Sygn. akt KIO 2062/14

POSTANOWIENIE
z dnia 16 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego w dniu **16 października 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2014 r.
przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Medassist sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługi kompleksowego utrzymania czystości, w tym obsługa pomieszczeń kuchenek oddziałowych, obrót bielizną oraz czynności pomocnicze przy pacjencie* (nr postępowania GZP/3800/10/2014)
prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II w Bełchatowie z siedzibą w Bełchatowie**

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Medassist sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Medassist sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Medassist sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** na rzecz **zamawiającego – Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie z siedzibą w Bełchatowie kwotę 3617 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset

---

Sygn. akt KIO 2062/14

siedemnaście zł zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 2062/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II w Bełchatowie z siedzibą w Bełchatowie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp" lub „pzp"), w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Usługi kompleksowego utrzymania czystości, w tym obsługa pomieszczeń kuchenek oddziałowych, obrót bielizną oraz czynności pomocnicze przy pacjencie* (nr postępowania GZP/3800/10/2014).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 kwietnia 2014 r. pod nr 2014/S_073-126051, z tym że 14 kwietnia 2014 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.szpital-belchatow.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ" lub „s.i.w.z."}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 8.002.742,06 zł, co 1.894.184,97 euro, w tym wartość stanowi równowartość przewidywanych zamówień uzupełniających została określona na kwotę 1.302.529,63 zł, co stanowi równowartość 308.298,33 euro.

23 września 2014 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Medassist sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {zwanych dalej „Konsorcjum Vendi"} – informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjne, Handlowe i Usługowe „DELFA" B. P. z Warszawy {zwane również dalej w skrócie „Delfa"}.

3 października 2014 r. Odwołujący wniósł – w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie {zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu} od powyższej czynności Zamawiającego, a także od zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy Delfa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Delfa w sytuacji, gdy nie wykazał on, że spełnia warunki udziału w postępowaniu

dotyczące dysponowaniem odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – w terminie przewidzianym w przepisach ustawy pzp, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

2. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 – przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Delfa, pomimo że winien on być wykluczony z postępowania, a jego oferta winna być odrzucona.
3. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Delfa z powodu niespełnienia warunki udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w sytuacji, gdy na podstawie prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 30 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO 1433/14), uwzględniającego w całości odwołanie, wykonawca ten winien być wykluczony.
4. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
5. Art. 7 ust. 3 – przez udzielenie zamówienia Wykonawcy Delfa wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia czynności oceny ofert.
3. Dokonania czynności powtórnej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert.

Odwołujący sprecyzował okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania w następujący sposób.

{pkt I. uzasadnienia odwołania}

Odwołujący podał, że w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III pkt 2.1) oraz w rozdziale VI pkt I SIWZ Zamawiający podał, że dokona oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie załączonych do oferty dokumentów lub oświadczeń wymaganych w SIWZ. Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu

dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznych oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, Zamawiający żądał załączenia do oferty wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności

oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór wykazu stanowi załącznik nr 6 do SIWZ).

Zamawiający pismem z 25 czerwca 2014 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 pzp wykonawcę Delfa uzupełnienia oferty o prawidłowo sporządzony wykaz osób, o którym mowa w mowa w Rozdz. VI pkt 11.2) SIWZ, zgodnie z załącznikiem nr 6 SIWZ.

Odwołujący zarzucił, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca Delfa dokonał uzupełnienia dokumentów w postaci wykazu osób (załącznik nr 6 SIWZ) w sposób, który nie potwierdza, że na dzień składania ofert spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż uzupełnione dokumenty nie zawierają żadnej daty, to jest nie wynika z nich, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w terminie przewidzianym przez przepisy ustawy pzp. Odwołujący wskazał, że art. 26 ust. 3 pzp jednoznacznie określa termin, w którym wykonawcy mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. *nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.* W przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert został przewidziany na 16 czerwca 2014 r. Odwołujący dodał, że z uzupełnionych dokumentów nie wynika w żaden sposób, że stan, jaki potwierdzają, istniał na dzień składania ofert. Zamawiający nie posiada wiedzy, czy na dzień składania ofert wykonawca dysponuje osobami posiadającymi odpowiednie doświadczenie do wykonania zamówienia. Tym samym wykonawca nie udowodnił, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że dokument niezawierający daty jego wystawienia bądź nie zawierający oświadczenia, od jakiej daty wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu nie czyni zadość dyspozycji art. 26 ust. 3 pzp {vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1610/12}. Uzupełnione na wezwanie Zamawiającego dokumenty winny w sposób jednoznaczny, niebudzący jakichkolwiek wątpliwości potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień określony przez ustawodawcę i nie mogą być przedmiotem domniemania Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 pzp, dopuszczający możliwość uzupełniania przez wykonawców brakujących, niezłożonych w ofercie dokumentów i oświadczeń jest wyjątkiem od zasady, wynikającej z art. 44 ust. 1 pzp, składania dokumentów i oświadczeń wraz z ofertą, i należy go stosować ściśle, nie dopuszczając interpretacji rozszerzającej. Ustawodawca przewidział zatem, że w sytuacji dokumentów lub oświadczeń złożonych w wyniku wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 zdanie drugie pzp , dokumenty te (jak również oświadczenia) mają potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane

wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Odwołujący zarzucił w związku z powyższym, że zaniechanie wykluczenia wykonawcy Delfa jest przejawem nierównego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 pzp, a także art. 7 ust. 3 pzp, statuującego zasadę, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp.

{pkt II. uzasadnienia odwołania}

Odwołujący stwierdził również, że nawet gdyby uznać, że powyższy zarzut był przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO

1433/14, należy stwierdzić, że w wyroku wydanym w tamtej sprawie Izba uwzględniła w całości odwołanie z 9 lipca 2014 r. wniesione przez Odwołującego. Izba uznała za zasadne zarzuty, że wykonawca Delfa nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający, pomimo przysługującego mu prawa zaskarżenia przedmiotowego wyroku, nie wniósł skargi na orzeczenie Izby. Zdaniem Odwołującego ponieważ Zamawiający nie zakwestionował ww. wyroku, winien wykluczyć wykonawcę Delfa z postępowania oraz odrzucić jego ofertę.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z akt sprawy odwoławczej o sygn. KIO 1433/14 w następującym zakresie: odwołania z 9 lipca 2014 r. wniesionego przez niego – na okoliczność zarzutów w nim podnoszonych, a także z wyroku Izby z 30 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO 1433) – na okoliczność uwzględnienia odwołania.

8 października 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DGP Catering Partner sp. z o.o. z siedzibą w Legnicyt, DERSŁAW sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu, DGP Clean Partner sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu {zwani dalej w skrócie „Konsorcjum DGP"} zgłosili do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu – przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Konsorcjum DGP wskazało, że ma interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, gdyż złożyło ważną, niepodlegającą odrzuceniu ofertę i jest zainteresowane rozstrzygnięciem postępowania zgodnie z przepisami prawa.

Izba uwzględniła na podstawie art. 185 ust. 4 pzp opozycję zgłoszoną względem tego przystąpienia przez Odwołującego, gdyż uprawdopodobnił on brak interesu Kosorcjum DGP w oddaleniu odwołania. Niesporna była okoliczność, że po ostatniej ocenie ofert Konsorcjum DGP znajduje się na trzecim miejscu w rankingu ofert. Konsorcjum DGP mogłoby mieć raczej interes w uwzględnieniu odwołania, skoro podkreśla, że złożyło ważną ofertę, a tym samym ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W ocenie składu orzekającego Izby powołanie się na zainteresowanie rozstrzygnięciem postępowania zgodnie z przepisami prawa nie jest wystarczające, zwłaszcza że równie dobrze mogłoby być podniesione jako uzasadnienie przystąpienia po przeciwnej stronie. Reasumując, wobec braku sprecyzowania {ujawnienia} przez Konsorcjum DGP na czym polega jego interes w oddaleniu odwołania, opozycja Odwołującego zasługiwała na uwzględnienie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

16 października 2014 r. na posiedzeniu Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, gdyż Odwołujący powołał się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 1433/14 dotyczącej poprzedniego odwołania wniesionego 11 lipca 2014 r. przez Konsorcjum Vendi w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W złożonej wraz z wnioskiem pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że porównanie treści obu odwołań jednoznacznie wskazuje na tożsamość stron, zarzutów, okoliczności, podstawy prawnej zaskarżenia.

Zamawiający przywołał przy tym następujące stanowisko doktryny odnośnie rozumienia normy wynikającej z art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp: *Należy wskazać, że hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 189 ust. 2 pkt 4 powinna zostać odczytana w ten sposób, iż przez wyrażenie „odwołujący powołuje się na te same okoliczności" należy rozumieć okoliczności prawne i faktyczne, w tym w szczególności zarzuty (naruszenia określonych przepisów ustawy), podstawy faktyczne zarzutów (czynność bądź zaniechanie zamawiającego) oraz sformułowane na ich poparcie uzasadnienia faktyczne i prawne. Należy podnieść, iż do uznania, że pod pojęciem „odwołujący powołuje się na te same*

okoliczności", kryje się powołanie analogicznych zarzutów, ustawodawca posłużyłby się w art. 189 ust. 2 pkt 4 właśnie takim pojęciem – jednoznacznie rozumianym w nomenklaturze ustawy – Prawo zamówień publicznych. {Prawo *zamówień publicznych. Komentarz,* Paweł Granecki, 2014, C.H. Beck}.

Zamawiający podał, że w pierwotnym odwołaniu Odwołujący odnośnie wykonawcy Delfa podnosił dwa zarzuty: pierwszy – w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp), drugi – w zakresie potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp). Natomiast w aktualnym odwołaniu powtarza się dokładnie ten sam zarzut braku wykluczenia wykonawcy Delfa, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w zakresie potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp).

Zamawiający zacytował identyczne brzmienie pierwszych punktów listy zarzutów z obu odwołań oraz zacytował identyczne brzmienie uzasadnień dotyczących tych zarzutów.

W ocenie Zamawiającego przytoczone fragmenty jednoznacznie wskazują, że Odwołujący w aktualnym odwołaniu powołuje się również na te same okoliczności, zarzucając wykonawcy Delfa, że ten nie wykazał dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w terminie przewidzianym w przepisach ustawy pzp. W ten sposób Odwołujący oczywiście zmierza do sytuacji, w której Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrzy drugie odwołanie i zajmie się ponownie tymi samymi zarzutami, które były już podnoszone przez Odwołującego we wcześniejszym odwołaniu.

Zamawiający podniósł, że norma prawna wyrażona w art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp wyraża zasadę koncentracji materiału procesowego, w tym zarzutów podnoszonych w postępowaniu odwoławczym. Zamawiający przytoczył następujący fragment uzasadnienia postanowienia Izby z 28 maja 2013 r. (sygn. akr KIO 1145/13): *Izba wskazuje, iż odwołujący nie może dwukrotnie, a taka sytuacja w niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie ma miejsce, wnieść odwołania z powołaniem się na te same okoliczności faktyczne, gdyż rozstrzygnięcie odwołania opartego na określonych okolicznościach faktycznych powoduje stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej.* (...) *Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowej sprawie zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 189 ust. 2 pkt 4 PrZamPubl.*

Zamawiający zwrócił ponadto również uwagę na fakt, że zarzuty zawarte w pierwszym z odwołań zostały rozstrzygnięte wyrokiem. Zamawiający przytoczył brzmienie art. 192 ust. 2 pkt 1 pzp i podał, że wyrokiem z 30 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO 1433/14) Izba uwzględniła pierwsze z odwołań Odwołującego, co oznacza, że Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy.

Jednakże według Zamawiającego Odwołujący błędnie twierdzi, że wyrok uwzględniał odwołanie w całości, a podstawą tezy odwołującego jest wyłącznie sam fakt uwzględnienia odwołania, a nie treść wyroku i nakazu Izby. Zamawiający podniósł, że nie jest tak, jak chciałby sugerować Odwołujący, że Izba wydaje wyłącznie wyrok uwzględniający odwołanie w całości, gdyż Izba wydaje wyrok w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy pzp, wyłącznie w zakresie tak stwierdzonego naruszenia (art. 192 ust. 2 i 3 pzp). Zamawiający

wywiódł, że wszystkie z zarzutów zgłoszonych w pierwszym odwołaniu zostały rozpoznane i zostały rozstrzygnięte. Uwzględniony został jednak wyłącznie jeden zarzut – naruszenia przepisów w zakresie braku wykazania przez wykonawcę Delfa spełnienia warunków udziału w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, a więc dotyczący dyspozycji art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp. Wyłącznie w takim zakresie Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie tego wykonawcy *do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w Rozdzielę V pkt 2 ppkt 1b) SIWZ z zastosowaniem procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.* {por. wyrok z 30 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1433/14} *A contrario,* skoro Izba w wyroku wskazała wyłącznie na naruszenie dotyczące zakresu posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego dokładnie w rozdziale V pkt 2 ppkt 1b) SIWZ, czyli zakresu objętego dyspozycją art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp,

pozostałe zarzuty nie były zasadne. Niezasadny był zatem i zarzut dotyczący potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp), czyli zarzut obecnie ponownie zgłaszany. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 191 ust. 2 pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Zamawiający podsumował, że Izba rozpoznała zarzut i w dacie wyrokowania uznała, że nie był on zasadny, a wyrok ograniczał się wyłącznie do innego zarzutu. Stąd zdaniem Zamawiającego istnieje w tym zakresie stan powagi rzeczy osądzonej.

Zamawiający dodał, że art. 189 ust. 2 pkt 4 pzp w szerszym rozumieniu jest przepisem zabezpieczającym realizację zasady koncentracji środków ochrony prawnej oraz zapobiegającym ponownemu orzekaniu przez Izbę w tej samej sprawie, na podstawie tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych. W tym samym postępowaniu o zamówienie publiczne te same okoliczności faktyczne i prawne mogą być tylko raz przedmiotem odwołania wniesionego przez ten sam podmiot. Odmienna regulacja prowadziłaby bowiem do naruszenia art. 366 kpc. Granice powagi rzeczy osądzonej określa przedmiot rozstrzygnięcia i jego podstawa faktyczna, a jej granice podmiotowe obejmują tożsamość obydwu stron postępowania odwoławczego {patrz: wyrok Izby z 17 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1305/13}.

Zamawiający załączył do odwołania kopie odwołań Konsorcjum Vendi z 9 lipca i 3 października 2014 r. i wniósł o przeprowadzenie z nich dowodów, a także o przeprowadzenie dowodów z odwołania z 9 lipca 2014 r. wniesionego do Prezesa Izby, odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego z 25 lipca 2014 r. (znak GZP/0707/628/2014), a także z wyroku z 30 lipca 2014 r., znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 1434/14) – na okoliczność powoływania się przez Odwołującego wyłącznie na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, tożsamość zarzutów, tożsamość stron, tożsamość podstawy zaskarżenia {wszystkie trzy dokument}, a w szczególności

podnoszenia przez Odwołującego zarzutu braku wykluczenia wykonawcy Delfa z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp) {tylko odwołanie}, a także rozstrzygnięcia tego zarzutu w pierwszym postępowaniu {tylko wyrok}.

Izba uwzględniła wnioski dowodowe Odwołującego i Zamawiającego w ten sposób, że przeprowadziła dowód z obu odwołań, odpowiedzi na pierwsze odwołanie Zamawiającego z 25 lipca 2014 r., a także odpisu wyroku Izby z 30 lipca 2014 r. wraz z uzasadnieniem, które znalazły się w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, która została okazana w oryginale, a także złożona w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Ponadto Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie opisanym poniżej.

Na podstawie treści obu odwołań oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przesłanej w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, Izba ustaliła i zważyła , co następuje:

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie adekwatnie i zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy przywołał okoliczności faktyczne co do tożsamości aktualnie wniesionego odwołania z poprzednim odwołaniem wniesionym przez Konsorcjum Vendi, a także treścią wyroku z 30 lipca 2014 r. Natomiast odwołanie nie jest w tym ostatnim zakresie miarodajne.

Uzupełniająco ustalono, co następuje:

Zarówno poprzednio {odwołanie zostało wniesione 11 lipca 2014 r. w formie elektronicznej, kopia przekazana Zamawiającemu jest datowana na 9 lipca 2014 r.} jak i aktualnie wniesione odwołanie {w tym przypadku kopia odwołania ma taką samą datę jak dzień wniesienia odwołania w formie elektronicznej} dotyczą czynności wezwania przez Zamawiającego pismem z 25 czerwca 2014 r., w trybie art. 26 ust. 3 pzp, wykonawcy Delfa do uzupełnienia dokumentów o prawidłowo sporządzony wykazu osób, tj. z uwzględnieniem

informacji dotyczącej wymaganego doświadczenia osób w zakresie posiadania co najmniej 12-miesięcznego doświadczenia w pełnieniu podobnych funkcji (koordynatora / kierownika obiektu) związanych z utrzymaniem czystości w zakładach opieki zdrowotnej. Rezultatem tej czynności było uzupełnienie przez wykonawcę Delfa w zakreślonym terminie wykazu osób o wymagane przez Zamawiającego informacje {pismo z 26 czerwca 2014 r. z załącznikami}.

Zarówno wykaz złożony wraz z ofertą, jak i wykaz uzupełniony nie zawierały daty sporządzenia.

Poprzednio wniesione odwołanie jest niemal tożsame w brzmieniu z aktualnie wniesionym odwołaniem w zakresie okoliczności związanych z zarzutem naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp oraz art. 91 ust. 1 pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Delfa za niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – w terminie przewidzianym w przepisach ustawy pzp, w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, a także dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Dodatkowo w poprzednim odwołaniu odwołujący zgłosił żądanie wykluczenia wykonawcy Delfa oraz odrzucenia jego oferty.

Natomiast w aktualnie wniesionym odwołaniu dodatkowo wskazano na wstępie naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 pzp w związku z wyborem oferty wykonawcy Delfa, co zostało jednak analogicznie opisane w uzasadnieniu obu odwołań.

Jedyne novum aktualnie wniesionego odwołania stanowi wskazanie dodatkowo na wyrok Izby z 30 lipca 2014 r. w sprawie 1433/14 jako przesądzającego, że wykonawca Delfa powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, co zostało wplecione w listę zarzutów na wstępie odwołania, a dodatkowo opisane w pkt II. uzasadnienia.

Pomijając zarzuty dotyczące Konsorcjum DGP, poprzednie odwołanie zawierało ponadto względem oferty wykonawcy Delfa: po pierwsze – analogicznie sformułowane zarzuty – oparte na analogicznym uzasadnieniu, ale związane z niewykazaniem spełniania warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia, po drugie – odrębny zarzut dotyczący niewykazania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w związku z załączeniem dla wykonywanej usługi o charakterze ciągłym referencji, która została wystawiona wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, tj. w sposób sprzeczny z terminem określonym w ustawie pzp {w odwołaniu nie wskazano dokładnie o naruszenie jakiego przepisu chodzi}.

W odpowiedzi na poprzednio wniesione odwołanie {pismo z 25 lipca 2014 r.} Zamawiający uznał za zasadny wyłącznie drugi z powyżej wymienionych zarzutów i oświadczył, że ponieważ zaniechał w tym zakresie wezwania wykonawcy Delfa do uzupełnienia dokumentu zawierającego błąd {niebędącego poświadczeniem dla nadal wykonywanych usług wydanym nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem składania ofert} na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, co jest czynnością obligatoryjną w toku badania

i oceny ofert, zobowiązany jest unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz oceny ofert.

Natomiast Zamawiający uznał za niezasadne wszystkie pozostałe zarzuty {powtórzone w aktualnie wniesionym odwołaniu}, obszernie uzasadniając swoje stanowisko, co wyczerpuje większość treści odpowiedzi na odwołanie.

W wyroku z 30 lipca 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1433/14 z odwołania Konsorcjum Vendi Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu: *unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy: B. P.*

prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „DELFA" B. P. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 1b) *SIWZ z zastosowaniem procedury określonej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.*

W uzasadnieniu wyroku Izba odnotowała, że: *Zamawiający pismem z dnia 25 lipca 2014 r. uwzględnił część zarzutów odwołania w zakresie dokonania wyboru oferty wykonawcy P.P.H. i U. Delfa B. P., jednak nie wezwał ww. wykonawcy w spornym zakresie o uzupełnienie brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.*

W następnym akapicie Izba uzasadniła uwzględnienie odwołania w następujący sposób: *Wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w zakresie dotyczącym wykonawcy P.P.H. i U. Delfa B. P. i niewezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należało nakazać Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy : B. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „DELFA" B. P. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 1b) SIWZ z zastosowaniem procedury określonej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.*

W wykonaniu powyższego wyroku Zamawiający pismem z 5 sierpnia 2014 r. wezwał wykonawcę Delfa na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, do uzupełnienia dokumentów oferty o prawidłowo wystawiony dokument poświadczenia należytego wykonania usługi.

W zakreślonym terminie wykonawca Delfa przesłał pismo z 7 sierpnia 2014 r., do którego załączył referencję wystawioną 16 lipca 2014 r.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu.

Art. 189 ust. 2 ustawy pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z art. 189 ust. 4 pzp.

Izba stwierdziła zaistnienie co najmniej jednej przesłanki odrzucenia odwołania w rozpoznawanej sprawie.

Jedną z podstaw odrzucenia odwołania, wynikającą z normy art. 189 ust. 2 pkt 4 pzp, jest powołanie się przez odwołującego wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania {o udzielenie zamówienia}, wniesionego przez tego samego odwołującego.

Izba podziela w tym zakresie w pełni ocenę prawną wyrażoną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i uznaje ją za własną.

Dodatkowo Izba uznała za celowe odniesienie się do podnoszonego przez Odwołującego na posiedzeniu argumentu, że aktualnie wniesione odwołanie w stosunku do poprzedniego zawiera dodatkowo: po pierwsze – pkt 5 listy zarzutów (naruszenie art. 7 ust. 3 pzp), po drugie – okoliczność niewykonania wyroku Izby z 30 lipca 2014 r., który uwzględnił poprzednio wniesione odwołanie.

Przede wszystkim Odwołujący nie dostrzega, że podstawą odrzucenia odwołania nie jest tożsamość listy zarzutów na wstępie odwołania, ani listy zgłoszonych żądań, ani tożsamość redakcji uzasadnienia odwołania {która akurat w tej sprawie niemal zachodzi}, ale powołanie się na te same okoliczności, czyli okoliczności prawne i faktyczne dotyczące czynności lub zaniechań zamawiającego naruszających przepisy ustawy pzp, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia na skutek poprzedniego odwołania. Prawidłowe rozumienie normy art. 189 ust. 2 pkt 4 pzp zostało trafnie oddane w tezie zacytowanej powyżej z komentarza do ustawy pzp autorstwa P. Graneckiego.

Na marginesie należy zauważyć, że uzasadnienie poprzednio wniesionego odwołania zawierało również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 pzp, gdyż został on w taki sam sposób ujęty

w uzasadnieniu obu odwołań.

Natomiast okoliczności dotyczące wydania wyroku z 30 lipca 2014 r. {które w odwołaniu nie zostały przywołane w sposób zgodny z rzeczywistością} nie tworzą nowych okoliczności, które uzasadniają nowe zarzuty związane z nowymi czynnościami

Zamawiającego, ale stanowią wypełnienie hipotezy art. 189 ust. 2 pkt 4 pzp w tym postępowaniu odwoławczym.

Należy zauważyć, że wszystkie wymienione w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy pzp i wypunktowane na wstępie zarzuty są związane z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy Delfa za niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia {Zamawiający nie sprecyzował w postępowaniu żadnego warunku w zakresie potencjału technicznego}, gdyż uzupełniony na wezwanie Zamawiającego z 25 lipca 2014 r. wykaz osób nie zawiera żadnej daty. Wszystkie inne zarzuty mają charakter wtórny, niesamodzielny, niesamoistny, tzn. żaden z nich samodzielnie lub nawet łącznie nie mógłby być podstawą uwzględnienia odwołania, jeżeli nie znalazłby potwierdzenia powyżej wyspecyfikowany zarzut zasadniczy.

Odwołujący stwarza jedynie pozory, że wnosi odwołanie od wyboru oferty z 1 lipca 2014 r., gdyż w rzeczywistości nie wskazuje na żadne okoliczności dotyczące nieprawidłowości w zakresie badania i oceny ofert powtórzonego w związku z poprzednim wyrokiem Izby. W wyroku tym Izba nakazała wezwanie wykonawcy Delfa w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego w s.i.w.z. Odwołanie w ogóle nie odnosi się do czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów z 5 sierpnia 2014 r. i jej rezultatu, stanowiących wykonanie wyroku z 30 lipca 2014 r. Zamiast tego odwołujący ponownie odwołuje się od badania i oceny ofert z 1 lipca 2014 r., a konkretnie od rezultatów wezwania z 25 czerwca 2014 r. do uzupełniania dokumentów na potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym. Tymczasem okoliczności te były już przedmiotem rozpoznania przez Izbę, gdyż były zawarte w odwołaniu z 9 lipca 2014 r., które 11 lipca 2014 r. wniosło do Prezesa izby Konsorcjum Vendi.

Ponadto Odwołujący niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy twierdzi, że uwzględnienie poprzedniego odwołania wynikało z uwzględnienia przez Izbę odwołania w całości, w tym z uznania zasadności zarzutu dotyczącego niewykazania warunku dotyczącego potencjału kadrowego, co stoi w oczywistej sprzeczności z sentencją wyroku z 30 lipca 2014 r. Wynika z niej wprost, że potwierdzenie znalazł wyłącznie zarzut dotyczący niewykazania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Ponadto już na podstawie tej sentencji ustalić można, że nie znalazły potwierdzenia zarzuty dotyczące niewykazania warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz potencjału osobowego oparte na analogicznych podstawach faktycznych, a związane z brakiem daty na wykazach uzupełnionych przez wykonawcę Delfa za pismem z 26 czerwca 2014 r. Skutkiem uwzględnienie tych zarzutów – których istotą jest, że uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 pzp dokumenty muszą wykazywać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż

w dniu, w którym upłynął termin składania ofert – mogłoby być wyłącznie nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Delfa. Ponadto z uzasadnienia wyroku wynika wprost, że Izba uwzględniła odwołanie wyłącznie w takim zakresie, w jakim uprzednio uznał zarzuty Zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie uznał za zasadny wyłącznie zarzut związany z nieaktualnością poświadczenia należytego wykonania usługi. Zamawiający nie uznał natomiast pozostałych zarzutów, w tym zarzutów odnośnie niewykazania przez wykonawcę Delfa spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a Izba nie dokonała odmiennego rozstrzygnięcia tych zarzutów.

Ponadto należy stwierdzić, że ponieważ nieodrzucenie oferty wykonawcy Delfa z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego

dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest zgodne z wyrokiem Izby z 30 lipca 2014 r., odwołanie podlega odrzuceniu również na podstawie normy art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp, gdyż dotyczy w ten sposób czynności {zaniechania}, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią tego wyroku.

Wreszcie, z uwagi na brak w odwołaniu zarzutów dotyczących badania i oceny ofert przeprowadzonej w wyniku wyroku Izby z 30 lipca 2014 r., odwołanie podlega odrzuceniu jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, tj. 10-dniowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp, który należy liczyć od zawiadomienia przez Zamawiającego z 1 lipca 2014 r.

Wobec stwierdzenia zajścia przesłanek odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 ustawy pzp. Z tego względu, Izba – działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z p § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i 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 tymi kosztami w postaci uiszczonego przez niego wpisu oraz uzasadnionymi kosztami Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem (fakturą VAT), a także opłaty skarbowej

od pełnomocnictwa, zgodnie z potwierdzeniem jej uiszczenia złożonym na posiedzeniu. Wobec braku jakiejkolwiek aktywności drugiego pełnomocnika, Izba nie uznała za uzasadnione koszty postępowania odwoławczego kosztów opłaty skarbowej od drugiego pełnomocnictwa. Ponadto Izba nie zasądziła wnioskowanych kosztów dojazdu samochodem na wyznaczone posiedzenie Izby z uwagi na brak złożenia w tym zakresie jakichkolwiek rachunków do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: ……..