wskazana jest jako czwarta). Nadmienić należy w tym miejscu, że w trakcie posiedzenia z udziałem Stron
i uczestników postępowania odwoławczego sam Odwołujący oświadczył, że zakres informacji podanych w przypadku inwestycji, gdzie zgodnie z wyrokiem nastąpiło uzupełnienie informacji (dwie wymienione powyżej inwestycje), uległ zmianie jedynie
o te informacje, które były wymagane zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, tym samym
nie pojawiły się w Wykazie żadne nowe informacje poza wymaganymi wyrokiem, oraz
nie wskazał Odwołujący żadnych nowy inwestycji, które nie byłyby znane Odwołującemu przed dniem 5 listopada 2018 roku (tj. złożenia „pierwszego" odwołania). Tym samym

w odniesieniu do tych inwestycji (dwóch) nastąpiło wymagane przez Zamawiającego uzupełnienie danych, co jest zgodne z wyrokiem, który nakładał na wykonawcę wyjaśnienie lub uzupełnienie, natomiast trzecia inwestycja została ponownie przytoczona, która była już kwestionowana przez Odwołującego oraz zweryfikowana pozytywnie przez Izbę w wyroku
z 5 listopada 2018 roku.
W odniesieniu do inwestycji na rzecz *Szpitala Miejskiego w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o.* postawione zarzuty przez Odwołującego nie zostały przedstawione w terminie, w zasadzie zostały przedstawione w odniesieniu do inwestycji, która nie została wykazana w Wykazie robót budowlanych za pismem z 19 grudnia 2018 roku. Odwołujący podnosił zarzuty
do inwestycji, która nie była przedstawiona przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego
z dnia 17 grudnia 2018 roku. Izba zaznacza, że zgodnie z tym Wezwaniem Zamawiający uregulował, że *Wezwany ma prawo przedstawić nowe inwestycje wykazujące warunek udziału w postępowaniu.* Jednocześnie co należy podkreślić miał prawo wykonawca przedstawić „wyjaśnienia lub uzupełnienia". W odniesieniu do tego uregulowania Zamawiającego – niekwestionowanego przez Odwołującego – przedstawiony Wykaz robót budowlanych z 19 grudnia 2018 roku stanowi w zasadzie przedstawienie nowych inwestycji wykazujących warunek udziału w postępowaniu, a „nowość" ta polega na tym, że nie zostały podane w wykazie z 19 grudnia 2018 roku takie same inwestycje jak w uprzednio przedstawionym wykazie, nie została podana inwestycja na rzecz *Szpitala Miejskiego*
w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o.. Zamawiający wskazał wykonawcy zgodnie z wyrokiem Izby
z dnia 21 listopada 2018 roku możliwość „wyjaśnienia lub uzupełnienia", jednocześnie Izba nie znalazła podstawy do przyjęcia, że uczestnik postępowania odwoławczego mógł tylko wyjaśnić dane inwestycje w przedstawionym pierwotnie wykazie, bądź tylko uzupełnić Wykaz wykonanych robót. Fakt nieprzedstawienia w wykazie z dnia 19 grudnia 2018 roku ww. inwestycji powoduje, że nie ma jej w tym Wykazie i nie podlega ona ocenie – co zgodne jest z nakazanym wykonawcy działaniem jakie zostało określone w wezwaniu do przedstawienia Wykazu. Przedstawianie na tym etapie postępowania zarzutów do inwestycji podanej
w Wykazie wykonanych robót roboty, a która nie została podana w Wykazie uzupełnionym zgodnie z wyrokiem Izby z 21 listopada 2018 roku jest spóźnione.
Podnoszenie zarzutów w odniesieniu do wskazanych w Wykazie robót inwestycji, które
to zarzuty nie dotyczą w żadnej mierze informacji uzupełnionych w dwóch wskazanych inwestycjach, a odnoszą się tak jak w przypadku trzeciej inwestycji do znanych wykonawcy informacji zawartych w Wykazie przed pierwszym odwołaniem są zarzutami spóźnionymi. Odwołujący nie kwestionuje informacji nowych, tych wcześniej nieznanych lecz przedstawia argumentację faktyczną, której nie ujawnił na wcześniejszym etapie postępowania czyli przy pierwszym odwołaniu. W ocenie Izby każdy z zarzutów referujących do oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w oparciu o przedstawiony Wykaz wykonanych robót budowlanych mając na uwadze jego uzasadnienie faktyczne jest spóźniony.
Zarzutami spóźnionymi są również zarzuty odnoszące się do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do podanego potencjału kadrowego, bowiem wykonawca uzupełnił zgodnie z Wezwaniem informację dotyczącą powierzchni zabudowy budynku objętego inwestycją dotyczącą *Szpitala Specjalistycznego im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach.* Zarzuty natomiast dotyczą innych okoliczności, które nie pojawiły się w wyniku uzupełnienia informacji, a które należało formułować po dokonaniu pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 30 października 2018 roku, a które nie były podnoszone przez Odwołującego na etapie odwołania z dnia 5 listopada 2018 roku.
Podkreślić należy, co ma uzasadnienie dla wcześniej poczynionych wywodów w zakresie wykazania warunków odnoszących się do posiadanej wiedzy i doświadczenia jak i potencjału kadrowego, że powzięcie przez wykonawcę „jakiś" informacji po upływie terminu
na wniesienie odwołania nie przywraca temu wykonawcy terminu na wniesienie odwołania. Terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi, a ich dochowanie ma kluczowane znaczenie dla kwestionowania decyzji Zamawiającego. Z drugiej strony, tak przyjęte przez prawodawcę terminy na wniesienie odwołania (w tym przypadku 5 dni od czynności Zamawiającego) oraz ich zawity charakter mają na celu sprawne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynajdywanie kolejnych zarzutów, w odniesieniu
do tych samych informacji zawartych w dokumentach, w wyniku niezadawalającego wyniku postępowania Zamawiającego mogłoby doprowadzić do paraliżu postępowań o udzielnie zamówienia publicznego, dlatego też, aby Zamawiający mogli udzielać zamówień,
a wykonawcy kwestionować ich decyzje ustawodawca określił terminy na te czynności jak również przewidział ustawowe przesłanki odrzucenia odwołania, gdy podmiot składający odwołanie działa w sposób niemieszczący się w regulacjach ustawowych. Jako zasadną należy również ocenić przedstawioną w tym zakresie argumentację Zamawiającego jak
i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawioną na posiedzeniu jak i w pismach procesowych.
Wydaje się bardzo dobrym zobrazowaniem tego problemu odniesienie do wnoszenia odwołania przez wykonawców co do postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), bowiem po upływie terminu na wniesienie odwołania,
co do postanowień SIWZ możliwe jest jeszcze skuteczne wniesienie odwołania
w ustawowym terminie jedynie co do treści SIWZ zmienionych. W odniesieniu do tego co nie zostało w SWIZ zmienione, jest takie samo, nie może być skutecznie kwestionowane po upływie terminu na wniesienie odwołania od postanowień SIWZ.
Spóźniony jest również zarzut zaniechanie wezwania uczestnika postępowania odwoławczego do wyjaśnienia realności i wiarygodności deklaracji tego wykonawcy złożonej w ofercie w zakresie 30-dniowego terminu wykonania dokumentacji projektowej, ewentualnie zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Podkreślenia wymaga, że dane te zostały przedstawione przez wykonawcę
w ofercie, tym samym były znane Odwołującemu już na etapie składania pierwszego
z odwołań z dnia 5 listopada 2018 roku. Izba uznała, że zarzut w tym zakresie jest również zarzutem spóźnionym, jednocześnie stanowi w ocenie Izby przykład, który urealnia przedstawioną powyżej i poniżej argumentację prawną.
Izba podziela stanowisko wyrażone orzeczeniu z dnia 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*. Również w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2009 r. sygn. akt KIO 490/09 stwierdzono: *Fakt powtarzania pewnych czynności przez zamawiającego jest bez znaczenia – okoliczności stanowiące o podstawach ewentualnego odrzucenia w niniejszym postępowaniu pozostają niezmienione, a informację o ich wystąpieniu można było uzyskać po dniu pierwszego wyboru oferty. Na poparcie powyższego wskazać należy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.04.2006 r., V Ca 56/06,*

w którym Sąd wyłożył zasadę koncentracji środków odwoławczych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz jej konsekwencje". Izba wskazuje, że poglądy będące podstawą tego orzeczenia znajdują odzwierciedlenie zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak również
w orzeczeniach sądów powszechnych (porównaj: 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 podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy podlega odrzuceniu odwołanie, w którym odwołujący powołuje się wyłączenie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygania przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. W oparciu o art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy odwołanie podlega odrzuceniu, gdy odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający dokonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub Sądu (…).

W wcześniejszej części uzasadnienia, zarówno w ustaleniach Izby jak i uzasadnieniu podstawy odrzucenia odwołania przez Izbę na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy przytoczone zostały zarówno zarzuty odwołania z dnia 5 listopada 2018 roku, jak również sentencja orzeczenia sygn. akt KIO 2288/18 z dnia 21 listopada 2018 roku oraz treść Wezwania do wyjaśnienia i uzupełniani dokumentów z dnia 17 grudnia 2018 roku.

W ocenie Izby Zamawiający dokonał czynności zgodnie z wyrokiem z dnia 21 listopada 2018 roku, pokreślić bowiem należy, że w orzeczeniu Izba alternatywnie nakazała Zamawiającemu „wyjaśnienie lub uzupełnienie". Zamawiający wezwał wykonawcę
do wyjaśnienia lub uzupełnienia jednocześnie wskazując za wyrokiem Izby zakres uzupełnienia informacji jakie miały zostać podane, a które w ocenie Izby były niezbędne
do dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W zakresie wykonania czynności przez Zamawiającego zgodnie z wyrokiem Izby, aktualna w tym miejscu pozostaje również argumentacja faktyczna przeprowadzona przez Izbę i wskazana w uzasadnieniu stanowiska Izby wypełnienia przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Z podjętych przez Zamawiającego czynności, o czym mowa w Wezwaniu, wynika jednoznacznie, że Zamawiający dokonał czynności zgodnie treścią wyroku z 21 listopada 2018 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2288/18.

Odwołujący, składając odwołanie z dnia 21 listopada 2018 roku powołuje również na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego Odwołującego rozpoznanego pod sygnaturą akt KIO 2288/18. Argumentacja podnoszona w zakresie inwestycji na rzecz *Szpitala Miejskiego w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o.* w zakresie powierzchni zabudowy budynku wskazanej w Wykazie robót budowlanych dotyczy tych samych okoliczności, które stanowiły już przedmiot rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. Podkreślić należy,
że w rozpoznawanej wcześniej sprawie Izba uznała za niezasadny, niepotwierdzony zarzut naruszenia *art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego mimo, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału*
w postępowaniu oraz w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu. W tym miejscu podkreślić należy, że rozstrzygnięcie wcześniejszego odwołania wniesionego w tym samym postępowaniu przez tego samego odwołującego ma charakter rzeczy osądzonej, tym samym nie może być taki zarzut rozpoznawany ponownie w tej samej instancji.

Izba wskazuje, że również w odniesieniu do inwestycji *Fundacja Pomocy Kobietom EUROHELP w Częstochowie*, która to inwestycja zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2018 roku nie budziła wątpliwości („*Wątpliwości nie budzi natomiast inwestycja wskazana w punkcie czwartym"* w Wykazie robót budowlanych z dnia 24 września 2018 przekazanym Zamawiającemu w dniu 26 października 2018 roku inwestycja ta wskazana jest jako czwarta) tym samym w zakresie tej inwestycji orzeczenie
z 21 listopada 2018 roku, które nie zostało zaskarżone stało się prawomocne. W tym zakresie ponownie mamy do czynienia ze stanem rzeczy osądzonym.

Podkreślenia wymaga również, że Izba w orzeczeniu z 21 listopada 2018 roku uznała
za niezasadny, niepotwierdzony zarzut naruszenia *art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego (*cytat z wyroku powyżej), tym samym zarzuty
w odniesieniu do poszczególnych wskazanych inwestycji budowlanych jak również potencjału kadrowego – o ile nie były spóźnione – nie mogą podlegać rozpoznaniu Izby
z uwagi na to, że wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 2288/18 stał się prawomocny,
a to powoduje, że Izba nie może orzekać dwukrotnie w zakresie podnoszonych okoliczności.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 z 2018 r. poz. 972)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……