Sygn. akt KIO 971/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 9 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Maksym Smorczewski

Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 9 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawcę Spółkę Mieszkaniową sp. z o.o. w Kamiennej Górzew postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Miejską w Kamiennej Górze

Uczestnik po stronie Zamawiającegowykonawca Inter-Trans D.K. z siedzibą w Janiszowie zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 971/24

postanawia:

1.odrzuca odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Spółkę Mieszkaniową sp. z o.o. w Kamiennej Górze i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Spółkę Mieszkaniową sp. z o.o. w Kamiennej Górze 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.

Przewodniczący:……..

……..

……..

Sygn. akt KIO 971/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miejska Kamienna Góra wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznegopod nazwą „Administrowanie i bieżące utrzymanie cmentarzy w Kamiennej Górze”, znak postępowania: ZIF.271.28.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało dokonane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 października 2023 r. pod numerem 2023/S 203 - 635184.

W dniu 23 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy D.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Inter Trans D.K. z siedzibą w Janiszowie, dalej jako: „Przystępującym”, które zostało zarejestrowane pod **sygn. akt KIO 253/24.**

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyboru oferty Spółka Mieszkaniowa Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Przystępujący (poprzedni Odwołujący) zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP poprzez jego naruszenie i uznanie, że w niniejszym postępowaniu zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu;

2.art. 112 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego naruszenie polegające na nadinterpretacji warunku w sposób, który eliminował z postępowania wykonawcę, który jest w stanie wykonać należycie zamówienie;

3.art. 116 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego naruszenie polegające na nadinterpretacji warunku w sposób, który eliminował z postępowania wykonawcę, który jest w stanie wykonać należycie zamówienie.

4.art. 7 pkt 28 ustawy PZP poprzez jego naruszenie polegające na nadinterpretacji definicji ustawowej terminu usługi, poprzez niezasadne przyjęcie, iż usługi muszą wykonywane być

odpłatnie.

Wobec postawionych zarzutów Przystępujący (poprzedni Odwołujący) wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W następstwie powyższego odwołania wyrokiem z dnia 19 lutego 2024 r. poprzedni Skład Orzekający orzekł w pkt: 1, że uwzględnia odwołanie i **nakazuje zamawiającemu** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz **powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

W wykonaniu przedmiotowego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający przeprowadził czynność ponownego badania i oceny oferty Przystępującego i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy.

W dniu 18 marca 2024 r. obecny Odwołujący: Spółka Mieszkaniowa sp. z o.o. w Kamiennej Górze powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty (czynnością badania i oceny oferty Przystępującego) Odwołujący w dniu 25 marca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których był zobowiązany na podstawie ustawy, polegających na:

1.wyborze oferty INTER-TRANS D.K., której Wykonawca nie wykazał, iż posiada doświadczenie wymagane w punkcie X.1.1.4. lit. a i b SWZ

2.zaniechaniu uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od INTER-TRANS D.K. w trybie art. 223 ust. 1 art. 224 ust. 1 i 5 PZP w sprawie posiadanego doświadczenia poprzez nieuzyskanie dokumentu potwierdzającego, iż przedłożona umowa o wolontariat została zatwierdzona przez Diecezjalne Biuro Diecezji Legnickiej

3.zaniechaniu uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od INTER-TRANS D.K. w trybie art. 223 ust. 1 art. 224 ust. 1 i 5 PZP w sprawie posiadanego doświadczenia poprzez nieuzyskanie dokumentu potwierdzającego, iż Wykonawca wykonywał usługę objętą umową o wolontariacie, w szczególności kart wywozu odpadów z cmentarza parafialnego Rzymsko-Katolickiej Parafii p.w. św. Barbary w Wojcieszycach.

Zaskarżonemu rozstrzygnięciu Odwołujący zarzucił naruszenie:

1.art. 17 ust. 1 i 2 PZP poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami PZP, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie posiadanego doświadczenia, a tym samym oparcie decyzji ws. wyboru oferty na danych (wyjaśnieniach), które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić złożonych przez Wykonawcę dokumentów w postaci umowy o wolontariat;

2.art. 17 ust. 1 i 2 PZP poprzez dokonania wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami PZP, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy dokumentacji wydanej przez Biuro Gospodarcze Diecezji Legnickiej, potwierdzającej, iż umowa o wolontariat zawarta przez INTER-TRANS D.K. została zatwierdzona przez Kurię Diecez Legnickiej;

3.art. 17 ust. 1 i 2 PZP poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami PZP, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy księgi pochówków dokonanych na cmentarzu parafialnym Parafii Rzymsko-Katolickiej pw. św. Barbary w Wojcieszycach;

4.art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie uzyskania od INTER-TRANS D.K. rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty, w szczególności doświadczenia w wykonywaniu usług objętych zamówieniem;

5.art. 226 ust. 1 pkt 2 li. b PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która została złożona przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w punkcie X.1.1.14. lit. a i b. SWZ.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;

3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności: badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej;

4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez INTER-TRANS D.K.. i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Ponadto wnosił o:

1) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentów: zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa z dnia 21 marca 2024 r. na okoliczność niewykazania przez INTER-TRANS D.K. posiadanego doświadczenia, posłużenia się przez ww. dokumentem podrobionym oraz działania w warunkach zmowy przez INTER-

TRANS D.K. oraz ks. T.B. – Proboszcza Parafii Rzymsko-Katolickiej p.w. św. Barbary w Wojcieszycach

2) zwrócenie się do Biura Gospodarczego Diecezji Legnickiej o informację, czy umowa o wolontariat, przedłożona przez INTER-TRANS D.K. została zatwierdzona przez to Biuro

3) zawieszenie postępowania do czasu zakończenia postępowania karnego w sprawie o czyn z art. 305 §2 k.k. oraz art. 271 §2 k.k.

4) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania w wysokości 15 000 zł.

W przedmiotowej sprawie Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym akt sprawy odwoławczej Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem 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.

Według zapatrywania Izby – z treści powyższego wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 253/24 wynika jednoznacznie, że Zamawiający dokonał czynności badania i oceny oferty Przystępującego zgodnie z treścią tego wyroku.

W poprzednim postępowaniu odwoławczym Przystępujący zgłosił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz pkt 5 ustawy Pzp w warunkach gdy Przystępujący (poprzedni Odwołujący) spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu w tym te opisane w Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ w Rozdziale X pkt 1 ppkt 1.4 lit. a, b.

W wyroku z dnia 19 lutego 2024 r. Izba wprost wskazała, że „Zgodzić należy się z Odwołującym, że Zamawiający dokonał nadinterpretacji warunku udziału w postępowaniu w sposób, który eliminował z postępowania wykonawcę **będącego w stanie wykonać zamówienie.”.**

Jeżeli zatem Izba uznała, że Przystępujący jest w stanie wykonać zamówienie, to znaczy, że posiada wymaganą przez Zamawiającego zdolność zawodową wykazaną za pomocą odpowiednich podmiotowych środków dowodowych.

Z tego powodu Zamawiający będąc związany powyższą treścią wyroku Izby nie mógł dokonać ponownego badania i oceny złożonej przez Przystępującego oferty w sposób sprzeczny ze wskazówkami poprzedniego Składu Orzekającego.

Wymaga wskazania, że przepis art.528 ust.5 ustawy Pzp ma na celu realizację zasady ne bis in idem, która stanowi zakaz kolejnego orzekania o tym samym zagadnieniu prawnym w warunkach res iudicata, to jest w sytuacji, gdy w obrocie już funkcjonuje prawomocny wyrok.

Niezależnie od powyższej argumentacji należy podnieść, że również Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie podkreślił, że „**Zamawiający** uważa, że nie dopuścił się zarzucanych naruszeń, **działał bowiem w oparciu o wydany wyrok** (KIO 253/24), a także, że „Zamawiający**wykonał swoje czynności stosując się wyłącznie do treści orzeczenia KIO** 253/24 z dnia 19.02.2024 r.”.

W związku z tym Izba reprezentuje pogląd, że orzeczenia Izby adresowane do Zamawiających muszą gwarantować pewność obrotu zamówień publicznych, a nie generować nieuzasadnionych wątpliwości i niejednoznaczności po jego stronie.

Na tle powyższego rozstrzygnięcia należy również dostrzec, że postępowanie odwoławcze ma charakter sformalizowany i jest obwarowane licznymi warunkami mającymi zapewnić efektywność i ekonomikę realizowanych procedur, biorąc pod uwagę nadrzędność samych celów systemu zamówień publicznych, które mogą być osiągnięte jedynie poprzez między innymi uniknięcie możliwości wystąpienia w obrocie dwóch różnych rozstrzygnięć prawnych.

Wobec powyższego Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na zasadzie art.528 pkt.5 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art.575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 8 ust. 1 zd.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie

szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania .

Przewodniczący:……..……..……..……..……..

……..……..……..……..……..……....

……..……..……..……..……..……..