

POSTANOWIENIE
z dnia 22 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu **22 czerwca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (1) Leonhard Weiss GmbH & Co. KG, Niemcy, 73037 Göppingen, Leonhard-Weiss-Straße 22, Oddział w Polsce, 53-676 Wrocław, ul. Sokolnicza 5 lok. 74-75 (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców) oraz (2) Budimex Spółkę Akcyjną, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** – w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółkę Akcyjną, 70-603 Szczecin, ul. Bytomska 7**

przy udziale wykonawcy **Schweerbau GmbH & Co. KG Bauunternehmen, Niemcy, 31655 Stadthagen, Industriestrasse 12**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (1) Leonhard Weiss GmbH & Co. KG z siedzibą w Göppingen, Oddział w Polsce z siedzibą we Wrocławiu oraz (2) Budimex Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na roboty budowlane pn. *Przebudowa infrastruktury kolejowej w portach w Szczecinie i Świnoujściu* (nr referencyjny: NZ/059/IN-2).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 22 września 2010 r. pod nr 2010/S_184-281508, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.port.szczecin.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 84.458.218,00 zł, co stanowi równowartość 22.000.056,78 euro.

3 czerwca 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał drogą faksową Odwołującemu – konsorcjum wykonawców w składzie: (1) Leonhard Weiss GmbH & Co. KG z siedzibą w Göppingen w Niemczech, działającemu przez swój oddział w Polsce z siedzibą we Wrocławiu, oraz (2) Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej zwane w skrócie „Konsorcjum Leonhard Weiss-Budimex”) – zawiadomienie o wyborze jako

najkorzystniejszej oferty złożonej przez spółkę Schweerbau GmbH & Co. KG Bauunternehmen z siedzibą w Stadthagen w Niemczech (dalej zwaną w skrócie „Schweerbau”).

13 czerwca 2011 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od tej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Schweerbau jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej w skrócie „s.i.w.z.”, zaś w cytatach „SIWZ”), z uwagi na fakt, iż wykonawca ten zaofertował w swojej ofercie termin wykonania zamówienia sprzeczny z postanowieniami s.i.w.z., *mianowicie nie uwzględnił wymagania Zamawiającego dotyczącego konieczności wykonania robót budowlanych na działkach PKP S.A. nr 19/11 obręb Warszów 16, nr 54/10 obręb Warszów 11 w Świnoujściu do dnia 11.08.2012 r., gdyż wykonawca*

2

Sygn. akt KIO 1251/11

Schweerbau w ofercie złożonej Zamawiającemu (vide Harmonogram rzeczowo-finansowy zawarty w tejże ofercie) dla ww. działek wskazał termin realizacji robót budowlanych późniejszy niż wymagany przez Zamawiającego, a mianowicie październik 2012 r., co pozwala uznać ofertę Schweerbau GmbH & Co. KG za sprzeczną z SIWZ i podlegającą odrzuceniu.

2. Art. 24 ust. 2 pkt 3, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Schweerbau, mimo iż wykonawca udzielił Zamawiającemu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, *mianowicie oświadczył Zamawiającemu, iż nie podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu społecznemu (składek na kasę socjalną branży budowlanej) i nie musi uiszczać składek na ubezpieczenie odprowadzanych do niemieckiej instytucji ubezpieczeniowej SOKA BAU, czym wprowadził Zamawiającego w błąd.*

3. Art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez nieuprawnione wezwanie Schweerbau do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, dokonane pismem z 25 maja 2011 r., mimo iż oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu i Zamawiający, stosując zasadę uczciwej konkurencji, winien zaniechać wezwania Schweerbau do złożenia wyjaśnień i dokumentów.

4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Schweerbau, jako nieodpowiadającej treści s.i.w.z., z uwagi na fakt, iż wykonawca ten zmodyfikował ofertę w stosunku do opracowanej przez Zamawiającego dokumentacji, *a mianowicie w swoim cenniku robót na stronie 000053 - 000054 stanowiącym element składowy Przedmiaru robót, a więc też element składowy oferty wprowadził dwie dodatkowe pozycje cenowe: 22a - T-B-PROM Rozbiórka i ponowny montaż prowadnicy z szyn typ UIC 60mb 300 i zastosowanie szyny o zwiększonej wytrzymałości; 24a R-S-K Rozbiórka istniejącego skrzyżowania, zaś Zamawiający nie dopuścił możliwości modyfikacji dokumentów stanowiących załącznik do SIWZ.*

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Schweerbau.
2. Powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Odrzucenia oferty Schweerbau jako niespełniającej wymogów s.i.w.z., ewentualnie wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu przetargowym.

Odwołujący wskazał między innymi następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

W zakresie zarzutu 2 – Zamawiający niezgodnie z 24 ust. 2 pkt 3 pzp zaniechał wykluczenia Schweerbau, mimo iż Wykonawca ten udzielił Zamawiającemu nieprawdziwych

3

Sygn. akt KIO 1251/11

informacji mających wpływ na wynik postępowania, oświadczając Zamawiającemu, iż nie

podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu społecznemu i nie musi uiszczać składek na ubezpieczenie odprowadzanych do niemieckiej instytucji ubezpieczeniowej SOKA BAU, czym wprowadził Zamawiającego w błąd. O braku obowiązku uiszczenia składek na ubezpieczenie społeczne do SOKA BAU, a więc o braku obowiązku przedstawienia zaświadczenia z SOKA BAU o niezaleganiu z płaceniem składek na to ubezpieczenie społeczne wykonawca Schweerbau oświadczył na rozprawie w dniu 11 maja 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 854/11. Wykonawca Schweerbau miał obowiązek płacenia obowiązkowych składek na ubezpieczenie społeczne w branży budowlanej i składki te płacił, ale na potrzeby swojej linii obrony swojej oferty w sprawie o sygn. akt KIO 854/11 oświadczył, że o takim obowiązku płacenia składek do SOKA BAU w jego przypadku nie można było mówić. Mając na uwadze stwierdzenie tego wykonawcy, że takich składek nie musiał opłacać, a co za tym idzie nie musiał składać Zamawiającemu dokumentu poświadczającego uregulowanie tych składek, uznać należy, iż Wykonawca Schweerbau złożył nieprawdziwe oświadczenie mające wpływ na decyzję Zamawiającego. Okoliczność złożenia tego niezgodnego z prawdą oświadczenia zapewne nie była znana

skoro uznał (opierając się w tym na Zamawiającemu, nieprawidłowo zakresie oświadczeniach przedstawicieli Schweerbau), że nie musi w ogóle wyjaśniać kwestii, czy Schweerbau miał obowiązek zapłaty składek na ubezpieczenie społeczne do SOKA BAU.

W zakresie zarzutu 3 – Zamawiający wezwał Schweerbau do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów pismem z 25 maja 2011 r., mimo iż oferta tego Wykonawcy podlegała odrzuceniu i Zamawiający, stosując prawidłowo art. 26 ust. 3 pzp, z uwagi na zasadę uczciwej konkurencji, winien zaniechać wezwania Schweerbau do złożenia wyjaśnień i dokumentów. Stwierdzenie, że oferta Schweerbau podlegała odrzuceniu lub wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania, determinuje konieczność zaniechania wezwania do uzupełnień oferty lub złożenia wyjaśnień również w zakresie uzupełnienia oferty Schweerbau o dokument wystawiony przez firmę DOLKOM sp. z o.o. oraz o dokument w postaci zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem składek na obowiązkowe ubezpieczenie do AOK i również SOKA BAU.

13 czerwca 2011 r. (pismem z tej daty) Schweerbau GmbH & Co. KG Bauunternehmen z siedzibą w Stadthagen zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3,4 i 5 pzp, względnie o oddalenie odwołania jako niezasadzonego.

4

Sygn. akt KIO 1251/11

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (stosowne potwierdzenia załączono do przystąpienia), a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie znalazła podstaw do niedopuszczenia tego Wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Na podstawie treści złożonego odwołania, dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przesłanej w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego oraz wyroku z dnia 11 maja 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 854/11, Izba ustaliła, co następuje:

Wyrokiem z 11 maja 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu poprzedniego odwołania wniesionego przez Konsorcjum Leonhard Weiss-Budimex na czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Schweerbau, uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu.

Z uzasadnienia tego orzeczenia wynika, iż jednym z zarzutów odwołania wniesionego 22 kwietnia 2011 r. był brak potwierdzenia przez Schweerbau niezalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne. Konsorcjum Leonhard Weiss-Budimex podniosło wówczas następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające ten zarzut: *Zgodnie z*

art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawcy mieli obowiązek przedstawić zaświadczenia (dokumenty) potwierdzające, iż nie zalegają z zapłatą składek na obowiązkowe ubezpieczenia społeczne. Wykonawca Schweerbau przedstawił zaświadczenie o niezaleganiu z płatnością składek na ubezpieczenie społeczne wydane przez AOK dla Niedersachsen oraz z BG BAU (Branżowy Zakład Ubezpieczeń Wypadkowych Budownictwa). Zaświadczenie z AOK nie zawiera stwierdzenia o niezaleganiu przez tego wykonawcę z płatnością składek na obowiązkowe ubezpieczenia społeczne. Inaczej jest z zaświadczeniem wydanym przez BG BAU, w którym brak zaległości został stwierdzony *expressis verbis*. Ponadto wykonawca ten nie załączył w ogóle dokumentu poświadczającego brak zaległości w płaceniu obowiązkowych składek na ubezpieczenie społeczne wydawanych przez SOKA BAU, instytucji pobierającej obowiązkowe składki na ubezpieczenie społeczne w branży budowlanej (Sozialkassenbeiträge – wyrażenie oznaczające tzw. kasę socjalną pobierającą składki na ubezpieczenie społeczne). Odwołujący argumentował, iż złożył wymagane dokumenty, co jest również powszechną

5

Sygn. akt KIO 1251/11

praktyką we wszystkich postępowaniach przetargowych, w których udział biorą wykonawcy mający siedzibę poza granicami Polski. [strona 10 wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 854/11].

Natomiast rozstrzygając ten zarzut, Izba wskazała w uzasadnieniu wyroku z 11 maja 2011 r. między innymi następujące okoliczności:

W ofercie Schweerbau załączono wydane przez AOK Kasa Zdrowotna dla Dolnej Saksonii zaświadczenie o braku zastrzeżeń wydane na podstawie § 28e Abs. 3F SGB IV, w którym, zgodnie z tłumaczeniem, stwierdzono, iż: „Odnosnie płatności za składki na ubezpieczenia społeczne, potwierdzamy, że nie posiadamy żadnych zastrzeżeń, żeby podany w polu adresowym pracodawca brał udział w postępowaniach o zamówienia publiczne”. W ocenie Izby przedmiotem zarzutu odwołującego było nie tyle to, że Schweerbau nie przedstawił zaświadczeń z innych instytucji właściwych dla poboru składek (stąd przywoływana przez wykonawcę Schweerbau argumentacja o zdecentralizowanym charakterze systemu ubezpieczenia zdrowotnego w Niemczech pozostaje w istocie bez znaczenia dla oceny zasadności podniesionego zarzutu), lecz treść przedłożonego zaświadczenia AOK, z której nie wynika jednoznacznie, iż warunek dotyczący składek jest spełniony.[...] Skoro zatem treść zaświadczenia nie wskazuje jednoznacznie na brak zaległości, a zamawiający, nie znając regulacji prawa niemieckiego wskazanej w treści zaświadczenia jako podstawy jego wydania, winien był zatem wyjaśnić przedmiotową okoliczność w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, aby mieć pewność co do wykazania braku podstawy do wykluczenia w tym zakresie, czego jednak zaniechał. Tym samym Izba uznaje za niezbędne w celu potwierdzenia braku ww. podstawy do wykluczenia wezwanie do wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz w razie potrzeby, gdyby otrzymane wyjaśnienia nie potwierdziły braku podstawy do wykluczenia, wezwanie do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym zarzut odwołującego co do niewłaściwej oceny przez zamawiającego zaświadczenia AOK uznać należy w powyższym zakresie za zasadny, aczkolwiek przedwczesny jest wniosek odwołującego co do konieczności wykluczenia wykonawcy z tej przyczyny.

Odwołujący twierdził ponadto, iż wykonawca Schweerbau winien był także wykazać, iż nie zalega z zapłatą składek na rzecz SOKA BAU jako instytucji, wedle jego opinii, pobierającej obowiązkowe składki na ubezpieczenia społeczne w branży budowlanej. Odwołujący nie wykazał jednak, iż instytucja ta rzeczywiście objęta jest systemem obowiązkowych ubezpieczeń społecznych obowiązujących w Niemczech, a zatem, iż składki odprowadzane na jej rzecz mają charakter składek na ubezpieczenia społeczne, o których mowa w przywoływanym przepisie. Odwołujący nie zaprzeczał też, iż podstawowym celem SOKA BAU jest wypłata pracowniczych roszczeń urlopowych w branży budowlanej, które,

6

Sygn. akt KIO 1251/11

zdaniem Izby, nie mogą być uznane za tożsame ze świadczeniami z tytułu ubezpieczenia

społecznego, chyba że zostałyby wykazane, iż na gruncie prawa niemieckiego mają one taki charakter. Okoliczność, iż odwołujący przedłożył dokumenty potwierdzające niezleganie z uiszczaniem składek na rzecz SOKA BAU, nie oznacza iż były to dokumenty wymagane, a ich niezłożenie stanowi podstawę dla oceny, iż nie wykazano braku podstawy do wykluczenia z postępowania w przedmiotowym zakresie. [strony 25-27 wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 854/11].

Pismem z 25 maja 2011 r. Zamawiający, zgodnie z dyspozycją uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2011 r. (KIO/854/11), działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 pzp, wezwał Schweerbau do: po pierwsze – złożenia wyjaśnień dotyczących skuteczności złożenia zobowiązania Spółki „Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM Sp. z o.o.” z siedzibą we Wrocławiu (...), w świetle przedstawionego na rozprawie przed KIO w dniu 10 maja 2011 r. odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego tejże spółki wynika reprezentacja dwuosobowa do składania oświadczeń woli (...); po drugie – złożenia wyjaśnień dotyczących treści zaświadczenia, wydanego przez AOK dla Niedersachsen, która jednoznacznie nie wskazuje na brak zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne, zawierającego przepis prawa niemieckiego, którego treść nie została jednak przytoczona ani przetłumaczona na język polski. W zakresie pkt. 2 wezwania Zamawiający nadto wskazał, iż w przypadku stwierdzenia, że dokument ten nie potwierdza w sposób oczywisty i jednoznaczny braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania (...) – złożenia dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

W odpowiedzi na wezwanie Schweerbau pismem z 30 maja 2011 r. w zakresie pkt. 2 wezwania: po pierwsze – złożyło wyjaśnienia, przedstawiając tłumaczenie § 28e ustęp 3f niemieckiego kodeksu ubezpieczeń społecznych cz. IV, z którego wywiodło, iż przedłożone wraz z ofertą zaświadczenie o braku zastrzeżeń wydane przez AOK potwierdzało okoliczność braku zalegania przez Schweerbau z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne; po drugie – przedłożyło dodatkowe zaświadczenie wydane przez AOK w dniu 17 maja 2011 r., na potwierdzenie, iż w dniu 25 listopada 2010 r. Schweerbau nie zalegała z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

7

Sygn. akt KIO 1251/11

Art. 189 ust. 2 ustawy pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z przepisem art. 189 ust. 4 pzp.

Jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającą z przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp jest okoliczność wniesienia odwołania po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba zważyła, iż odwołanie w zakresie zarzutu 1 i 4 zostało wniesione po upływie terminu wskazanego w przepisie art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp, zgodnie z którym 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 pzp [to jest faksem lub drogą elektroniczną] – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp. Nadto według przepisu art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp odwołanie wobec innych czynności [niż powyżej określonej] wnosi się, w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Zarówno zarzut 1 jak i 4 odwołania dotyczą zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Schweerbau na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z uwagi na to, iż nie odpowiada ona treści s.i.w.z. Zarzut oparty na tym przepisie był podnoszony również w poprzednio przez Odwołującego, choć błędnie został powiązany z okolicznością załączenia do oferty Schweerbau zobowiązania spółki DOLKOM do udostępnienia układarki

mechanicznej, podpisanego w sposób niezgodny z zasadami reprezentacji tej spółki wynikającymi z KRS. Niezależnie od nowych okoliczności faktycznych przywołanych na uzasadnienie zarzutów dotyczących naruszenia tego przepisu, Odwołujący mógł i powinien podnieść te zarzuty w poprzednio wniesionym 22 kwietnia 2011 r. odwołaniu od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Schweerbau. Zdaniem składu orzekającego Izby późniejsze unieważnienie tej czynności i jej powtórzenie przez Zamawiającego nie przywraca Odwołującemu terminu na wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty Schweerbau z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z. Z przepisu art. 96 ust. 3 pzp wynika bowiem, iż oferty są jawne od chwili ich otwarcia ofert, a zatem nie było przeszkód by Odwołujący zidentyfikował wszystkie potencjalne niezgodności konkurencyjnej oferty Schweerbau z treścią s.i.w.z. W konsekwencji informację o zaniechaniu przez Zamawiającego zweryfikowania prawidłowości tej oferty, Odwołujący mógł powziąć z chwilą otrzymania 13 kwietnia 2011 r. zawiadomienia o wyniku badania i oceny ofert, w tym o wyborze oferty Schweerbau jako najkorzystniejszej. Zatem zawity termin na wniesienie

8

Sygn. akt KIO 1251/11

odwołania opartego na tych okolicznościach upłynął 23 kwietnia 2011 r., to jest z upływem 10-dniowego terminu od otrzymania przez Odwołującego pierwotnego zawiadomienia o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Schweerbau. Skład orzekający Izby w sytuacji identycznego rezultatu powtórzonej czynności oceny ofert w stosunku do pierwotnej podziela pogląd (wyrażony między innymi w postanowieniu KIO z 27 kwietnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 792/11), iż ustawodawca poprzez regulacje zawarte w takich przepisach ustawy pzp: art. 92 (obowiązek zawiadomienia o rezultacie kompleksowego badania i oceny ofert), art. 182 (zawite terminy na wniesienie odwołania), art. 185 (instytucja zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego), art. 186 ust. 4 (instytucja sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania), art. 189 ust. 2 (przesłanki odrzucenia odwołania) do rangi zasady podniósł koncentrację wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej. Zasada ta służy natomiast urzeczywistnieniu zasady szybkości postępowania o udzielenie zamówienia służącej osiągnięciu celu tego postępowania w postaci zawarcia umowy, zapewniając efektywny system weryfikacji czynności zamawiających podejmowanych w toku o udzielenie zamówienia publicznego. Dopuszczenie postępowania możliwości kwestionowania przez wykonawców każdego kolejnego wyboru tej samej oferty, z powoływaniem się za każdym razem na inne wady tej oferty, choć wszystkie mogły zostać podniesione już przy pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się pogodzić z przywoływanymi zasadami i celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący mógł i powinien podnieść zarzuty wywiedzione z treści złożonej przez Schweerbau oferty w odwołaniu rozstrzygniętym wyrokiem Izby z 11 maja 2011 r., a podniesienie ich dopiero w odwołaniu z 13 czerwca 2011 r., służy jedynie utrudnieniu zakończenia prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, a z uwagi na przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp jest także bezskuteczne.

Innymi podstawami odrzucenia odwołania wynikającymi z art. 189 ust. 2 pzp, są: wniesienie odwołania dotyczącego czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby (przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp), a także powołanie się przez odwołującego wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego (przepis art. 189 ust. 2 pkt 4 pzp).

Izba zważyła, iż 2 i 3 zarzut odwołania dotyczą czynności wezwania do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów na podstawie przepisów art. 26 ust. 3 i 4 pzp, które to czynności Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z 11 maja 2011 r. zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 854/11, a zatem zachodzi podstawa odrzucenia odwołania wskazana w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp. W ocenie składu orzekającego Izby, pomimo stwarzania

9

Sygn. akt KIO 1251/11

porozów, iż jest inaczej, należy również uznać, iż stawiając te zarzuty Odwołujący powołuje

się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 854/11 – co wyczerpuje w tym zakresie również przesłankę odrzucenia odwołania wynikającą z przepisu art. 189 ust. 2 pkt 4 pzp.

Odwołujący podjął bowiem próbę niedopuszczalnego przedłużenia merytorycznego sporu rozstrzygniętego ostatecznie wyrokiem Izby z 11 maja 2011 r., nie przez złożenie skargi na to orzeczenie, lecz przez kwestionowanie w drodze ponownego odwołania działań Zamawiającego wykonanych zgodnie z tym orzeczeniem, z jednoczesnym powołaniem się na te same okoliczności. Uwzględniając poprzednie odwołanie, Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu. Tymczasem jeden z zarzutów (zarzut nr 4) poprzedniego odwołania dotyczył braku potwierdzenia przez Schweerbau niezalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne, a wśród okoliczności uzasadniających wskazano zarówno brak w załączonym do oferty zaświadczeniu z AOK stwierdzenia o niezaleganiu z płatnością składek na obowiązkowe ubezpieczenia społeczne, jak i niezłączenie w ogóle dokumentu dotyczącego braku zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne wydanego przez SOKA BAU jako instytucji właściwej do poboru składek na obowiązkowe ubezpieczenie społeczne w branży budowlanej. Izba uwzględniła ten zarzut co do zasady, wskazując jednocześnie w uzasadnieniu, iż uznała go za zasadny jedynie w odniesieniu do braku potwierdzenia przez złożone zaświadczenie z AOK niepodlegania wykluczenia z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 3 pzp w zakresie dotyczącym składek na ubezpieczenie społeczne. Natomiast Izba nie uznała słuszności stanowiska Odwołującego, iż Schweerbau w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia z tego przepisu, miał również obowiązek przedłożenia zaświadczenia o niezaleganiu z zapłatą składek na rzecz SOKA BAU. Izba stwierdziła bowiem, iż Odwołujący nie wykazał, że SOKA BAU jest instytucją objętą systemem obowiązkowych ubezpieczeń społecznych obowiązujących w Niemczech. W konsekwencji Izba nakazała w ramach powtórzenia czynności badania oferty Schweerbau, wezwanie do wyjaśnień na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 pzp wyłącznie w zakresie dotyczącym niejednoznacznej treści zaświadczenia z AOK, a w zależności od rezultatu tych wyjaśnień, wezwanie na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia tego dokumentu. Zamawiający pismem z 25 maja 2011 r. wykonał powyższe zalecenia Izby, a Wykonawca Schweerbau uczynił zadość wezwaniu składając zarówno wyjaśnienia, jak i nowy dokument z AOK. Odwołujący

Izba zważyła, iż Odwołujący w treści odwołania z 13 czerwca 2011 r. nie wskazywał na okoliczność, iż Zamawiający wykonał czynności, względnie powtórzył je w sposób niezgodny z zaleceniami wynikającymi z treści wyroku Izby z 11 maja 2011 r. Odwołujący nie

Sygn. akt KIO 1251/11

kwestionuje prawidłowości wykazania przez Schweerbau, w wyniku udzielonych wyjaśnień i uzupełnionego dokumentu, niezalegania z płatnością składek na ubezpieczenie społeczne do AOK. Natomiast Odwołujący usiłuje przejść do porządku dziennego nad tym, iż spór co do konieczności złożenia przez Schweerbau jakiegokolwiek dokumentu z SOKA BAU został już ostatecznie rozstrzygnięty wyrokiem Izby z 11 maja 2011 r., na który nie złożył skargi. Nieuzasadnione i bezprzedmiotowe jest zatem przedkładanie nowych dowodów w tym zakresie (opinii prawnej Urlicha Gentnera i dr Volkera Willa z 1 czerwca 2011 r. oraz zaświadczenie z SOKA BAU o niezaleganiu przez Schweerbau z obowiązkiem zapłaty składek do tej instytucji) – należało je przedstawić w toku postępowania dowodowego do zakończenia rozprawy poprzedzającej wydanie wyroku z 11 maja 2011 r. (zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 zdanie 2 pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawić aż do zamknięcia rozprawy), ewentualnie w postępowaniu dowodowym przed sądem okręgowym właściwym do rozpoznania skargi na ten wyrok Izby.

Uwzględniając powyższe, wskazywanie na zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Schweerbau na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jest tylko pozornie odrębnym i nowym zarzutem w stosunku do zarzutu poprzednio już rozpoznanego przez Izbę. Odwołujący usiłuje bowiem z oświadczenia złożonego przez pełnomocnika Schweerbau przed Izbą w toku rozprawy przeprowadzonej 10 maja 2011 r., będącego w

istocie stanowiskiem procesowym strony postępowania odwoławczego, wywieść zarzut nieprawdziwych informacji złożonych Zamawiającemu. Tymczasem z takim, czy innym stanowiskiem strony przeciwnej wyrażonym w toku tej rozprawy, Odwołujący mógł i powinien polemizować aż do jej zakończenia, a nie po zapadnięciu 11 maja 2011 r. wyroku, na który nie złożył również skargi. Bezprzedmiotowy jest zatem również wniosek o przeprowadzenie dowodu z protokołu z rozprawy z dnia 11 maja 2011 r. na okoliczność treści oświadczeń Schweerbau w zakresie obowiązku uiszczenia składek do SOKA BAU na ubezpieczenie społeczne. Oświadczenia złożone w toku tej rozprawy zostały ocenione i wzięte pod uwagę przez skład orzekający Izby przy wydawaniu rozstrzygnięcia dotyczącego tej kwestii.

W sytuacji wykonania przez Zamawiającego zgodnie z orzeczeniem Izby z 11 maja 2011 r. czynności wezwania do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentu zaświadczenia z AOK, a następnie stwierdzenia na ich podstawie braku podstaw do wykluczenia Schweerbau, wszelkie zarzuty kwestionujące dokonane w ten sposób czynności Zamawiającego, niezależnie od przywołanych przepisów, nie podlegają zatem z mocy przepisu art. 189 ust. 2 pkt. 5 pzp merytorycznemu rozpatrzeniu. Jednocześnie nie sposób uznać, iż stanowisko procesowe strony w toku rozprawy zakończonej wydaniem wyroku, stanowi jakąś nową

11

Sygn. akt KIO 1251/11

okoliczność w później wniesionym odwołaniu przez tego samego Odwołującego w tym samym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Zatem merytorycznemu rozpatrzeniu tych zarzutów odwołania stoi również na przeszkodzie przepis art. 189 ust. 2 pkt 4 pzp.

Wobec stwierdzenia zajścia powyżej wskazanych przesłanek odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie przepisów art. 189 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 ustawy pzp. Wobec powyższego, Izba, działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 zdanie 1 ustawy pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z przepisami § 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci wpisu zaliczonego na ich poczet.

Przewodniczący:

12