

Sygn. akt: KIO 1742/16

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 29 września 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**  
**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek**  
**Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A. w Warszawie (00-844), ul. Grzybowska 87 i Korporacja „ALTIS HOLDING” z siedzibą w Ukrainie, w Kijowie (03146), ul. Kaczałowa 5W** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta w Warszawie (00-999), ul. Senatorska 29/31**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Erbud S.A. w Warszawie (02-797), ul. Klimczaka 1, STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie (05-800), ul. Parzniewska 10, Ed Zueblin AG z siedzibą w Niemczech w Stuttgarcie (D-70567), Albstadtweg 3, oraz Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal an der Drau (9800), Ortenburgerstrasse 27** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A. w Warszawie i Korporacja „ALTIS HOLDING” z siedzibą w Ukrainie, w Kijowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero

groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A. w Warszawie i Korporacja „ALTIS HOLDING” z siedzibą w Ukrainie, w Kijowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: „Budowa Szpitala Południowego” zostało wszczęte przez Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 19 września 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 196-345766) w dniu 11 października 2014 r.

W dniu 16 września 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. w Warszawie i Korporacja „ALTIS HOLDING” z siedzibą w Ukrainie, w Kijowie, zwanych dalej łącznie konsorcjum IDS-BUD.

Konsorcjum IDS-BUD zarzucało Zamawiającemu naruszenie:

- „art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp - poprzez jego bezzasadne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, pomimo tego, iż nie zaistniały przesłanki uprawniające Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 46 ust. 3 Pzp- poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Erbud, pomimo, iż Wykonawca Erbud nie wniósł wadium w terminie określonym przez Zamawiającego;  
Ewentualnie:
  - art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy Erbud, pomimo, iż Wykonawca Erbud nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert”

Mając na uwadze tak sformułowane zarzuty konsorcjum IDS-BUD wносиło o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu

- „unieważnienia czynności z dnia 7 września 2016r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Erbud oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego;
  - dokonania ponownego badania i oceny ofert;
  - wykluczenie Wykonawcy Erbud z postępowania, z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie wniósł wadium w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego;
- Ewentualnie*
- wykluczenie Wykonawcy Erbud z postępowania, z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.”

W dniu 19 września 2016 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Erbud S.A. w Warszawie, STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie, Ed Zueblin AG z siedzibą w Niemczech w Stuttgartie oraz Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal an der Drau, zwani dalej łącznie konsorcjum Erbud lub Przystępującym.

W tym samym dniu zostało doręczone Prezesowi Izby, sporządzone w formie pisemnej, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego dokonane w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Włoszech we Florencji oraz Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzibą w Turcji, w Ankarze.

Zgłoszenie to, zgodnie z imienną pieczęcią, podpisał Vito Culcasi. Wraz ze zgłoszeniem zostało złożone dla tej osoby pełnomocnictwo udzielone w dniu 1 stycznia 2016 r., upoważniające do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Włoszech we Florencji oraz Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzibą w Turcji w Ankarze. Do zgłoszenia załączono również pełnomocnictwo z dnia 31 grudnia 2015 r., na mocy którego wykonawca: Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Włoszech we Florencji został upoważniony przez wykonawcę Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzibą w Turcji w Ankarze do działania w imieniu obu wykonawców dokonujących zgłoszenia – pełnomocnictwo to w imieniu wykonawcy: Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzibą w Turcji w Ankarze zostało podpisane przez F. B. oraz O. S. .

Do zgłoszenia załączone zostały dwie, sporządzone częściowo w języku polskim, kopie wydruków opatrzonych datą 24 marca 2016 r. – pierwszy opisany jako Zaświadczenie o Rejestracji w Izbie Handlowej w Ankarze podmiotu Summa Turizm Yatirimciligi A.S., drugi zaś opisany jako Świadectwo Działalności, również odnoszące się do podmiotu Summa

Turizm Yatirimciligi A.S. Nie jest wiadomym, czy wydruki te stanowią tłumaczenie dokumentów sporządzonych oryginalnie w języku tureckim. Na język polski nie została przetłumaczona treść szeregu pieczęci, którymi każdy z nich został opatrzony. Z treści tych wydruków nie wynika potwierdzenie faktu, że F. B. oraz O. S. byli w dniu 31 grudnia 2015 r. uprawnieni do wspólnej reprezentacji wykonawcy Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzibą w Turcji w Ankarze, a w tym do udzielenie pełnomocnictwa drugiemu z wykonawców, tj. Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Włoszech we Florencji. Nadto dostrzeżenia wymaga, że oba powołane wydruki opatrzone są datą późniejszą niż dzień, w którym sporządzone zostało pełnomocnictwo udzielone drugiemu z wykonawców, tj. Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Włoszech we Florencji.

Wraz ze zgłoszeniem nie zostały złożone żadne inne dokumenty, które miałyby potwierdzać umocowanie osoby, która złożyła pod nim swój podpis, do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Włoszech we Florencji oraz Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzibą w Turcji, w Ankarze.

Zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W kontekście dokumentów mających potwierdzać umocowanie do podpisania doręczanego Prezesowi Izby zgłoszenia przystąpienia, dostrzeżenia wymagało to, że koniecznym było wykazanie, iż zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez osobę, która została należycie umocowana do reprezentowania wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Jak zasadnie zauważyła Izba w sprawie KIO 237/15: *„ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia.* [przepisy ustawy Pzp nie znają instytucji wezwania do uzupełniania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Odpowiednie przepisy ustawy Pzp (art. 187 ust. 3-7 ustawy Pzp), na zasadzie wyjątku, dopuszczają jedynie – w określonych w nich okolicznościach – uzupełnienie odwołania.] *Stąd też należy wywieść, że przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci :*

- *nie posiadania przymiotu wykonawcy (w tym również wykazania umocowania do działania w jego imieniu przy pierwszej czynności w postępowaniu tj. przy zgłoszeniu przystąpienia)*
  - *braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz*
  - *interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a także*
  - *nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu,*
- nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu.”* Podobnie o braku możliwości uzupełniania braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego Izba wypowiedziała się m.in. w sprawach: KIO 216/15, KIO 2665/14, KIO 2308/14, KIO 878/14, KIO 692/14, KIO 2734/13, czy też KIO 121/13.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zgłoszonego w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Włoszech we Florencji oraz Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzibą w Turcji, w Ankarze przystąpienia nie można było uznać za skuteczne, a tym samym wykonawcy ci nie uzyskali statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Jak ustaliła Izba na podstawie dokumentów zebranych w sprawie – w tym m.in. dokumentów przekazanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczonych za zgodność z oryginałem, uwzględniając przy tym również, jako znane jej z urzędu, orzeczenia wydane przez Izbę we wcześniej toczących się postępowaniach odwoławczych wszczętych w wyniku odwołań wniesionych w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego, tak konsorcjum IDS-BUD, jak i Przystępujący, złożyli Zamawiającemu swe oferty.

Jak ustaliła Izba w sprawie KIO 1566/16: *„wykonawcy w rzeczywistości konkurowali jedynie ceną i gdyby wszystkie złożone oferty podlegały ocenie ofert, to ranking ofert kształtowałby się w sposób następujący oferta najkorzystniejsza Konsorcjum IDS-BUD, drugie miejsce konsorcjum INSO, trzecie miejsce Konsorcjum Erbud, czwarte miejsce”* wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech w Rzymie oraz NBI S.p.A. z siedzibą we Włoszech w Rzymie, zwani dalej łącznie konsorcjum Astaldi

Zgodnie z ustaleniami faktycznymi poczynionymi przez Izbę w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1566/16 ówczesny odwołujący (konsorcjum Astaldi) zarzucał Zamawiającemu

zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia konsorcjum IDS-BUD, mimo faktu, że konsorcjum to przez złożenie „w dacie 05.08.2016 r. oświadczenia o braku zaległości podatkowych dopuściło się poświadczenia nieprawdy”, co miało naruszać przepisy art. 24 ust. 2 pkt 3, art.24 ust. 4 (w związku z art. 7 ust. 1) ustawy Pzp i wnosił o

- 1) „unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania podstaw wykluczenia wykonawców w odniesieniu do konsorcjum IDS-BUD,
- 3) wykluczenia konsorcjum IDS-BUD z postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,
- 4) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert spośród ofert wykonawców zakwalifikowanych do II Etapu postępowania,
- 5) uznania za odrzuconą oferty złożonej przez konsorcjum IDS-BUD.”

W toku posiedzenia Izby z udziałem stron Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w tym odwołaniu.

Konsorcjum IDS-BUD, które w tym postępowaniu skutecznie przystąpiło po stronie Zamawiającego, wniosło sprzeciw wobec tego uwzględnienia.

Wyrokiem z dnia 5 września 2016 r. Izba oddaliła powołane odwołanie uznając, że w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wnoszącemu je konsorcjum Astaldi nie przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 7 września 2016 r. poinformował wykonawców o wykluczeniu z udziału w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia konsorcjum IDS-BUD z uwagi na złożenie przez to konsorcjum nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Wobec powyższego konsorcjum IDS-BUD wniosło rozpoznawane odwołanie.

W ocenie Izby odwołanie to podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2) i 5) ustawy Pzp.

Dostrzeżenia w rozpoznawanej sprawie wymagało to, że odwołanie wniesione przez IDS-BUD oparte zostało o dwa zarzuty – pierwszy wobec czynności wykluczenia tego konsorcjum z udziału w postępowaniu, drugi zaś wobec zaniechania wykluczenia konsorcjum Erbud. Istotnym w rozpoznawanej sprawie było to, że zarzut odnoszący się do czynności wykluczenia konsorcjum IDS-BUD z udziału w postępowaniu o udzielenie

zamówienia był skierowany wobec czynności, która została wykonana zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1566/16, a zarzuty w tym odwołaniu przedstawione zostały w całości uwzględnione przez Zamawiającego, co znajduje potwierdzenie w orzeczeniu Izby wydanym w tej sprawie.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że wykonawca, który został wykluczony w wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1566/16, nie został zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp wyposażony w uprawnienie do kwestionowania tej czynności na drodze wniesienia nowego odwołania. Został on zatem pozbawiony, z mocy prawa możliwości odwołania się wobec czynności, której konsekwencją jest pozbawienie go statusu aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia – wykonawcy uczestniczącego w tym postępowaniu.

Co szczególnie wymaga podkreślenia, statusu czynnego uczestnika – wykonawcy, podmiot ten jest pozbawiany nie w wyniku zapadłego orzeczenia Izby (które jeszcze może zostać zaskarżone do sądu okręgowego), ale w wyniku późniejszej czynności Zamawiającego stanowiącej wykonanie zobowiązania podjętego w oświadczeniu o uwzględnieniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1566/16. I to właśnie ta czynność jest taką, wobec której odwołania, w obecnym stanie faktycznym konsorcjum IDS-BUD już wnieść nie wolno.

Konsekwencją takiego stanu jest to, że począwszy od czynności dokonanej w wykonaniu uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1566/16 konsorcjum IDS-BUD zostało również pozbawione uprawnienia do wnoszenia jakichkolwiek innych odwołań w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w których dotychczas uczestniczyło, jako wykonawca – nie posiada on już bowiem aktywnego statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego. Stąd też każde wniesione przez niego odwołanie, nie tylko zmierzające do podważenia czynności wykluczenia go z postępowania, ale każdej innej podjętej równocześnie z tą czynnością lub już po niej, winno zostać odrzucone, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że konsorcjum IDS-BUD, które zostało w takich właśnie okolicznościach wykluczone z udziału w postępowaniu, nie mogło na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia zostać uznane za podmiot uprawniony do wniesienia odwołania, w którym kwestionowałoby prawidłowość ofert innych wykonawców. Skoro nie było ono uprawnione, w świetle art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, do wnoszenia odwołania wobec czynności, której dokonanie wyłączyło je z grona podmiotów



czynnie biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie mogło ono tym samym (nie będąc wykonawcą czynnie uczestniczącym w tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia) kwestionować również innych decyzji podejmowanych przez Zamawiającego.

Odrębną kwestią (pozostającą *de facto* poza granicami rozpoznania w tej sprawie, a więc wartą dostrzeżenia jedynie na marginesie) jest to, że nawet gdy uznać za dopuszczalne byłoby złożenie odwołania opartego na zarzucie zaniechania wykluczenia konsorcjum Erbud (jako niepodlegającego odrzuceniu), to niemożliwym byłoby przyjęcie, że konsorcjum IDS-BUD posiadało interes we wniesieniu tak skonstruowanego odwołania. Będąc pozbawionym z mocy ustawy (art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp) możliwości wniesienia odwołania wobec wykluczenia go z udziału w postępowaniu, nie było już władne uzyskać zamówienia (tego konkretnego – „danego” w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Co za tym idzie nie mogło ono ponieść szkody w wyniku ewentualnego dopuszczenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymaga również to, że konsorcjum IDS-BUD kwestionowało we wniesionym przez siebie odwołaniu prawidłowość czynności Zamawiającego podjętych wobec oferty złożonej przez Przystępującego, a zatem droższej od tej, którą samo złożyło. Z uwagi na to, że jedynym istotnym, jak to ustaliła Izba w sprawie KIO 1566/16, kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej była cena oraz to, że to konsorcjum IDS-BUD zaoferowało cenę niższą od ceny zaoferowanej przez Przystępującego, nie byłoby właściwym uznanie, że konsorcjum IDS-BUD posiadało legitymację do wnoszenia odwołania opartego na zarzutach odnoszących się do droższej niż jego oferta.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż rozpoznawane odwołanie podlega odrzuceniu.

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....