

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 26 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki w Poznaniu, ul. Juraszów 7/19, 60-479 Poznań**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa (Lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe Tel-Poż-System „Iskra” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Krańcowa 11, 61-022 Poznań (Członek konsorcjum)**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 1950/24

Uzasadnienie

Szpital Wojewódzki w Poznaniu, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę Centrum Medycyny Ratunkowej, Wielkopolskiego Centrum Lecznictwa Ambulatoryjnego i Rehabilitacyjnego wraz z obszarem przyjęć planowych oraz zapleczem socjalnym, magazynowym, technicznym i archiwalnym w filii nr 1 Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 listopada 2023 r. pod numerem 219/2023 00690776-2023.

W dniu 3 czerwca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na niezgodna z przepisami czynność Zamawiającego oraz zaniechanie czynności, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj.:

1. czynność odrzucenia oferty Odwołującego,
2. zaniechanie czynności:
 - badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz
 - dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie nieprawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, który został zaskarżony skargą do Sądu Zamówień Publicznych – Sądu Okręgowego w Warszawie,
2. art. 253 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak przeprowadzenia oceny i badania ofert oraz brak wyboru oferty najkorzystniejszej przed odrzuceniem oferty wykonawcy Mostostal, a więc w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności a także prowadzi do wyboru wykonawcy w postępowaniu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o:

- 1)uwzględnienie odwołania w całości,
 - 2)nakazanie Zamawiającemu:
 - unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy Mostostal oraz
 - powtórzenia badania i oceny ofert,
 - 3)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,
 - 4)przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, na wskazane tam okoliczności.
- Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły dwie oferty. Oferty złożyli: wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe Tel-Poż-System „Iskra” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Członek konsorcjum).

Zamawiający w dniu 8 marca 2024 r. dokonał wyboru oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (oferty Odwołującego) jako najkorzystniejszej. Na czynność tę wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe Tel-Poż-System „Iskra” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Członek konsorcjum) w dniu 18 marca 2024 r. wnieśli odwołanie.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem w sprawie o sygn. akt KIO 875/24 orzekła iż „uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy wybranego i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny w celu wyboru najkorzystniejszej oferty”.

Od powyższego wyroku skargę wniósł wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie. (skarga z dnia 9 maja 2024 r.)

Zamawiający, pismem z dnia 22 maja 2024 r., powiadomił wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 2 li. b, art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, podając jako uzasadnienie faktyczne tej czynności „wyrok KIO z 08 kwietnia 2024 r.”.

Zamawiający w dniu 22 maja 2024 r. opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania „Informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert”, w treści której podał, że działając na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2024r. w sprawie KIO 875/24:

- „1) unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej
- 2) odrzucił ofertę firmy Mostostal Warszawa SA
- 3) przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny w celu wyboru najkorzystniejszej oferty”.

Odwołujący w dniu 3 czerwca 2024 r. wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego oraz zaniechanie czynności, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj.:

- 1.czynność odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2.zaniechanie czynności:
 - badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz
 - dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 528 ustawy Pzp stanowi, że „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...),

- 5)odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”.

Oznacza to, iż odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, a także w sytuacji gdy dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Celem tej przesłanki jest zapobiegnięcie sytuacji dwukrotnego zaskarżania tej samej czynności lub zaniechania zamawiającego. Wykonawca, który nie zgadza się z poprzednim rozstrzygnięciem Izby, ma możliwość wniesienia właściwego środka ochrony prawnej, którym jest skarga do sądu, a nie odwołanie do Izby.

Przepis art. 528 pkt 5 ustawy Pzp wprowadza bowiem sankcję za naruszenie art. 527 ustawy Pzp, który wyłącza możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej na czynność wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu (a taka

sytuacja ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym), albo w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W myśl art. 527 ustawy Pzp w takim wypadku odwołanie w ogóle nie powinno zostać wniesione. Jeśli jednak wykonawca wniesie odwołanie z naruszeniem art. 527 ustawy Pzp to podlega ono bezwzględnie odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 8 kwietnia 2024 r., w sprawie o sygn. akt

KIO 875/24 orzekła, iż „uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy wybranego i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny w celu wyboru najkorzystniejszej oferty”. Tym samym nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty wykonawcy wybranego, a więc odrzucenie oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (Odwołującego w niniejszej sprawie). Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i odrzucił ofertę tego wykonawcy o czynności tej informując Odwołującego pismem z dnia 22 maja 2024 r. Czynność ta została więc dokonana w sposób zgodny z wyrokiem Izby. Izba w sentencji orzeczenia nakazała bowiem Zamawiającemu podjęcie określonych czynności, w tym czynności odrzucenia oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (Odwołującego) Czynność wykonana przez Zamawiającego zgodnie z uprzednio zapadłym wyrokiem Izby, której konieczność podjęcia przez Zamawiającego znajduje odzwierciedlenie wprost w sentencji i uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia, nie może być kwestionowana w drodze nowego odwołania na tę czynność. Przepis art. 528 pkt 5 ustawy Pzp jest urzeczywistnieniem w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (res iudicata), która ma zapobiegać ponownemu orzekaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej samej sprawie.

Podkreślić przy tym należy, że z chwilą ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, przestaje obowiązywać zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wniesienie skargi do sądu okręgowego na orzeczenie Izby nie uchyla możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie tamuje zaś rozpoznania skargi. Moment ogłoszenia orzeczenia jest zatem momentem prawnie doniosłym i pozwala Zamawiającemu na kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też wniesienie odwołania na czynność Zamawiającego wykonaną zgodnie z wyrokiem Izby nie stanowi i nie może stanowić zabezpieczenia roszczenia skarżącego dochodzonego wniesioną skargą - skargą z dnia 9 maja 2024 r.

Reasumując Izba stwierdziła, że zaskarżone czynności Zamawiającego z dnia 22 maja 2024 r. zostały dokonane zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 8 kwietnia 2024 r., sygn. akt KIO 875/24. A co za tym idzie, brak jest możliwości rozpoznania odwołania wniesionego na te czynności. Pewność prawa wymaga bowiem, aby oceny prawne wyrażone w odniesieniu do danego stanu faktycznego nie były pomijane w toczonym później postępowaniu odwoławczym. Odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024 r. jest odwołaniem wniesionym na czynność Zamawiającego dokonaną w wykonaniu wyroku Izby, a tym samym skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 528 pkt 5 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: