Sygn. akt KIO 1251/11

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: ……...

Sygn. akt KIO 1251/11

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 „pzp"), 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 zaoferował 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*

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

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 uiszczania 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 nieuzasadnionego.

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 prze SOKA BAU, instytucji pobierającej obowiązkowe składki na ubezpieczenie społeczne w branży budowlanej (Sozialkassenbeitrage – wyrażenie oznaczające tzw. kasę socjalną pobierającą składki na ubezpieczenie społeczne). Odwołujący argumentował, iż złożył wymagane dokumenty, co jest również powszechną

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: „Odnośnie 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 znał 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,

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

społecznego, chyba że zostałoby 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:

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 określone] 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

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 razie 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

pozorów, 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 niezałączenie 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

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

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: ……...