

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 1 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Członkowie: Katarzyna Poprawa

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 1 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie i TRACK TEC Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu i INTOP Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie i TRACK TEC Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie i TRACK TEC Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 51 zł 00 gr (słownie: pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem opłat skarbowych od pełnomocnictw i kwotę 69 zł 10 gr (słownie: sześćdziesiąt dziewięć złotych dziesięć groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie.

2.2. Zasądza od odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie i TRACK TEC Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 720 zł 10 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia złotych dziesięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „na realizację robót

budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizację robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróży na odcinku Katowice Szopienice Płd. – Katowice – Katowice Piotrowice w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na odcinku Będzin – Katowice Szopienice Płd. – Katowice – Katowice Piotrowice”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 lutego 2022 r., pod numerem 2022/S 032-083025.

W dniu 16 lutego 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie i TRACK TEC Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zwani dalej „Odwołującym” lub „Konsorcjum ZUE”, wnieśli odwołanie odniezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego polegających na:

- a) zaniechaniu przez Zamawiającego unieważnienia postępowania, ewentualnie,
- b) zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu i INTOP Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwanymi dalej „Konsorcjum TORPOL”) i w konsekwencji uznania ich oferty za najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 5 ustawy PZP w zw. z art. 705 § 1 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 74 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez to, że po dokonanych wyborze w dniu 9 stycznia 2024 r. Zamawiający bezprawnie nie przekazał Odwołującemu, mimo jego wniosku, pisma złożonego przez wykonawcę TORPOL w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co miało bezpośredni wpływ na możliwość oceny zachowania Zamawiającego w postępowaniu, a tym samym złożenia (w tym skonstruowania w braku informacji, jakie Zamawiający winien był przekazać Odwołującemu) przez Odwołującego skutecznego odwołania na dokonany wybór i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum TORPOL, co w konsekwencji powoduje, iż w postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przedmiotowe zaniechanie Zamawiającego wpłynęło na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zarzut nr 1).

Ewentualnie, na wypadek gdyby Izba uznała, że nie ma podstawy do unieważnienia postępowania, Odwołujący sformułował dodatkowo 3 zarzuty dotyczące naruszenia:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum TORPOL i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, gdy wobec członka Konsorcjum – wykonawcy TORPOL wydano w dniu 8 listopada 2023 r. ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska (decyzja GIOŚ), a decyzją tą wymierzono karę pieniężną w wysokości 500 tysięcy złotych, które to informacje wynikają z pisma nieprzekazanego Odwołującemu przez Zamawiającego (zarzut nr 2),
- 2) art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum TORPOL i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, gdy Konsorcjum w świetle wydania ostatecznej decyzji GIOŚ z dnia 8 listopada 2023 r. w wyniku co najmniej niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, w tym dalej przynajmniej do dnia ich wyboru nie zmieniło swojej odpowiedzi na pytanie ujęte w SWZ (skorelowane z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP), a dopiero z datą 13 grudnia 2023 r. (a więc miesiąc po otrzymaniu ww. decyzji administracyjnej) poinformowało o tym, że taka decyzja została wobec nich wydana, Zamawiającego, co też powoduje, że Zamawiający w decydującym momencie, gdy mógł nastąpić wybór był w błędzie, a tym samym spełniona jest przesłanka, że „mogło to mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia” (zarzut nr 3),
- 3) art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum TORPOL i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego Konsorcjum w sytuacji, gdy Konsorcjum w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, ewentualnie którzy zataili informacje z tym związane, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, w tym w związku z brakiem zmiany odpowiedzi na pytanie zadane w JEDZ, a skorelowane z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, a z drugiej strony przez

brak informowania przez okres miesiąca o wydaniu wobec wykonawcy TORPOL opisanej decyzji GIOŚ (zarzut nr 4, ewentualny wobec zarzutu nr 3).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 9 stycznia 2024 r., którą to czynnością za najkorzystniejszą uznano ofertę Konsorcjum TORPOL,

2) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ewentualnie dokonania ponownej oceny ofert, w tym wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum TORPOL, a w konsekwencji odrzucenia ich oferty.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

Uzasadniając dochowanie terminu na wniesienie odwołania Odwołujący wskazał, że dopiero w dniu 6 lutego 2024 r. Zamawiający w piśmie procesowym zatytułowanym „odpowiedź na odwołanie” złożonym w sprawie odwoławczej prowadzonej pod sygn. akt KIO 206/24, pomimo złożonego wcześniej przez Odwołującego wniosku o udostępnienie dokumentacji postępowania, przekazał Odwołującemu pismo wykonawcy TORPOL z dnia 13 grudnia 2023 r. odnoszące się do kluczowych okoliczności z punktu widzenia zasadności oceny postępowania Zamawiającego. Spowodowało to, że dopiero w dniu 6 lutego 2024 r. Odwołujący dowiedział się o tym, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, albowiem doszło do tego, że przedmiotowe zaniechanie Zamawiającego wpłynęło na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji tego dnia Odwołujący dowiedział się, że konsorcjum TORPOL nie dokonało wymaganego samooczyszczenia (gdyż jego zdaniem pismo wykonawcy TORPOL z dnia 13 grudnia 2023 r., pomimo pozorów tego stanu rzeczy, nie może być uznane za skuteczne samooczyszczenie), jak i uzyskał informacje, które powinien mieć już w dacie 10 stycznia 2024 r., tj. o tym, iż w dniu 8 listopada 2023 r. została wydana decyzja przez organ II stopnia. Odwołujący podniósł także, że informacje te, gdyby wówczas Zamawiający mu je przekazał, pozwoliłyby mu na skonstruowanie skutecznego zarzutu w postępowaniu odwoławczym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wszechstronna analiza przesłanek formalnych warunkujących prowadzenie postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie prowadzi do wniosku, że odwołanie złożone przez Konsorcjum ZUE w dniu 16 lutego 2024 r. podlega odrzuceniu i to z trzech niezależnych od siebie przyczyn.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy PZP Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Ponadto w myśl art. 528 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;

Pierwsza podstawa dotyczy wniesienia odwołania po upływie terminu określonego w ustawie PZP. Na wstępie Izba zauważa, że Odwołujący w swoim środku ochrony prawnej nie wskazał przepisu ustawy PZP, według którego należy liczyć początek biegu terminu do wniesienia odwołania w niniejszej sprawie. Wskazał jedynie czynności Zamawiającego, co do których zarzuca mu naruszenie przepisów ustawy PZP. Zaskarżonymi czynnościami są po pierwsze zaniechanie unieważnienia postępowania, a po drugie zaniechanie wykluczenia Konsorcjum TORPOL z postępowania i w konsekwencji uznanie oferty złożonej przez to Konsorcjum za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

W tym miejscu Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący nie zaskarżył w ogóle odwołaniem czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu przekazania mu zgodnie z jego wnioskiem całej, kompletnej dokumentacji postępowania, co nie nastąpiło w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro więc Odwołujący termin do wniesienia odwołania wywodził z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy PZP, to nie zaskarżył w ogóle w odwołaniu zaniechania czynności, co do której istniał obowiązek informacyjny po stronie Zamawiającego, a o którym – według własnych twierdzeń – dowiedział się w dniu 6 lutego 2024 r. w toku postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 206/24. Zaskarżone zostały jedynie zaniechanie unieważnienia postępowania oraz zaniechanie wykluczenia Konsorcjum TORPOL z postępowania oraz uznanie oferty złożonej przez to Konsorcjum za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, czyli takie zaniechania czynności i czynności Zamawiającego, o których informację Odwołujący powziął w dniu 9 stycznia 2024 r. W takiej sytuacji należy uznać, że odwołanie jest wniesione po upływie terminu wynikającego z art. 515

ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy PZP.

Natomiast jeśli termin do wniesienia odwołania Odwołujący wywodził z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP, czyli od dnia w którym powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, to na wstępie należy stwierdzić, że przepis ten znajduje zastosowanie jedynie do takich czynności Zamawiającego zaskarżalnych odwołaniem, co do których nie ma on obowiązku informować wykonawców oraz do czynności objętych obowiązkiem informacyjnym Zamawiającego, gdy z jakichś względów Zamawiający nie realizuje tego obowiązku. Z racji tego, że Odwołujący w złożonym odwołaniu zaskarżył jedynie zaniechanie czynności unieważnienia postępowania i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum TORPOL z postępowania i w konsekwencji uznanie oferty złożonej przez to Konsorcjum za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, to nie mógł wywieść terminu do wniesienia odwołania z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP, albowiem były to zaniechania czynności, o których Odwołujący dowiedział się najpóźniej w dniu 9 stycznia 2024 r., kiedy Zamawiający wypełniając swój obowiązek informacyjny powiadomił wszystkich wykonawców biorących udział w przetargu o wynikach postępowania. Z kolei wywodzenie nowego terminu do wniesienia kolejnego odwołania na te same czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego w postępowaniu od daty dowiedzenia się o nowym dowodzie, czyli w tym przypadku od dnia 6 lutego 2024 r., kiedy to Konsorcjum ZUE miało powziąć wiadomość o treści wyjaśnień wykonawcy TORPOL z dnia 13 grudnia 2023 r. i zawartych w nich informacjach na temat wydania przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska decyzji zmniejszającej wymiar kary administracyjnej za naruszenie przepisów z zakresu ochrony środowiska, jest nieuprawnione. Izba wskazuje, że zezwolenie wykonawcom na dalsze kwestionowanie czynności instytucji zamawiających podjętych w przetargach wiele tygodni czy miesięcy po dacie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tylko z powodu ujawnienia się nowych faktów czy dowodów, prowadziłoby do blokowania zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą a tym samym do paraliżu takich postępowań. Sytuację taką na gruncie polskiego prawa zamówień publicznych należy uznać za niedopuszczalną, albowiem umożliwienie przedsiębiorcom wnoszenia kolejnych odwołań na czynności Zamawiających na podstawie nowo pozyskanych dowodów byłoby tożsame ze wznowieniem postępowania, czyli z instytucją co prawda uregulowaną w różnych gałęziach prawa, ale nieznaną ustawie PZP.

Niezależnie od powyższego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołanie – jako wniesione po terminie – podlega odrzuceniu również z tego powodu, że Odwołujący wiedzę o wyjaśnieniach wykonawcy TORPOL z dnia 13 grudnia 2023 r. i okolicznościach, na których oparł swoje kolejne odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, powziął już w dniu 15 grudnia 2023 r. Odwołujący w swoim środku ochrony prawnej twierdził, że wiedzę o dokumencie wykonawcy TORPOL posiadał dopiero w dniu 6 lutego 2024 r. z odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 206/24, do której zostały załączone przez Zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy TORPOL i że dopiero dzięki tej informacji mógł prawidłowo skonstruować zarzuty odwołania w niniejszej sprawie.

Z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie w tej sprawie wynika natomiast, że pełną wiedzę na temat stanu faktycznego, który legł u podstaw jego kolejnego odwołania w tym samym postępowaniu przetargowym, Odwołujący pozyskał już w dniu 15 grudnia 2023 r. z innego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego z udziałem wykonawcy TORPOL i Odwołującego i że przy okazji czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 9 stycznia 2024 r. Odwołujący mógł już podnosić zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Konsorcjum TORPOL z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez to Konsorcjum, z racji wydania ostatecznej decyzji administracyjnej przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, mocą której na wykonawcę TORPOL nałożono administracyjną karę finansową za naruszenie przepisów z zakresu ochrony środowiska. Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył dokumenty pochodzące z postępowań:

– „Zaprojektowanie i wykonanie robót pn. Odcinek B – roboty budowlane na linii kolejowej nr 201 odc. Somonino – Gdańsk Osowa w ramach projektu "Prace na odcinku Kościerzyna - Gdynia" wraz z elektryfikacją linii kolejowej nr 229w ramach projektu „Prace na odcinku Glinicz – Kartuzy – faza II”, tj. formularz oferty wykonawcy TORPOL, JEDZ, pismo wykonawcy TORPOL z dnia 13 grudnia 2023 r. oraz zrzut ekranu z platformy zakupowej potwierdzający czynność udostępnienia Konsorcjum ZUE dokumentów w tym postępowaniu (numer referencyjny: 9090/IRZR1/13340/03590/23/P),

– „Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK) i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 104 na odcinku C2 stacja Limanowa w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz, na odc. Chabówka - Rabka Zaryte - Mszana Dolna oraz Limanowa - Klęczany - Nowy Sącz”, tj. formularz oferty wykonawcy TORPOL, JEDZ, pismo wykonawcy TORPOL z dnia 13 grudnia 2023 r. oraz zrzut ekranu z platformy zakupowej potwierdzający czynność udostępnienia Konsorcjum ZUE dokumentów w tym postępowaniu (numer referencyjny: 9090/IRZR1/18868/04806/23/P)

W ocenie Izby dokumenty złożone przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie potwierdzają, że

Konsorcjum ZUE już w dniu 15 grudnia 2023 r. było w posiadaniu wyjaśnień wykonawcy TORPOL, w których wykonawca ten opisał dalszy bieg postępowania administracyjnego, w którym została nałożona na niego kara administracyjna za naruszenie przepisów z zakresu ochrony środowiska i że po jego odwołaniu organ II instancji zmniejszył wymiar tej kary, w tym że wystąpił na drogę sądownoadministracyjną i wniósł o wstrzymanie wykonania nałożonej kary. Twierdzenia Odwołującego, że pomimo posiadania dokumentacji dotyczącej jego konkurenta przesłanej mu przez Zamawiającego w innych postępowaniach nie zapoznawał się dokładnie z jej treścią, biorąc pod uwagę realia funkcjonowania rynku zamówień publicznych w Polsce i wysoki poziom staranności wykonawców, Izba uznaje za niewiarygodne. Nie sposób bowiem racjonalnie zakładać, że chociaż Odwołujący wszedł w posiadanie oferty i innych dokumentów złożonych przez jego konkurenta w postępowaniach o udzielenie zamówienia dotyczących inwestycji na liniach kolejowych nr 229 i nr 104, to że przez okres wielu tygodni nawet nie sprawdził, jakie konkretnie dokumenty przekazał mu Zamawiający, czy są one kompletne, tylko z ich sprawdzeniem czekał na dalsze czynności Zamawiającego w postępowaniu. Praktyka rynku zamówień publicznych wskazuje na to, że wykonawcy bardzo aktywnie i wnikliwie weryfikują wszelkie dokumenty dotyczące innych przedsiębiorców działających w tym samym segmencie rynku i bardzo często sygnalizują instytucjom zamawiającym wykryte nieprawidłowości w ofertach, aby jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej doprowadzić do wykluczenia konkurencyjnych firm z postępowania lub odrzucenia ich ofert. Dlatego też za niewiarygodne Izba uznała twierdzenia Konsorcjum ZUE, że nie sprawdzał dokumentów wykonawcy TORPOL, które w 2 innych postępowaniach przekazał mu Zamawiający, gdyż rzekomo na tamtym etapie postępowań nie miał interesu i potrzeby aby te dokumenty weryfikować.

Ponadto Izba ustaliła, że Konsorcjum ZUE w dniu 19 stycznia 2024 r. wniosło już odwołanie w tym samym postępowaniu przetargowym od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum TORPOL i zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu tego Konsorcjum, a w konsekwencji odrzucenia oferty Konsorcjum, natomiast ewentualnie zaniechania wezwania do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Konsorcjum ZUE zarzuciło wówczas Zamawiającemu naruszenie m. in. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum TORPOL i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tych wykonawców w sytuacji, gdy wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum w wyniku co najmniej niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a co miało istotny wpływ na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej (zarzut nr 1 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 206/24).

Ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 Odwołujący sformułował 3 zarzuty ewentualne dotyczące naruszenia:

1) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum TORPOL i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego Konsorcjum w sytuacji, gdy wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, ewentualnie którzy zataili informacje z tym związane, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,

2) art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum TORPOL i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wchodzących w skład tego Konsorcjum w sytuacji, gdy wykonawca TORPOL z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu / zakresie nienależycie wykonał / długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania (kar umownych), a przy tym wykonawcy ci nie dokonali czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy PZP,

3) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum TORPOL i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tych wykonawców w sytuacji, gdy wykonawca TORPOL naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, a decyzją tą wymierzono karę pieniężną, a przy tym wykonawcy ci nie dokonali czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy PZP.

W dniu 12 lutego 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 206/24, w którym oddaliła odwołanie, a kosztami postępowania odwoławczego obciążyła Odwołującego – Konsorcjum ZUE. Na str. 19 uzasadnienia wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że, „W zakresie kary administracyjnej nałożonej na TORPOL

S.A. Izba wskazuje, że jako związana zarzutami może rozpoznać zarzut z uwzględnieniem podstaw faktycznych zawartych w odwołaniu. Odwołujący oparł swoje stanowisko na decyzji organu I instancji, od którego wykonawcy przysługiwali odwołanie do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska. W okolicznościach sprawy niewątpliwie jest również, że Przystępujący wbrew twierdzeniom Odwołującego nie zataił faktu ukarania go za naruszenie przepisów dotyczących ochrony środowiska, przy czym z własnej inicjatywy złożył wyjaśnienia dopiero po uzyskaniu decyzji organu II instancji (GIOŚ). Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że w granicach podstaw faktycznych w stosunku do Przystępującego nie zostały wypełnione przesłanki żadnego z przepisów przytoczonych w zarzutach nr 1 – 4 odwołania”.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że art. 528 pkt 4 ustawy PZP nakazuje Izbie odrzucić odwołanie w razie stwierdzenia, że Odwołujący powołał się w odwołaniu wyłącznie na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. Hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 528 pkt 4 ustawy PZP powinna zostać odczytana w ten sposób, iż przez wyrażenie „odwołujący powołuje się na te same okoliczności” należy rozumieć okoliczności prawne i faktyczne, w tym w szczególności zarzuty (naruszenia określonych przepisów ustawy), podstawy faktyczne zarzutów (czynność bądź zaniechanie zamawiającego) oraz sformułowane na ich poparcie uzasadnienie faktyczne i prawne [tak: P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2021, komentarz do art. 528 ustawy, teza 2, pkt 4]. Porównując opisy zarzutów odwołań wniesionych w sprawie o sygn. akt KIO 206/24 i w niniejszej sprawie, przy uwzględnieniu uzasadnień zarzutów, Izba zauważa, że:

1) zarzut nr 2 odwołania w niniejszej sprawie odpowiada treściowo zarzutowi nr 4 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 206/24, albowiem dotyczy on naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum TORPOL i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tych wykonawców w sytuacji, gdy wobec wykonawcy TORPOL wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska,

2) zarzut nr 3 odwołania w niniejszej sprawie odpowiada treściowo zarzutowi nr 1 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 206/24, albowiem dotyczy on naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum TORPOL i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tych wykonawców w sytuacji, gdy wykonawcy ci w wyniku co najmniej niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a co miało istotny wpływ na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej,

3) zarzut nr 4 odwołania w niniejszej sprawie odpowiada treściowo zarzutowi nr 2 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 206/24, albowiem dotyczył on naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum TORPOL i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tych wykonawców w sytuacji, gdy wykonawcy ci w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, ewentualnie którzy zataili informacje z tym związane, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Porównanie wyżej wymienionych zarzutów obu odwołań oraz uzasadnień wskazuje na to, że w gruncie rzeczy są one takie same i zasadzają się one na wydaniu wobec wykonawcy TORPOL decyzji administracyjnej przez organ ochrony środowiska, na podstawie której nałożona została na tego wykonawcę kara administracyjna za naruszenie obowiązków w zakresie ochrony środowiska. O ile zarzuty odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 206/24 Konsorcjum ZUE wywodziło z faktu wydania decyzji przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska działającego jako organ I instancji, o tyle w obecnie złożonym odwołaniu Konsorcjum ZUE odnosi się do decyzji ostatecznej organu drugoinstancyjnego, tj. Głównego Inspektora Ochrony Środowiska. Choć Konsorcjum ZUE zmieniło tylko kolejność zarzutów odwołania i uszczegółowiło ich treść o okoliczności związane z faktem wydania decyzji ostatecznej przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, to jednakże rdzeń zarzutów odwołań dalej jest taki sam i dalej chodzi o te same okoliczności – Odwołujący dąży do wykluczenia swojego konkurenta z postępowania i odrzucenia jego oferty z powodu naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz przedstawienia Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, w tym w odniesieniu do podstaw wykluczenia z postępowania. W ocenie Izby nowymi okolicznościami w postępowaniu, które uzasadniałyby postawienie tożsamyh zarzutów odwołania, nie mogą być uznane ani sam fakt wydania decyzji przez organ II instancji, ani pozyskanie nowego dowodu w postaci pisma wykonawcy TORPOL z dnia 13 grudnia 2023 r. Nie może być mowy o nowych okolicznościach w postępowaniu skoro Odwołujący nadal akcentuje w kolejnym odwołaniu fakt nałożenia kary administracyjnej na wykonawcę TORPOL za

naruszenie przepisów z zakresu ochrony środowiska, a przy tym podnosi, że Zamawiający został wprowadzony w błąd przez tego wykonawcę przy przedstawianiu informacji mających znaczenie dla rozstrzygnięcia przetargu. Nie są to nowe okoliczności tylko okoliczności identyczne z tymi stanowiącymi podstawę faktyczną zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 206/24. W ocenie Izby za niedopuszczalną należy uznać sytuację wniesienia kolejnego odwołania w tym samym postępowaniu z powołaniem się znowu na te same okoliczności faktyczne, co w uprzednio wniesionym odwołaniu. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania skutkowałoby nie akceptowalnym na gruncie prawa zamówień publicznych powtórny rozpoznaniem takich samych zarzutów odwołania i wydaniem kolejnego orzeczenia w sprawie, choć w wyroku z dnia 12 lutego 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza przesądziła już, że wykonawca TORPOL niezataił faktu ukarania go za naruszenie przepisów dotyczących ochrony środowiska, a w konsekwencji, że nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Dlatego wobec ustalenia, że w niniejszej sprawie odwołanie zostało wniesione po ustawowym terminie, jak również wobec stwierdzenia, że dotyczy ono tych samych okoliczności odnoszących się do wydania przez organ ochrony środowiska decyzji nakładającej na wykonawcę TORPOL karę administracyjną, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego, Izba stwierdziła, że zaszyły określone w art. 528 pkt 3 i pkt 4 ustawy PZP przesłanki formalne, które uniemożliwiają merytoryczne rozpoznanie odwołania. Zgodnie zaś z regulacją art. 529 ust. 1 ustawy PZP Izba odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie regulacji art. 574-576 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła w całości spis kosztów przedłożony przez Zamawiającego i w związku z tym zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 3 720 zł 10 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia złotych dziesięć groszy).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....