

**Sygn. akt: KIO 1509/20**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 21 lipca 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:      Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 21 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Rokom Sp. z o.o. w Warszawie, Tombruk Sp. z o.o. w Warszawie i Wiemar Sp. z o.o. w Chodzieży w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Łomianki przy udziale wykonawcy Fal-Bruk Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć konsorcjum Rokom Sp. z o.o. w Warszawie, Tombruk Sp. z o.o. w Warszawie i Wiemar Sp. z o.o. w Chodzieży i zaliczyć na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez konsorcjum tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

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

### **postanowienia z dnia 21 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1509/20**

Zamawiający – Gmina Łomianki, ul. Warszawska 115, 5-092 Łomianki, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa ulicy Fabrycznej wraz z budową kanalizacji deszczowej wraz z przebudową niezbędnej infrastruktury wod-kan, energetycznej i telekomunikacyjnej w ramach zadania: Przebudowa ul. Fabrycznej”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 29 stycznia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 507303-N- 2020, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

Dalej ustalono, że pierwsze odwołanie w postępowaniu wniesiono w dniu 7 kwietnia 2020 r. Konsorcjum Rokom Sp. z o.o., ul. Karnicka 20, 03-162 Warszawa, Tombruk Sp. z o.o., ul. Grodzieńska 20 lok. 20, 03-750 Warszawa i Wiemar Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 10, 64-800 Chodzież (dalej zwani jako „odwołujący”) zarzuciło zamawiającemu nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Fal-Bruk Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, pomimo że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie kluczowego personelu. Wyrokiem z dnia 10 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 759/20, Izba uwzględniła wniesiony środek zaskarżenia i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i/lub 4 ustawy p.z.p. wykonawcy Fal-Bruk Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sarabandy 42, 02-868 Warszawa, do uzupełnienia dokumentów i/lub ich wyjaśnienia w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.1.2.3.8 SIWZ, a po ich złożeniu i/lub wyjaśnieniu powtórnie czynność badania i oceny ofert.

Skład orzekający ustalił także, że zgodnie z aktami postępowania zamawiający w dniu 16 czerwca 2020 r. unieważnił czynność wyboru oferty Fal-Bruk Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie i wezwał tego wykonawcę – zgodnie z nakazem zawartym w sentencji ww. wyroku – do: „zgodnie z wyrokiem KIO 759/20 z dnia 10 czerwca 2020 r. oraz uzasadnieniem do niego (...) działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych zamawiający wzywa ww. wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do uzupełnienia i/lub wyjaśnienia w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (...) działając na podstawie wyroku KIO 759/20 zamawiający do złożenia właściwego wykazu, który potwierdziłby wszystkie elementy warunku ustalonego przez zamawiającego w SIWZ lub jego wyjaśnienia w zakresie osoby pana J.O. w powyższej kwestii,

zgodnie z uzasadnieniem do wyroku.” W odpowiedzi na to wezwanie, pismem z dnia 22 czerwca 2020 r., wykonawca wyjaśnił i uzupełnił wskazane doświadczenie pana J.O. Zamawiający w dniu 29 czerwca 2020 r. ponownie wybrał ofertę tego wykonawcy, jako ofertę najkorzystniejszą w przetargu.

W dniu 6 lipca 2020 r. odwołujący wniósł kolejne odwołanie, któremu nadano sygn. akt KIO 1509/20, zarzucając jednostce zamawiającej naruszenie (pisownia oryginalna):

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy FAL-BRUK pomimo, że wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,
2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy FAL-BRUK pomimo, że ten nie udowodnił spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
3. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący przytoczył treść warunku udziału w przetargu dotyczącego osoby, która będzie pełniła funkcję kierownika robót elektrycznych i wskazał na fragment wyroku Izby sygn. akt KIO 759/20, jak należy rozumieć wymagania tego warunku. Następnie odniesiono się do wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów (z dnia 12 marca 2020 r.) skierowanego do wykonawcy Fal-Bruk Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, gdzie w odpowiedzi na to wezwanie wskazano w wykazie osób pana J.O. i opisano jakie doświadczenie podano dla tej osoby, a także procedurę pierwszego wezwania do uzupełnienia z dnia 30 marca 2020 r. Następnie wskazano na informację, którą pozyskano od Urzędu Miejskiego w Piastowie (pismo z 02.06.2020 r. złożone także jako dowód w sprawie KIO 759/20), informację od Urzędu Miasta i Gminy Piaseczno (pismo z 05.06.2020 r. złożone również jako dowód w sprawie KIO 759/20) i odniesiono się do tego, co działo się w toku rozprawy przed Izbą 10 czerwca 2020 r., co podsumowano cytatem z zapadłego orzeczenia, że ówczesny skład orzekający stwierdził, że wykonawca Fal-Bruk Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie podał w przetargu nieprawdziwe informacje, które powinny być podstawą do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.

W dniu 13 lipca 2020 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, gdzie wskazano, że jednostka zamawiająca wykonała czynności w przetargu zgodnie z nakazem wynikającym z wyroku Izby z 10 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 759/20, a konsorcjum obecnie wniosło kolejne odwołanie, które bezpośrednio dotyczy czynności, które Krajowa Izba Odwoławcza już rozpoznała. Powołano się na te same dokumenty, które Izba już oceniła, a nie zaś na te, które wykonawca złożył jako nowe, w wyniku wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. w dniu 22 czerwca 2020 r., wystosowanego do wykonawcy zgodnie z sentencją wyroku Izby.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym, w charakterze uczestnika postępowania, wykonawcę Fal-Bruk Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sarabandy 42, 02-868 Warszawa (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Skład orzekający, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawionej w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, a także akt postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 759/20 ustalił, że wniesione odwołanie dotyczy wyłącznie dokumentów i oświadczeń przystępującego, które były przedmiotem rozpoznania Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 759/20. Odwołujący w obecnie rozpoznawanym odwołaniu powołuje się na okoliczności, które wskazano w pierwszym postępowaniu odwoławczym, zainicjowanym odwołaniem z dnia 7 kwietnia 2020 r. W drugim odwołaniu wykonawca wręcz podnosi, że skład orzekający w sprawie KIO 759/20 stwierdził, że podano nieprawdziwe informacje i na tej podstawie żąda wykluczenia przystępującego z przetargu, wskazując na cytaty z wcześniej zapadłego wyroku.

Skład rozpoznający spór stwierdził, że dopuszczenie do merytorycznego rozpoznania odwołania z dnia 6 lipca 2020 r., doprowadziłoby do sytuacji kiedy inny skład orzekający dokonałby ponownej oceny czynności zamawiającego, w oparciu o te same okoliczności (i zgodnie z treścią odwołania również o te same dowody), które zostały już ocenione przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie KIO 759/20. Zatem dochodzi do sytuacji, kiedy odwołujący – powołując się na tożsame okoliczności faktyczne – żąda dokonania ich odmiennej oceny i podnosi, że co prawda Izba uwzględniając odwołanie z dnia 7 kwietnia 2020 r. nakazała wezwać przystępującego do uzupełnienia i/lub wyjaśnienia co do doświadczenia pana J.O., ale przystępującego jednak należałoby z przetargu wykluczyć (na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.). Odwołujący nie wskazuje na jakiegokolwiek wady oświadczeń i dokumentów złożonych w wyniku wykonania nakazu wyroku KIO 759/20, a w odwołaniu wraca do stanu sprzed wykonania orzeczenia i żąda ponownego ocenienia wcześniejszych oświadczeń i dokumentów, tylko z innym skutkiem. Przy tym od wyroku KIO 759/20 nie wniesiono skargi do sądu powszechnego, a ponownie wniesiono odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Rozszerzenie odwołania o dodatkową normę (art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.), jednocześnie bez zmiany podstawy faktycznej zaskarżenia – nadal jest to potencjał osobowy oceniany przez zamawiającego w toku pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej – jest jedynie zabiegiem formalnym, mającym stworzyć wrażenie, że mamy do czynienia z innym przedmiotem zaskarżenia, chociaż jak twierdzi sam odwołujący skład orzekający w sprawie KIO 759/20 już jednoznacznie stwierdził, że doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Ustalony przez skład orzekający stan rzeczy powoduje, że odwołanie należało odrzucić. Po pierwsze, spór w zakresie czynności i zaniechań zamawiającego dotyczących prawidłowości oceny i badania oświadczeń oraz dokumentów złożonych przez przystępującego w zakresie doświadczenia pana J.O., a złożonych przed ponownym wyborem oferty najkorzystniejszej, czyli przez wezwaniem do uzupełnienia z 16 czerwca 2020 r., został zakończony prawomocnym wyrokiem Izby. W sprawie występuje tożsamość stron i tożsamość podstawy rozpoznania, odwołujący powołuje się na te same okoliczności faktyczne, które oceniono w postępowaniu odwoławczym KIO 759/20, co wypełnia hipotezę art. 189 ust. 2 pkt 4 p.z.p. I jedynie na marginesie należy zauważyć, że wbrew stanowisku odwołującego skład orzekający nie jest związany podstawą prawną wskazaną w odwołaniu, zatem niezrozumiałym jest podnoszenie przez odwołującego, że nie mogło dojść do nakazania wykluczenia przystępującego z przetargu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – sąd jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny zostać zastosowane w rozważanym przypadku (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 30.11.2016 r. sygn. akt III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt II CSK 367/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt II CSK 524/07, z 29.10.2008 r. sygn. akt IV CSK 260/08, z 02.12.2005 r. sygn. akt II CK 277/05, 13.07.2005 r. sygn. akt I CK 132/05). Przenosząc ten pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius*, Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną podnoszonych naruszeń, którą wskazał odwołujący.

Krajowa Izba Odwoławcza związana jest zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 192 ust. 7 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Art. 192 ust. 2 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i powołana podstawa faktyczna, która może być kwalifikowana według różnych podstaw prawnych, uzasadnia rozważenie ich przez Izbę i zastosowanie jednej z nich, nawet odmiennej od tej, która została wskazana przez odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza oceniając wskazane okoliczności faktyczne i złożone dowody stwierdza naruszenie prawa i dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie jego stwierdzenie ze sobą niesie, które znajdują

swoje odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji wydanego orzeczenia.

Po drugie, skład orzekający stwierdził, że zamawiający wykonał czynność wezwania przystępującego zgodnie z sentencją wyroku z 10 czerwca 2020 r., co szczegółowo opisano we wcześniejszej części uzasadnienia, co zdaniem składu rozpoznającego spór wypełnia przesłanki art. 189 ust. 2 pkt 5 p.z.p. Zatem trudno zgodzić się z odwołującym, że wobec treści oświadczeń i dokumentów przystępującego, ocenianych przez Izbę w wyroku KIO 759/20 w szczególności przez pryzmat złożonych przez odwołującego dowodów (na które powołuje się on także w drugim odwołaniu), powinno dojść nie do wezwania przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., a do jego wykluczenia na kanwie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.

Ponadto zarzuty w zakresie podnoszonych w odwołaniu okoliczności, a dotyczących stanu sprzed ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, powinny być wniesione w zawitym pięciodniowym terminie liczonym od dnia pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanego przez zamawiającego 2 kwietnia 2020 r., który to termin skutecznie upłynął z dniem 7 kwietnia 2020 r. Powyższe powoduje, że w sprawie zastosowanie znajdzie także art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Skład orzekający nie podzielił natomiast stanowiska przystępującego o konieczności odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 p.z.p. W ocenie Izby pełnomocnictwo przedłożone wraz z odwołaniem jest wadliwe, zatem odwołujący na podstawie art. 187 ust. 3 w zw. z art. 187 ust. 7 p.z.p. oraz § 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) został wezwany przez skład rozpoznający spór do uzupełnienia braku formalnego, który w sposób prawidłowy, w wyznaczonym terminie, uzupełnił. Stanowisko Izby o możliwości konwalidowania tego braku potwierdzono przykładowo w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2015 r. sygn. akt V Ca 4080/14.

Konkludując, w wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 p.z.p. oraz art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i zobligowana była odwołanie odrzucić, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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 z 2018 poz. 972), obciążając odwołującego kosztem wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....