

Sygn. akt: KIO 1566/16

## WYROK

z dnia 5 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Agnieszka Trojanowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Renata Tubisz</b>
	<b>Paweł Trojan</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Aneta Górniak</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 września 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2016r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech w Rzymie ul. G.V. Bona 65 i NBI S.p.A. z siedzibą we Włoszech w Rzymie ul. G.V. Bona 65 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta w Warszawie, ul. Senatorska 29/31**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Włoszech we Florencji Via G. del Pian dei Carpini1, Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzibą w Turcji w Ankarze 27 Aralık Sokak No. 3** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1566/16 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Erbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Klimczaka 1, STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, Ed Zueblin AG z siedzibą w Niemczech w Stuttgarcie, Albstadtweg 3 oraz Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal an der Drau, Ortenburgerstrasse 27** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1566/16 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87 i Korporacja „ALTIS**

**HOLDING” z siedzibą w Ukrainie, w Kijowie, ul. Kaczałowa 5W** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1566/16 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech w Rzymie ul. G.V. Bona 65 i NBI S.p.A. z siedzibą we Włoszech w Rzymie ul. G.V. Bona 65** i:
  - 2.1. 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 Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech w Rzymie ul. G.V. Bona 65 i NBI S.p.A. z siedzibą we Włoszech w Rzymie ul. G.V. Bona 65** 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. z 2016r. poz. 831, 996, 1020) na niniejszy wyrok - 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 publicznego w trybie przetargu ograniczonego na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Szpitala Południowego” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 października 2014r. za numerem 2014/S 196-345766.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz akt odwoławczych Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert: cenę o wadze 95% i okres rękojmi o wadze 5%.

W dniu 12 maja 2016r. upłynął termin składania ofert i w tej dacie zostały złożone 4 oferty:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie, NBI S.p.A. z siedzibą w Rzymie (dalej odwołujący) z ceną 211 380 966,14zł. i okresem rękojmi 60 miesięcy
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Włoszech we Florencji Via G. del Pian dei Carpini1, Summa Turizm Yatirimcilligi A.S. z siedzibą w Turcji w Ankarze 27 Aralik Sokak No. 3 z ceną 200 455 579,50zł. i okresem rękojmi 60 miesięcy,
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Erbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Klimczaka 1, STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, Ed Zueblin AG z siedzibą w Niemczech w Stuttgartarcie, Albstadtweg 3 oraz Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal an der Drau, Ortenburgerstrasse 27 z ceną 205 950 000,00zł.
4. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87 i Korporacja „ALTIS HOLDING” z siedzibą w Ukrainie, w Kijowie, ul. Kaczałowa 5W z ceną 199 593 013,42zł. i okresem rękojmi 60 miesięcy.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że 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 odwołujący.

W dniu 17 maja 2016 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie, NBI S.p.A. z siedzibą w Rzymie (dalej odwołujący), pozostałe 3 złożone w tym

postępowaniu oferty zostały przez zamawiającego odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020 – dalej ustawy) jako zawierające błąd w obliczeniu ceny.

Na czynność tę w dniu 27 maja 2016r. wnieśli odwołanie

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Florencji, Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzibą w Ankarze (sygn. akt: KIO 898/16) (dalej konsorcjum INSO),
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, Korporacja „ALTIS-HOLDING” z siedzibą w Kijowie (sygn. akt: KIO 899/16),
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie, STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Ed Zueblin AG z siedzibą w Stuttgarcie, Strabag AG z siedzibą w Spittal (sygn. akt: KIO 901/16) – dalej Konsorcjum Erbud, przy czym ten wykonawca kwestionował zaniechanie zamawiającego polegające na nieodrzuconiu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, Korporacja „ALTIS-HOLDING” z siedzibą w Kijowie (dalej Konsorcjum IDS) również z innych podstaw niż wskazane w informacji o wyniku postępowania, przy czym wykonawca ten nie formułował zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 3 ustawy ani art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy z uwagi na zaleganie z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i podatków.

Przystępującymi w tej sprawie byli

- odwołujący zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 898/16, KIO 899/16 i KIO 901/16 po stronie zamawiającego,
- Konsorcjum IDS zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 898/16 i KIO 901/16 po stronie zamawiającego,
- Konsorcjum Erbud, zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 899/16 po stronie zamawiającego,

W dniu 1 lipca 2016r. Izba orzekła, że

1. w sprawie o sygn. akt KIO 898/16 oddaliła odwołanie,
2. w sprawie o sygn. akt KIO 899/16 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu:
  - 2.1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - 2.1.2. unieważnienie odrzucenia oferty Konsorcjum IDS,
  - 2.1.3. odrzucenie oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy,
  - 2.1.4. powtórne badanie i ocenę ofert niepodlegających odrzuceniu,
- 2.2. oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie,
3. w sprawie o sygn. akt KIO 901/16 oddaliła odwołanie.

W dniu 20 lipca 2016r. zamawiający poinformował, iż uwzględniając treść wyroku Izby z dnia 1 lipca 2016 r. w sprawach o sygnaturach KIO: 898/16, 899/16, 901/16:

1. Unieważnił czynność polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty (o której mowa w piśmie z dnia 17 maja 2016 r. skierowanym do wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu).
2. Unieważnił czynność polegającą na odrzuceniu Oferty Nr 4, złożonej przez Wykonawcę: Konsorcjum IDS-BUD S.A. – Lider Konsorcjum, Korporacja "ALTIS HOLDING" – Partner Konsorcjum.
3. Dokonał czynności powtórnego badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu.

W wyniku powyższego Zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą ofertę uznano Konsorcjum IDS, przy czym oferta odwołującego i oferta Konsorcjum INSO zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, zaś ocenie podlegały oferta Konsorcjum IDS i Konsorcjum Erbud.

Odwołujący wniósł skargę na wyrok w sprawie sygn. akt KIO 899/16 w części w której Izba stwierdziła konieczność odrzucenia oferty odwołującego (str. 5 skargi nr. 74/16), Konsorcjum Inso wniosło skargę na wyrok sygn. akt KIO 898/16 i wniósł o uwzględnienie skargi oraz o orzeczenie co istoty sprawy tj. przez zmianę zaskarżonego wyroku KIO przez oddalenie odwołania Konsorcjum IDS-BUD wydanego w sprawie sygn. akt KIO 899/16.

Odwołujący nie wnosił odwołania na czynność badania i oceny ofert dokonaną przez zamawiającego w dniu 20 lipca 2016r., nie kwestionował rankingu ofert podanego przez zamawiającego w informacji o wyniku postępowania, co do sklasyfikowania na drugiej pozycji w rankingu oferty Erbud.

W dniu 29 lipca 2016r. odwołanie wniosło Konsorcjum Erbud wskazując na m. in. zaniechanie:

1. wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na:
  - zaleganie przez członka tego Konsorcjum - Korporację „ALTIS HOLDING” z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społecznego, co narusza art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy i zaniechania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów we wskazanym zakresie;
  - złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co narusza art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy;

- odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD, jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpiło Konsorcjum Astaldi. Zamawiający w piśmie z dnia 11 sierpnia 2016r. odnosząc się do zarzutu zaniechania czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87 i Korporacja „ALTIS HOLDING” z siedzibą w Ukrainie, w Kijowie, ul. Kaczałowa 5W (dalej Konsorcjum IDS-BUD) z uwagi na zaleganie przez członka Konsorcjum Korporację Altis – Holding z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne, a także zaniechania czynności wykluczenia tego konsorcjum z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania oświadczył, że zarzut nie został udowodniony przez Konsorcjum Erbud, zaś zamawiający wystąpił do Konsorcjum IDS-Bud o potwierdzenie aktualności zaświadczeń złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dotyczących niezalegania z podatkami i składkami na ubezpieczenie społeczne. W dniu 5 sierpnia 2016r. Konsorcjum IDS-Bud złożyło oświadczenie, w którym potwierdziło brak zadłużenia w zakresie wezwania. Na dzień 11 sierpnia 2016r. złożono wydruk ze strony internetowej S.s.gov.ua/businesspartner – oficjalnej strony Państwowej Inspekcji Skarbowej Ukrainy z dnia 10 sierpnia 2016r., z którego wynika, że Korporacja Altis-Holding jest wpisana do ewidencji w organach przychodów i opłat i według stanu na dzień 8 sierpnia 2016r. płatnik podatków posiada zadłużenie podatkowe zgodnie z art. 88 punkt 88.2 Kodeksu Podatkowego Ukrainy, organy Państwowej Służby podatkowej uzyskały prawo do zastawu podatkowego na majątku tego płatnika.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił odwołujący, a po stronie zamawiającego Konsorcjum IDS.

W dniu 16 sierpnia 2016r. Izba wydała wyrok w sprawie sygn. akt KIO 1419/16 oddalający odwołanie, w którym stwierdziła, że nie podlegają rozpoznaniu m.in. zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum IDS-BUD z powodu zalegania z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne przez Partnera Konsorcjum - Korporację „ALTIS HOLDING” i zaniechania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów we wskazanym zakresie oraz złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i tym samym zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD, jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Izba zważyła, że w odniesieniu do zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, zastosowanie miało powołane w odwołaniu postanowienie specyfikacji z rozdziału XVI SIWZ, zgodnie z treścią: „*W przypadku, gdy treść dokumentów złożonych przez Wykonawcę we wniosku o*

*dopuszczenie do udziału w przetargu uległa zmianie w stosunku do stanu obecnie obowiązującego (...)* – wówczas wykonawca był zobowiązany załączyć do oferty aktualny dokument. Zatem, w ocenie Izby, obowiązek aktualizacji dokumentów miał nastąpić w ofercie, dla której złożenia termin upływał w dniu 12.05.2016 r. To oznacza, że taki dokument musiał dotyczyć stanu sprzed tej daty. Wykonawca na rozprawie przedłożył wydruk wyciągu z publicznie dostępnego rejestru zawartego na oficjalnej – jak podkreślał - stronie internetowej Państwowej Inspekcji Skarbowej Ukrainy z dnia 10 sierpnia 2016 r., który dotyczył, jak zaznaczono w jego treści, stanu zaległości z dnia 8.08.2016 r. Odwołujący podnosząc te zarzuty nie udowodnił, zdaniem Izby, [nawet nie wykazywał], że taki publiczny rejestr został utworzony po dacie 16 lipca br. (data wniesienia odwołanie minus 10 dni), co nie wykluczało możliwości powzięcia informacji o zaległości podatkowej członka Konsorcjum już w terminie, w którym uzyskał informację o zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum IDS – BUD, a za taką datę należy uznać datę otrzymania pisma z dnia 17 maja 2016 r. informującego o wyborze najkorzystniejszej oferty o zawartości wymaganej przepisem art. 92 ust.1 pkt 1 ustawy, a tym samym, że zarzut ten nie mógł być objęty pierwszym wniesionym odwołaniem z dnia 27 maja 2016 r. Zatem w tym przypadku ma zastosowanie art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy, zgodnie z którym odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust.1 i 2 tego przepisu należy wnieść w terminie 10 dni od dnia, w którym wykonawca przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach, stanowiących podstawę jego wniesienia. W przedstawionych okolicznościach także nie podlega rozpoznaniu zarzut związany ze złożeniem w związku z tym wyciągiem nieprawdziwych informacji. Tym samym także bez rozpoznania pozostawiony został zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp. Na marginesie Izba zwróciła uwagę, że przedłożony wyciąg dotyczy stanu zaległości z dnia 8 sierpnia 2016 r., a w toku rozprawy odwołujący nie udowodnił, że taka zaległość istniała w dacie składania oferty, a ponadto w treści tego dokumentu zamieszczono uwagę o możliwej codziennej zmianie stanu rozliczeń płatnika podatków z budżetem.

W dniu 22 sierpnia 2016r. odwołanie wniósł odwołujący. Zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 marca 2015r. udzielonego przez Dyrektora Generalnego i Prawnego Przedstawiciela Astaldi S.p.A (ujawnionego w rejestrze w Izbie Handlu w Rzymie), który działał na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 3 marca 2015r. udzielonego przez obu członków konsorcjum i podpisanego zgodnie z zasadami reprezentacji każdego z nich. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 22 sierpnia 2016r.

Odwołujący zaskarżył zaniechanie polegające na niewykluczeniu z postępowania Konsorcjum IDS, mimo ziszczenia się ustawowych przesłanek do wykluczenia tego wykonawcy.

Podniósł, że zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy :

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3,
- 2) art.24 ust. 4,
- 3) powyższe w związku z art. 7 ust. 1 oraz inne wskazane w treści odwołania

i wniósł o nakazanie:

- 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.

Odwołujący uważa, że legitymuje się interesem we wniesieniu niniejszego odwołania bowiem pierwotnie jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, co wskutek wydanego wyroku KIO z dnia z dnia 1 lipca 2016 r. (sygn. akt KIO 898/16, KIO 899/16, KIO 901/16) zostało co prawda ubezskutebnione, jednakże wobec którego to wyroku odwołujący złożył w dniu 08.08.2016 r. skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie i aktualnie oczekuje na wyznaczenia rozprawy. Zatem w chwili obecnej odwołujący ma interes w wydaniu przez Izbę orzeczenia zobowiązującego zamawiającego do wykluczenia z postępowania Konsorcjum IDS-BUD, bowiem postępowanie jest w toku i odwołujący, na skutek pozytywnego dla niego orzeczenia sądu ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zamawiający czynnością z dnia 20.07.2016 r. dokonał powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą tym razem uznał ofertę złożoną przez konsorcjum IDS-BUD, odrzucając ofertę odwołującego na skutek ustaleń zapadłych w wyroku KIO z uwagi na wskazany w wyroku błąd w obliczeniu ceny, z ustaleniami czego odwołujący nie zgodził się i złożył, jak wskazał już wcześniej, skargę na przedmiotowy wyrok do sądu. jeżeli zatem Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na przesłankę zawartą w ustawie, to w identyczny sposób winien potraktować konsorcjum IDS- BUD wobec którego zachodzi przesłanka ustawowa do potraktowania jego oferty jako odrzuconej z uwagi na konieczność wykluczenia tego konsorcjum z postępowania.

W dniu 12 sierpnia 2016 r. odbyła się rozprawa Izbą z odwołania wniesionego przez konsorcjum Erbud. Do przedmiotowego odwołania przystąpił po stronie odwołującego składający niniejsze odwołanie.

W trakcie rozprawy Konsorcjum Erbud przedstawił dowody, z których bezspornie, zdaniem odwołującego, wynika, że Korporacja Altis Holding, na dzień 11.08.2016 r. posiada zadłużenie podatkowe i zgodnie z art. 88 pkt 88.2 Kodeksu Podatkowego Ukrainy, organy Państwowej Służby Podatkowej uzyskały prawo do zastawu podatkowego na majątku tego płatnika.

W trakcie rozprawy pełnomocnik Zamawiającego złożył oświadczenie, że na skutek wniesionego przez Konsorcjum Erbud odwołania i sformułowanych w nim zarzutów wezwał konsorcjum IDS-BUD do złożenia oświadczenia dotyczącego potwierdzenia aktualności zaświadczeń złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odnoszących się do niezalegania z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne. W dniu 05.08.2016 r. konsorcjum IDS-BUD złożyło oświadczenie potwierdzające brak zaległości w tym zakresie (fakty te przytoczono w piśmie procesowym Zamawiającego złożonym na rozprawie - str. 5 trzeci akapit pkt II).

Z przytoczonych wyżej faktów, w ocenie odwołującego, nie ulega wątpliwości, że konsorcjum IDS-BUD składając w dacie 05.08.2016 r. oświadczenie o braku zaległości podatkowych dopuściło się poświadczenia nieprawdy, co winno być podstawą do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Informacji o takiej decyzji zamawiającego odwołujący do dnia wniesienia niniejszego odwołania nie otrzymał, stąd uznał wniesienie niniejszego odwołania za uzasadnione i konieczne.

W dniu 22 sierpnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25 sierpnia 2016r. do postępowania po stronie zamawiającego przystąpiło Konsorcjum IDS wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w przystąpieniu po stronie zamawiającego, gdyż zamawiający nie naruszył zarzucanych mu przepisów ustawy, a uwzględnienie odwołania może uniemożliwić zgłaszającemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu i prokurenta ujawnionych i upoważnionych do reprezentacji firmy IDS – BUD (zgodnie ze złożonym KRS), która działała na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego udzielonego przez Korporację Altis – Holding, za którą pełnomocnictwo podpisał pełnomocnik działający na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 grudnia 2010r. udzielonego przez Korporację Altis-Holding zgodnie z zasadami jej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 25 sierpnia 2016r.

W dniu 25 sierpnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosiło się Konsorcjum INSO. Konsorcjum INSO wskazało, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż wprawdzie jego oferta została odrzucona, a Izba wyrokiem z

dnia 1 lipca 2016r. sygn. akt KIO 898/16, KIO 899/16 i KIO 901/16 podtrzymała tę decyzję zamawiającego, to zgłaszający złożył skargę do sądu okręgowego i ma zatem interes w tym, aby Izba uwzględniła odwołanie i wydała odrzeczenie wykluczenia z postępowania Konsorcjum IDS. Wówczas zgłaszający ma szansę na uzyskanie zamówienia. Wniósł o uwzględnienie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 stycznia 2016r. udzielonego przez INSO i podpisanego przez Dyrektora Generalnego, ujawnionego w dokumentach rejestrowych tej firmy. INSO działało na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 31 grudnia 2015r. udzielonego przez SUMMA TURIZM YATIRIMCILIGI ANONIM i podpisanego przez dwóch akcjonariuszy tej firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 25 sierpnia 2016r.

W dniu 25 sierpnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosiło się Konsorcjum Erbud, wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji i w wyniku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. Wniósł o uwzględnienie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 maja 2016r. udzielonego przez Erbud jako pełnomocnika konsorcjum i podpisanego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Pełnomocnik działał na podstawie pełnomocnictw udzielonych przez parterów w dniu 2 lipca 2015r. i odpisanych zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w dokumentach rejestrowych. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 25 sierpnia 2016r.

Na posiedzeniu zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości i zobowiązując się do wykonania żądań odwołującego.

Przystępujący Konsorcjum IDS-BUD wniósł o odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy w związku z art. 182 ust. 3 pkt. 1 ustawy, gdyż w ocenie przystępującego odwołujący mógł przy zachowaniu należytej staranności powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania w dniu 8 sierpnia 2016r. tj. w pierwszym dniu roboczym następującym po dacie złożenia przez przystępującego wyjaśnień, co do brak zaległości podatkowych, gdyż znał treść odwołania konsorcjum Erbud z dnia 29 lipca 2016r. oraz mógł powziąć wiedzę o treści wyjaśnień, stąd już w dniu 8 sierpnia 2016r. mógł sformułować zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z postępowania.

Przystępujący IDS-BUD zgłosił sprzeciw.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się podstaw wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego IDS – BUD o odrzucenie odwołania, gdyż w ocenie Izby w dacie 8 sierpnia 2016r. odwołujący wprowadził przy zachowaniu należytej staranności mógł wejść w posiadanie wyjaśnień przystępującego IDS – Bud z dnia 5 sierpnia 2016r., jednak na ich podstawie nie był w stanie ustalić niezgodności zawartych w tych wyjaśnienia oświadczeń z rzeczywistym, w jego ocenie, stanem faktycznym O tym, że istnieje rozbieżności pomiędzy oświadczeniem z dnia 5 sierpnia 2016r., a innym dokumentem – wydrukiem z portalu publicznego odwołujący powziął wiadomość dopiero na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2016r., tym samym od tej daty stało się możliwe sformułowanie zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego IDS-BUD z powodu złożenia nieprawdziwych informacji. Okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji może ujawnić się na każdym etapie postępowania przez ustalenie, że pomiędzy informacjami wykonawcy, a informacjami z innych źródeł zachodzi rozbieżność budząca wątpliwości, co do rzeczywistego stanu faktycznego. Samo twierdzenie odwołującego Konsorcjum Erbud w odwołaniu z dnia 29 lipca 2016r. nie dawało jeszcze odwołującemu możliwości oceny, czy rozbieżność taka rzeczywiście ma miejsce, dopiero pojawienie się wydruku z portalu publicznego pozwoliło tak zamawiającemu jak i odwołującemu na ocenę, czy oświadczenie z dnia 5 sierpnia 2016r. zawiera nieprawdziwe informacje. W tym stanie rzeczy to 12 sierpnia 2016r. był pierwszym możliwym momentem dla zamawiającego do podjęcia decyzji o wykluczeniu przystępującego IDS-BUD z postępowania i od tej daty należy liczyć zaniechanie zamawiającego i początek biegu terminu na wniesienie odwołania.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał przesłanek dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy tj. możliwości poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy tj. art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy. Izba ma świadomość, że odwołujący wniósł skargę na wyrok KIO 899/16 domagając się zmiany tego wyroku i oddalenia odwołania Konsorcjum IDS- BUD, jednak należy zauważyć, że wyrok jaki zostanie wydany w tej sprawie dotyczyć będzie wyłącznie stron i uczestników tego postępowania skargowego tj. zamawiającego, Konsorcjum IDS-BUD i odwołującego jako skarżącego. Natomiast w dniu 20 lipca 2016r. zamawiający przywrócił do postępowania poza Konsorcjum IDS-BUD także Konsorcjum Erbud. Obaj ci wykonawcy są korzystniejsi od odwołującego. Odwołujący nie kwestionował faktu przywrócenia do postępowania odwoławczego Konsorcjum Erbud, nie wnosił w tym zakresie odwołania, również zapadły ze skargi wyrok Sądu Okręgowego nie będzie wiązał w zakresie czynności przywrócenia Konsorcjum Erbud do postępowania. Obecne odwołanie

odwołującego także skierowane jest wyłącznie wobec czynności zamawiającego związanych z badaniem i oceną oferty Konsorcjum IDS-BUD. W tym stanie rzeczy nawet uwzględnienie odwołania w przedmiotowej sprawie nie spowoduje możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego. Zamawiający bowiem nie ma prawnego obowiązku, ani nie będzie związany wyrokiem sądowym do podejmowania jakichkolwiek nowych czynności związanych z badaniem i oceną oferty Erbud, a ta jako korzystniejsza od oferty odwołującego ma szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący byłby wówczas sklasyfikowany na drugiej pozycji. Jedynie na marginesie należy wskazać, że sam odwołujący w odwołaniu, w żaden sposób nie wykazuje możliwości poniesienia przez niego szkody skupiając się wyłącznie na wykazaniu interesu w uzyskaniu zamówienia, czego Izba nie kwestionuje. Biorąc pod uwagę, że Izba nie dopatrzyła się wykazania przez odwołującego możliwości poniesienia szkody, a zatem jednej z dwóch przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności odwołania, odwołanie należało oddalić na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę, że odwołanie zostało oddalone na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy, to niemożliwe się stało merytoryczne rozpoznanie postawionych przez odwołującego zarzutów.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 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 kosztami postępowania w postaci uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....