

**POSTANOWENIE  
z dnia 3 grudnia 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 3 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30 listopada 2020 r. przez wykonawcę **NOWATOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Brukowa 26, 91-341 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Izbę Administracji Skarbowej w Łodzi, Al. Kościuszki 83, 90-436 Łódź**

przy udziale wykonawcy **VIK-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Piekarnicza 7, 98-100 Łask** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **NOWATOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Brukowa 26, 91-341 Łódź** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NOWATOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Brukowa 26, 91-341 Łódź** 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) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący:.....**

**Sygn. akt: KIO 3135/20**

**Uzasadnienie**

Izba Administracji Skarbowej w Łodzi (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. „Roboty budowlane polegające na przebudowie nieruchomości zlokalizowanej w Łodzi, przy ul. Żeromskiego 88”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 30 kwietnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 536302-N-2020.

W dniu 30 listopada 2020 r. wykonawca NOWATOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci:

1. czynności unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 13 października 2020 r., dokonanej pismem z dnia 23 listopada 2020 r. (znak 1001-ILZ.260.30.2020.138; UNP: 1001-20-115082);
2. czynności wezwania wykonawcy do złożenia w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokumentów wymienionych w Rozdziale VI pkt 3 ppkt 2 lit. b - c SIWZ tj. wykazu robót budowlanych (lit. b) i dowodów potwierdzających, że roboty budowlane wymienione w wykazie zostały wykonane należycie (lit. c), dokonanej pismem z dnia 26 listopada 2020 r. (znak 1001-ILZ.260.30.2020.140; UNP: 1001-20-116317).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 13 października 2020 r. z powołaniem się na dyspozycję wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2020 r., sygn. akt 2678/20, w sytuacji, gdy przedmiotowy wyrok nadal nie jest Zamawiającemu znany, a zapoznanie się z argumentacją Krajowej Izby Odwoławczej jest niezbędne dla prawidłowego prowadzenia postępowania, oraz w sytuacji, gdy oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą;
2. naruszenie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wezwania wykonawcy do złożenia w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokumentów wymienionych w Rozdziale VI pkt 3 ppkt 2 lit. b - c SIWZ z powołaniem się na dyspozycję wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2020 r., sygn. akt 2678/20, w sytuacji, gdy przedmiotowy wyrok nadal nie jest Zamawiającemu znany, a zapoznanie się z argumentacją Krajowej Izby Odwoławczej jest niezbędne dla prawidłowego prowadzenia postępowania, oraz w sytuacji, gdy dokumenty przedłożone już przez Odwołującego potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
3. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, w tym w szczególności dokonywanie czynności z powołaniem się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2020 r., sygn. akt 2678/20, w sytuacji, gdy przedmiotowy wyrok nadal nie jest Zamawiającemu znany, a tym samym nie miał on możliwości zapoznania się z argumentacją Krajowej Izby Odwoławczej, jaka legła u podstaw wydania przedmiotowego wyroku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 13 października 2020 r., dokonanej pismem z dnia 23 listopada 2020 r. (znak 1001-ILZ.260.30.2020.138; UNP: 1001-20-115082);

2.unieważnienia czynności wezwania wykonawcy do złożenia w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokumentów wymienionych w Rozdziale VI pkt 3 ppkt 2 lit. b - c SIWZ tj. wykazu robót budowlanych (lit. b) i dowodów potwierdzających, że roboty budowlane wymienione w wykazie zostały wykonane należycie (lit. c), dokonanej pismem z dnia 26 listopada 2020 r. (znak 1001-ILZ.260.30.2020.140; UNP: 1001-20-116317).

Izba dokonała następujących ustaleń:

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 12 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2678/20 orzekła:

„1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: po pierwsze – unieważnienie wyboru oferty złożonej przez Nowator sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi, po drugie – wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie, że wykonał należycie w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej dwukrotnie roboty budowlane, polegające na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku, za każdym razem o wartości nie mniejszej niż 5 mln zł lub co najmniej raz roboty budowlane, polegające na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku, o wartości nie mniejszej niż 10 mln zł.”.

Pismem z dnia 23 listopada 2020 r. (znak 1001-ILZ.260.30.2020.138; UNP: 1001-20-115082) Zamawiający poinformował wykonawców, że „zgodnie z dyspozycją wyroku z dnia 12 listopada 2020 r. Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2678/20) oraz na podstawie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – dalej ustawa Pzp, unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty nr 1001-ILZ.260.30.2020.105 (UNP: 1001-20-100573) z dnia 13 października 2020 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane polegające na przebudowie nieruchomości zlokalizowanej w Łodzi, przy ul. Żeromskiego 88 (nr 1001-ILZ.260.30.2020) prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej zamówienia poniżej kwoty określonej na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp”.

Pismem z dnia 26 listopada 2020 r. (znak 1001-ILZ.260.30.2020.140; UNP: 1001-20-116317) Zamawiający powołując się na wytyczne z wyroku z dnia 12 listopada 2020 r. Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2678/20 wezwał Odwołującego do złożenia w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymienionych w Rozdziale VI pkt 3 ppkt 2 lit b-c SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp ustanowił zasadę, że czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu, nie może zostać podważona kolejnym odwołaniem. Przywołana norma obejmuje czynności wykonane przez zamawiającego na skutek wyroku Izby, aby uniemożliwić wystąpienie w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym. Jeżeli czynność stanowi wykonanie orzeczenia Izby, wykonawca nie może jej przed Izbą skutecznie zakwestionować. Art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), która ma zapobiegać ponownemu prowadzeniu sporu w tej samej sprawie.

Zauważyć należy, że czynność ogłoszenia przez Izbę orzeczenia jest jawna. Z chwilą ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, przestaje obowiązywać zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp. Wniesienie skargi do sądu okręgowego na orzeczenie Izby nie uchyla możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie tłumaczy zaś rozpoznania skargi. Moment ogłoszenia orzeczenia jest zatem momentem prawnie doniosłym i pozwala zamawiającemu na kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że zaskarżone czynności Zamawiającego z dnia 23 i 26 listopada 2020 r. zostały dokonane zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 12 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2678/20. Co za tym idzie, brak jest możliwości rozpoznania odwołania wniesionego na te czynności. Pewność prawa wymaga, aby oceny prawne wyrażone w odniesieniu do danego stanu faktycznego nie były pomijane w toczonym później postępowaniu odwoławczym. Izba miała przy tym na uwadze, że Odwołujący nie podniósł argumentu, że skarżone czynności zostały dokonane niezgodnie z wyrokiem Izby.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 ).

Przewodniczący.....