

Sygn. akt: KIO 134/11

POSTANOWIENIE
z dnia 1 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron w dniu 1 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 21.01.2011 r. przez wykonawcę **ISS Facility Services Spółka z o.o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa** od czynności dokonanej przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź** w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa żywienia pacjentów i personelu jednostek Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Kopernika w Łodzi”

przy udziale wykonawcy **Gastro Serwis Spółka z o.o., ul. Szkolna 14, 95-054 Ksawerów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża **ISS Facility Services Spółka z o.o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ISS Facility Services Spółka z o.o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **ISS Facility Services Spółka z o.o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź** stanowiącej uzasadnione koszty poniesione z tytułu usług prawniczych i zastępstwa przez Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do postanowienia z dnia 1 lutego 2011 r. o sygn. akt KIO 134/11

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) – zwanej dalej "ustawą Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa żywienia pacjentów i personelu jednostek Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Kopernika w Łodzi”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Gastro Serwis Spółka z o.o. oraz ISS Facility Services Spółka z o.o. Oferta wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o. otrzymała w oparciu o kryteria oceny ofert łącznie 97 punktów, zaś oferta wykonawcy ISS Facility Services Spółka z o.o. otrzymała łącznie 87,49 punktu.

Izba ustaliła, iż przedmiotowe postępowania odwoławcze zostało poprzedzone postępowaniem odwoławczym o sygn. akt KIO 2323/10 wskutek wniesienia odwołania w dniu 25 października 2010 r. w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę ISS Facility Services Spółka z o.o. Krajowa Izba Odwoławcza w ramach powyższego postępowania wydała orzeczenie w postaci wyroku z dnia 5 listopada 2010 r.

W ramach odwołania o sygn. akt KIO 2323/10 wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2010 r. Odwołujący - ISS Facility Services Spółka z o.o. w odniesieniu do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Gastro Serwis Spółka z o.o., pomimo że oferta ta, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia Gastro Serwis Spółka z o.o., pomimo, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ;
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione wezwanie Gastro Serwis Spółka z o.o. do uzupełnienia dokumentów, w sytuacji gdy oferta ta podlega odrzuceniu;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy oferta odpowiada treści SIWZ (w tym również brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego);

co w konsekwencji skutkuje naruszeniem dyspozycji art. 91 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie mogła być uznana za najkorzystniejszą.

W ramach zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Gastro Serwis Spółka z o.o., pomimo że oferta ta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2323/10 wskazał w pkt II c uzasadnienia, iż wykonawca Gastro Serwis Spółka z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej, tj. posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na poziomie 3 mln zł (pkt 6.1.3. SIWZ).

Analiza orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10 wskazuje, iż Izba w wyniku uwzględnienia odwołania nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie badania i oceny ofert. Izba w składzie rozpatrującym niniejsze odwołanie wskazuje, iż Krajowa Izba Odwoławcza w treści orzeczenia z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10 nie nakazała Zamawiającemu wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o. ze względu na nie wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej (pkt 6.1.3 SIWZ). Ponadto uzasadnienie powyższego orzeczenia wskazuje, iż w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2323/10 Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła żadnego z zarzutów podniesionych przez Odwołującego wobec wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o. W szczególności należy wskazać, iż w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10 skład orzekający Izby wskazał, że: „Na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia przedstawił inny dokument, który potwierdza spełnienie opisanego przez Zamawiającego warunku. Izba uznała, że wskazane przez wykonawcę Gastro Serwis sp. z o.o. przyczyny braku informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-rozliczeniowej są wiarygodne i w świetle art. 26 ust. 2c ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadniają możliwość przedstawienia przez tego wykonawcę innego dokumentu, potwierdzającego spełnienie opisanego przez Zamawiającego warunku. W szczególności złożone przez Gastro Serwis sp. z o.o. wyjaśnienia uzasadniają okoliczność zastosowania powyższego artykułu”.

Izba ustaliła również, na podstawie oświadczenia złożonego przez Odwołującego w treści odwołania o sygn. akt KIO 134/11, iż Odwołujący nie wniósł na orzeczenie z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10 skargi do sądu na podstawie art. 198a ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 12.01.2011 r. Zamawiający pismem znak EZ/263/55/48/2011 zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez wykonawcę Gastro Serwis Spółka z o.o., ul. Szkolna 14, 95-054 Ksawerów. Zamawiający uznał również, iż brak było ofert podlegających odrzuceniu, jak również wskazał, iż nie wykluczył z postępowania żadnego z wykonawców. Powyższa czynność została dokonana przez Zamawiającego w ramach realizacji orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10.

W dniu 21.01.2011 r. wykonawca ISS Facility Services Spółka z o.o. wniósł odwołanie wobec powyższej czynności zarzucając Zamawiającemu naruszenie naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem:

- art. 26 ust. 3 i 4 i art. 25 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 26 ust. 2c ustawy Pzp oraz postanowień pkt 6.1.3. SIWZ poprzez nieuprawnione zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w zakresie oceny pełnienia przez wykonawcę Gastro Serwis Spółka z o.o. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, w sytuacji gdy złożony pierwotnie przez wykonawcę dokument nie potwierdza jednoznacznie i obiektywnie spełnienia przez wykonawcę Gastro Serwis Spółka z o.o. tego warunku udziału w postępowaniu;

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o., pomimo że wykonawca ten nie spełnia obiektywnie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej;

Co w konsekwencji, zdaniem Odwołującego, skutkuje naruszeniem dyspozycji przepisu art. 91 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie mogła być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał w treści odwołania, że składa odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania oraz zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, których prawne ramy określa w tym przypadku także orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2323/10, nakazujące Zamawiającemu m.in. powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, polegających na:

1) Błędym przyjęciu przez Zamawiającego, iż jest zwolniony na mocy orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2323/10 przy powtórzonej czynności badania i oceny ofert od obowiązku dalszego badania spełniania

warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej GASTRO SERWIS Spółka z o.o., podczas gdy w zakresie poprzednio podniesionych przez Odwołującego zarzutów dotyczących prawidłowości dokumentu potwierdzającego spełnianie tego warunku przez Gastro Serwis, przywołane orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczy wyłącznie oceny zasadności, możliwości oraz stwierdzenia zaistnienia przesłanek ustawowych do posłużenia się przez wykonawcę Gastro Serwis innym dokumentem, o którym mowa w art. 26 ust. 2c na potwierdzenie spełniania opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu (oświadczenie Vangalen sp. z o.o. „Potwierdzenie zobowiązania do przekazania środków finansowych” z dnia 24.09.2010). W żadnym razie, w ocenie Odwołującego, nie należy interpretować treści i uzasadnienia orzeczenia KIO w taki sposób, że Krajowa Izba Odwoławcza dokonała w orzeczeniu oceny wiarygodności oświadczenia Vangalen sp. z o.o., a co za tym idzie, iż dokument złożony przez Gastro Serwis w ofercie potwierdza obiektywnie i definitywnie spełnianie przez Gastro Serwis warunku określonego przez Zamawiającego. To zadanie należy bowiem do Zamawiającego;

2) zaniechaniu w toku powtórzonej przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, przeprowadzonej przez Zamawiającego na podstawie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2323/10 wezwania Gastro Serwis do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentu dołączonego pierwotnie do oferty Gastro Serwis, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. posiadania przez Wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej na poziomie minimum 3 000 000 zł.

3) w konsekwencji zaniechaniu wykluczenia oferty Gastro Serwis, pomimo, iż Zamawiający nie sfalsyfikował w sposób rzetelny i z zachowaniem należytej staranności uzasadnionej okolicznościami faktycznymi i prawnymi występującymi w Postępowaniu tj. zastosowaniem procedury dopuszczenia innego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 2c, która to procedura jest wyjątkiem od przyjętych w Ustawie reguł, czy Wykonawca Gastro Serwis w rzeczywisty i obiektywny sposób spełnia warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego, dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawcy (zarzuty szczegółowo przytoczone zostały w treści uzasadnienia),

4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Gastro Serwis.

W uzasadnieniu powyższego odwołania Odwołujący przedstawił żądania oraz uzasadnienie prawne i faktyczne dla podniesionych zarzutów, jak również wskazał, iż w celu zapobieżenia ewentualnemu odrzuceniu przedmiotowego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 lub 5 ustawy Pzp, a tym samym uznanie

przez Izbę, że w tej sprawie zachodzi powaga rzeczy osądzonej (*res iudicata*) Odwołujący wskazał, iż:

1) nie zachodzi okoliczność wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ, jakkolwiek zarzuty Odwołującego dotyczą tego samego dokumentu tj. oświadczenia Vangalen sp. z o.o. „Potwierdzenie zobowiązania do przekazania środków finansowych” z dnia 24.09.2010, odmienny jest jednak zakres zarzutów Odwołującego, ich podstawa faktyczna i prawna oraz zakres żądań Odwołującego. W poprzednim odwołaniu Odwołujący wskazywał, iż oświadczenie Vangalen sp. z o.o. jest dokumentem, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Ustawy (udostępnienie potencjału finansowego). Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2323/10, oświadczenie Vangalen Spółka z o.o. mogło być potraktowane przez Zamawiającego jako inny dokument, o którym mowa w art. 26 ust. 2c. Postępowanie dowodowe w tej sprawie przeprowadzone na rozprawie dotyczyło wyłącznie wykazania istnienia przesłanek do zastosowania art. 26 ust. 2c Ustawy.

2) Obecne zarzuty Odwołującego dotyczą zaniechań Zamawiającego w zakresie rzetelnej i obiektywnej weryfikacji spełniania warunku udziału w postępowaniu potwierdzonego przedmiotowym dokumentem przez Gastro Serwis Spółka z o.o. Tym samym Odwołujący nie powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się tj. orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2323/10.

3) Obiektywne zaniechania Zamawiającego w procesie powtórnego badania i oceny ofert nie pozwalają także na stwierdzenie, że zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 tj., że odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Wręcz przeciwnie, zaniechania Zamawiającego prowadzi do wypaczenia przepisów ustawy oraz orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2323/10.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, iż nie zaskarżył orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10 z dwóch powodów:

1) Wobec faktu, że orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10 uwzględnia zarzuty Odwołującego i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a uprzednio unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego zaskarżenie korzystnego dla siebie orzeczenia nie jest działaniem logicznym.

2) Jako drugi powód rezygnacji z zaskarżenia orzeczenia o sygn. akt KIO 2323/10 Odwołujący wskazał, iż zawierzył deklaracji Zamawiającego złożonej w piśmie procesowym, odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 listopada 2010 r., oczekując rzetelnej weryfikacji i

obiektywnej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz dokumentu złożonego przez Gastro Serwis na okoliczność potwierdzenia zdolności ekonomicznej i finansowej. Zamawiający wprost przecież stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że „Zamawiający potraktował dokument przedstawiony przez Gastro Serwis sp. z o.o. jako sposób alternatywnego udowodnienia, że wykonawca spełnia stawiane przez Zamawiającego warunki finansowe. Aktualnie jednakże, ponieważ wskutek wniesionego przez Odwołującego odwołania Zamawiający powtórzy czynność oceny złożonych w postępowaniu ofert, Zamawiający deklaruje wezwanie spółki Gastro Serwis sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie i ew. złożenia dokumentów uzupełniających.”.

W ocenie Odwołującego trzyosobowy skład orzekający w tej sprawie wskazuje, iż Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w myśl przepisu art. 188 ust. 1 uznał, że sprawa ma charakter szczególnie zawiły lub precedensowy. Wydaje się, iż precedensowy charakter sprawy dotyczy możliwości potraktowania dokumentu złożonego przez Gastro Serwis jako innego dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2c Ustawy.

W dalszej części uzasadnienia odwołania o sygn. akt KIO 134/11 zostało wskazane, że jakkolwiek orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2323/10 jest formalnie korzystne dla Odwołującego, Odwołujący różni się w ocenie prawnej w zakresie możliwości potraktowania oświadczenia Vangalen sp. z o.o. „Potwierdzenie zobowiązania do przekazania środków finansowych”. Mimo, iż orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest prawomocne i nie zostało zaskarżone przez Odwołującego, Odwołujący zauważa, że „Potwierdzenie zobowiązania do przekazania środków finansowych” bliższe jest regulacji dotyczącej udostępnienia potencjału, o której mowa w art. 26 ust. 2b Ustawy niż regulacji, o której mowa w art. 26 ust. 2c.

W tym zakresie Odwołujący przedstawił uzasadnienie prawne dla swojego poglądu, wskazując jednocześnie, że w tym kontekście można mieć wątpliwości, co do trafności orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10 w zakresie wykładni art. 26 ust. 2c ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację postępowania odwoławczego, dokumentację postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego w niniejszej sprawie, dokumentację postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2323/10, a także oświadczenia stron przedstawione na posiedzeniu, Izba ustaliła, co następuje.

Izba na podstawie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp powołała z urzędu jako dowód dokumentację postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2323/10.

Izba ustaliła, że szacunkowa wartość zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, ustalona przez Zamawiającego, jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 12.01.2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Gastro Serwis Spółka z o.o., która uzyskała łącznie 97 punktów w oparciu o kryteria oceny ofert.

W dniu 21.01.2011 r. wykonawca ISS Facility Services Spółka z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem:

- art. 26 ust. 3 i 4 i art. 25 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 26 ust. 2c ustawy Pzp oraz postanowień pkt 6.1.3. SIWZ poprzez nieuprawnione zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w zakresie oceny pełnienia przez wykonawcę Gastro Serwis Spółka z o.o. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, w sytuacji gdy złożony pierwotnie przez wykonawcę dokument nie potwierdza jednoznacznie i obiektywnie spełnienia przez wykonawcę Gastro Serwis Spółka z o.o. tego warunku udziału w postępowaniu;

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o., pomimo że wykonawca ten nie spełnia obiektywnie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej;

Co w konsekwencji, zdaniem Odwołującego, skutkuje naruszeniem dyspozycji przepisu art. 91 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie mogła być uznana za najkorzystniejszą.

Powyższe okoliczności są bezsporne i zostały potwierdzone przez strony na posiedzeniu Izby.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Izba na wstępie wskazuje, iż mocą art. 189 ust. 2 ustawy Pzp jest zobligowana do zbadania na wstępie odwołania z punktu widzenia formalnoprawnego. W przypadku ustalenia, iż została spełniona którakolwiek z przesłanek do odrzucenia odwołania, wskazanych enumeratywnie w art. 189 ust. 2 pkt 1 – 7 ustawy Pzp, Izba jest zobligowana do odrzucenia odwołania.

W ocenie Izby odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Izba ustaliła ponadto, iż ustalony stan faktyczny wypełnia również hipotezę normy prawnej uregulowanej w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, który wskazuje, że 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.

Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza w niniejszym składzie stoi na stanowisku, iż wyżej opisany stan faktyczny w pełni odpowiada hipotezie normy prawnej wyrażonej w art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy Pzp i tym samym obliguje do zastosowania dyspozycji ww. przepisów. Wobec powyższego odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy Pzp, gdyż kumulatywnie zostały wypełnione hipotezy powyższych przepisów.

W zakresie przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Izba stwierdziła co następuje.

Art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Niewątpliwie norma prawna wyrażona w art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stoi na czele zasady koncentracji materiału procesowego (zarzutów), w tym podnoszonych w postępowaniu odwoławczym zarzutów. Art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w szerszym rozumieniu jest przepisem zabezpieczającym realizację zasady koncentracji środków ochrony prawnej oraz zapobiegającym ponownemu orzekaniu przez Izbę w tej samej sprawie, w oparciu o te same okoliczności faktyczne i prawne.

Należy wskazać, iż hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp winna zostać odczytana w ten sposób, iż pod pojęciem „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. Podnieść należy, 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 ustawy Pzp właśnie takim pojęciem – jednoznacznie rozumianym w nomenklaturze ustawy Pzp. W odniesieniu do powyższych wywodów Izba za celowe uznała przywołanie fragmentu uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 334/09, w który Izba stwierdziła, że: „Zarzut zasadza się zarówno na podstawie faktycznej, jak i prawnej. Zmiana podstawy prawnej, w odniesieniu do tych samych okoliczności faktycznych, powoduje, iż nie można mówić o tożsamości zarzutów, jednakże uwzględniając zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, należy przyjąć, iż zarzuty oparte o tę samą podstawę faktyczną, muszą być powoływane jednocześnie”.

W tym przypadku mamy do czynienia z tożsamością podstaw faktycznych (dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej podmiotu), jak również podstaw prawnych (art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 91 ustawy Pzp) – rozbudowanych w drugim odwołaniu jedynie o pewne przepisy towarzyszące (art. 26 ust. 3 i 4, art. 25 ust. 1 pkt 1 oraz art. 26 ust. 2c ustawy Pzp), które równie dobrze mogłyby stać się podstawą zarzutów alternatywnych odwołania, lub tylko i wyłącznie przedmiotem żądań. Wszakże celem wniesienia odwołania jest, zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uzyskanie danego zamówienia, nie zaś konwalidacja oferty konkurencyjnej. Samo uzupełnienie oferty konkurencyjnego wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak również zmiana kwalifikacji prawnej (z art. 26 ust. 2b lub art. 26 ust. 2c ustawy Pzp) dokumentów na podstawie wyjaśnień (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) nie prowadzi do uzyskania zamówienia. Do takiego celu, wyrażonego w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp pod pojęciem interesu w uzyskaniu zamówienia, zmierza eliminacja wykonawcy konkurencyjnego z postępowania, np. w oparciu o normę prawną wyrażoną w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego wszystkie te elementy obu odwołań należy uznać za okoliczności, którym należy przypisać zbieżność we wnoszonych kolejno, przez tego samego odwołującego, w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego środkach ochrony prawnej, tj. w niniejszym stanie faktycznym w postępowaniach odwoławczych o sygn. akt KIO 2323/10 i o sygn. akt KIO 134/11. Nie sposób zgodzić się w tej materii z tezą zawartą przez Odwołującego w uzasadnieniu rozpatrywanego odwołania, w którym zostało wskazane, że: „Nie zachodzi okoliczność wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ, jakkolwiek zarzuty Odwołującego dotyczą tego samego dokumentu tj. oświadczenia Vangalen sp. z o.o. „Potwierdzenie zobowiązania do przekazania środków

finansowych" z dnia 24.09.2010, odmienny jest jednak zakres zarzutów Odwołującego, ich podstawa faktyczna i prawna oraz zakres żądań Odwołującego. W poprzednim odwołaniu Odwołujący wskazywał, iż oświadczenie Vangalen sp. z o.o. jest dokumentem, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Ustawy (udostępnienie potencjału finansowego). Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2323/10, oświadczenie Vangalen Spółka z o.o. mogło być potraktowane przez Zamawiającego jako inny dokument, o którym mowa w art. 26 ust. 2c. Postępowanie dowodowe w tej sprawie przeprowadzone na rozprawie dotyczyło wyłącznie wykazania istnienia przesłanek do zastosowania art. 26 ust. 2c Ustawy". Odwołujący wskazał również, iż obecne zarzuty Odwołującego dotyczą zaniechań Zamawiającego w zakresie rzetelnej i obiektywnej weryfikacji spełniania warunku udziału w postępowaniu potwierdzonego przedmiotowym dokumentem przez Gastro Serwis Spółka z o.o.

Izba w tym zakresie wskazuje, iż podniesione przez Odwołującego w rozpatrywanym odwołaniu o sygn. akt KIO 134/11 okoliczności, tj. zarzuty (art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 i 4, art. 25 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 26 ust. 2c, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 91 ustawy Pzp), ich podstawy faktyczne (zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy wobec niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej) są tożsame jak podniesione w odwołaniu o sygn. akt KIO 2323/10. Należy również wskazać, iż pomimo braku podniesienia wprost w treści odwołania z dnia 25 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2323/10) zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 i 4, art. 25 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, podniesionych w ramach odwołania o sygn. akt KIO 134/11, z treści odwołania z dnia 25 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2323/10) wynika, iż art. 26 ust. 3 ustawy Pzp był przedmiotem zaskarżenia, gdyż Odwołujący wskazał na str. 18 odwołania, że: „W konsekwencji Zamawiający powinien być zobowiązany do wezwania Gastro do uzupełnienia przez Vangalen dokumentu z banku lub kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej dysponowanie środkami umożliwiającymi udostępnienia dla Gastro możliwości skorzystania z limitu pożyczkowego w wysokości 5,6 mln zł. Jednocześnie Zamawiający winien wezwać do uzupełnienia dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej oświadczenie w imieniu Vangalen, co nie wynika z treści załączonych do oferty dokumentów". Świadczy to jedynie o odmiennym sformułowaniu zarzutów, nie zaś o braku tożsamości pomiędzy wniesionymi przez tego samego odwołującego w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego środków ochrony prawnej (o sygn. akt KIO 2323/10 oraz KIO 134/11).

W powyższym zakresie Izba w niniejszym składzie podziela w całej rozciągłości tezę sformułowaną w treści uzasadnienia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2009 r. o sygn. akt KIO 1430/09, w której zostało wskazane, że: „Znaczenie zarzutu należy rekonstruować i oceniać przede wszystkim na podstawie całokształtu jego

treści, tzn. w odniesieniu do zakresu i znaczenia okoliczności faktycznych stanowiących podstawę i uzasadnienie jego postawienia, a nie tylko opierać się na odesłaniu do przepisu, którego naruszenie zarzut podnosi”.

Z obydwu odwołań (z dnia 25 października 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10 oraz z dnia 21 stycznia 2011 r. o sygn. akt KIO 134/11) wynika, iż Odwołujący – ISS Facility Services Spółka z o.o., zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wobec nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej określonej w pkt 6.1.3. SIWZ, jak również zarzuca Zamawiającemu tym samym dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ustawy Pzp.

W ocenie Izby powyższe wskazuje, iż Odwołujący we wniesionych kolejno środkach ochrony prawnej w ramach tego samego postępowania odwoławczego powołał się na identyczne okoliczności.

Otóż Odwołujący w rozpatrywanym odwołaniu (o sygn. akt KIO 134/11) ponowił, podtrzymał i uzupełnił o nową argumentację prawną i faktyczną, jak również rozbudował o nowe żądania i zarzuty zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 91 ustawy Pzp wskutek zaniechania wykluczenia wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o. wobec niespełnienia przez tego ostatniego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej (pkt 6.1.3. SIWZ).

Choć Odwołujący w treści odwołania o sygn. akt KIO 134/11 rozszerzył argumentację prawną oraz faktyczną, jak również zmodyfikował i rozszerzył swoje żądanie nie ulega wątpliwości, iż mamy do czynienia z tym samym zarzutem dotyczącym zaniechania wykluczenia wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o. o. ze względu na nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej.

Wskazane powyższej okoliczności były przedmiotem rozstrzygnięcia przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2323/10. Izba w wyroku z dnia 5 listopada 2010 r. wskazała, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 91 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż jak Izba stwierdziła, wykonawca Gastro Serwis Spółka z o.o. potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej, co poskutkowało tym, iż w sentencji powyższego orzeczenie nie nakazano Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o. z postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż została wypełniona hipoteza normy prawnej uregulowanej w art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, co obliguje Krajową Izbę Odwoławczą do odrzucenia przedmiotowego odwołania.

W zakresie przesłanki odrzucenia z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp Izba stwierdziła co następuje.

Art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Izba na wstępie podnosi, iż wykładnia literalna powyższego przepisu wskazuje, iż aby doszło do wypełnienia hipotezy normy prawnej art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp i tym samym do ukonstytuowania się obowiązku odrzucenia odwołania przez Izbę, wystarczające jest zaistnienie którejkolwiek ze wskazanych tam trzech okoliczności.

Należy wskazać na wstępie, iż zarówno z sentencji orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2323/10), jak również z uzasadnienia powyższego orzeczenia nie wynika obowiązek wykluczenia przez Zamawiającego z postępowania wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o. Uzasadnienie powyższego orzeczenia wskazuje, iż Krajowa Izba Odwoławcza w ramach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2323/10 uznała, iż: „W zakresie zarzutu dotyczącego nieprzedstawienia przez Gastro Serwis sp. z o.o. wymaganego dokumentu potwierdzającego sytuację finansową lub zdolność kredytową tego wykonawcy, Izba uznała ten zarzut za nieuzasadniony”.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, iż w żadnym razie nie należy interpretować treści i uzasadnienia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10 w taki sposób, że Izba dokonała w tym orzeczeniu oceny wiarygodności oświadczenia Vangalen Spółka z o.o., a co za tym idzie, iż dokument złożony przez Gastro Serwis Spółka z o.o. w ofercie potwierdza obiektywnie i definitywnie spełnianie przez Gastro Serwis Spółka z o.o. warunku określonego przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego przywołane orzeczenie dotyczy wyłącznie oceny zasadności, możliwości oraz stwierdzenia zaistnienia przesłanek ustawowych do posłużenia się przez wykonawcę Gastro Serwis Spółka z o.o. innym dokumentem, o którym mowa w art. 26 ust. 2c ustawy Pzp na potwierdzenie spełniania opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Izba w składzie rozpatrującym niniejsze odwołanie wskazuje, iż Krajowa Izba Odwoławcza w treści orzeczenia z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10 nie nakazała Zamawiającemu wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o. ze względu na nie wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej (pkt 6.1.3 SIWZ). Ponadto uzasadnienie powyższego orzeczenia wskazuje, iż w ramach

odwołania o sygn. akt KIO 2323/10 Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła żadnego z zarzutów podniesionych przez Odwołującego wobec wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o. W szczególności należy wskazać, iż w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10 skład orzekający Izby wskazał, że: „Na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia przedstawił inny dokument, który potwierdza spełnienie opisanego przez Zamawiającego warunku. Izba uznała, że wskazane przez wykonawcę Gastro Serwis sp. z o.o. przyczyny braku informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-rozliczeniowej są wiarygodne i w świetle art. 26 ust. 2c ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadniają możliwość przedstawienia przez tego wykonawcę innego dokumentu, potwierdzającego spełnienie opisanego przez Zamawiającego warunku. W szczególności złożone przez Gastro Serwis sp. z o.o. wyjaśnienia uzasadniają okoliczność zastosowania powyższego artykułu”.

Wobec powyższego Zamawiający nie miał obowiązku badania spełnienia przez wykonawcę Gastro Serwis Spółka z o.o. spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej, gdyż z treści orzeczenia o sygn. akt KIO 2323/10 wynika, iż zarzut nieprzedstawienia przez Gastro Serwis Spółka z o.o. wymaganego dokumentu potwierdzającego sytuację finansową lub zdolność kredytową tego wykonawcy Izba uznała za nieuzasadniony, jak również Izba uznała, iż wykonawca ten w powyższym zakresie przedstawił inny dokument, który potwierdza spełnienie opisanego przez Zamawiającego warunku.

Tym samym brak wykluczenia przez Zamawiającego wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o. z postępowania oraz uznanie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej, jak również uznanie oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą oznacza, że czynności Zamawiającego zostały wykonane zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10. Powyższe oznacza również zaistnienie przesłanki uregulowanej w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Powyższego nie zmienia również powołanie w odwołaniu oraz w piśmie procesowym z dnia 31.01.2011 r. nowych dowodów i okoliczności na potwierdzenie zarzutów, tj. nie uchyla bezwarunkowego obowiązku odrzucenia odwołania, jeżeli dotyczy ono czynności dokonanych przez Zamawiającego zgodnie z wyrokiem Izby. Zaistnienie powyższej przesłanki obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, niezależnie od faktu, czy w sprawie pojawiły się jakieś nowe dowody. Odwołujący bowiem w toku posiedzenia stwierdził, iż w ramach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2323/10 pełnomocnik Odwołującego nie podniósł w toku rozprawy kwestii związanych z brakiem spełnienia warunku przez wykonawcę Gastro Serwis Spółka z o.o. Należy wskazać, iż nowe fakty i dowody można

natomiast powoływać w skardze na orzeczenie Izby. Zgodnie bowiem z art. 198a ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. Postępowanie apelacyjne w procedurze cywilnej polega na powtórnym merytorycznym rozpoznaniu sprawy przez sąd wyższej instancji.

Należy również wskazać, iż Odwołujący w treści rozpatrywanego odwołania polemizuje z poczynionymi przez skład orzekający Izby, rozpatrującej odwołanie o sygn. akt KIO 2323/10, ustaleniami prawnymi oraz prawidłowością ich subsumpcji do normy wynikającej z art. 26 ust. 2c ustawy Pzp. Takie działanie należy uznać za niedopuszczalne. Wzruszenie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z art. 198a ust. 1 ustawy Pzp może nastąpić jedynie w drodze skargi do sądu. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, aby w ramach merytorycznego rozpoznania niniejszego odwołania doszło do polemiki Odwołującego z treścią prawomocnego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10.

Izba stwierdziła, w oparciu o dokumentację postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2323/10, iż przedmiotem obydwu odwołań był m.in. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o. ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej. Choć odwołanie o sygn. akt KIO 2323/10 zostało uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą i Izba nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert to jednak uwzględnienie to należy odnieść jedynie do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż Izba w wyroku z dnia 5 listopada 2010 r. oddaliła wszystkie zarzuty podniesienie przez Odwołującego wobec oferty wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o., jak również oddaliła zarzuty dotyczący zaniechania wykluczenia tegoż wykonawcy ze względu na nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu w przedmiocie zdolności finansowej podmiotu.

W tym zakresie Izba w niniejszym składzie nie podziela poglądu wyrażonego przez Odwołującego w odwołaniu o sygn. akt KIO 134/11, który stwierdził, iż skład orzekający Izby w ramach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2323/10 nie odniósł się do kwestii spełnienia warunku zdolności finansowej przez wykonawcę Gastro Serwis Spółka z o.o. i jedynie uznała, iż dopuszczalne jest zastąpienie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp dokumentami wskazanymi w art. 26 ust. 2c ustawy Pzp. Skład Izby rozpatrującej odwołanie o sygn. akt KIO 2323/10 oddalił wszystkie zarzuty podniesione przez Odwołującego wobec wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o., w tym również zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia tegoż wykonawcy wobec nie spełnienia warunku udziału

w postępowanie w zakresie zdolności finansowej. Powyższe oznacza, iż Izba uznała, że wykonawca Gastro Serwis Spółka z o.o. spełnia powyższy warunek i tym samym Zamawiający nie był uprawniony do weryfikacji oferty wykonawcy Gastro Serwis w pod kątem jego spełnienia, gdyż działanie przeciwne nie stanowiłoby wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10 i byłoby działaniem sprzecznym z ustaleniami poczynionymi przez Izbę w składzie rozpatrującym powyższe odwołanie.

Izba wskazuje, iż pomimo uwzględnienia odwołania o sygn. akt KIO 2323/10 brak było podstaw do uznania, iż wniesienie od rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej zawartego w tym orzeczeniu skargi do sądu stanowiłoby działanie nieracjonalne.

Biorąc pod uwagę kwalifikację punktową ofert wykonawców samo uwzględnienie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego nie skutkowało uzyskaniem przez tego ostatniego zamówienia, bowiem na skutek nieskutecznego podniesienia zarzutów wobec wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o. i wobec ich nieuwzględnienia przez Izbę w orzeczeniu z dnia 5 listopada 2001 r. o sygn. akt KIO 2323/10 wykonawca ten nadal zajmował pierwszą pozycję w rankingu oferty, tj. jego oferta nadal była ofertą najkorzystniejszą. Tym samym orzeczenie o sygn. akt KIO 2323/10 mogłoby zostać wzruszone tylko i wyłącznie wskutek wniesienia skargi na rozstrzygnięcie Izby. Tego rodzaju czynności, tj. wzruszenia orzeczenia Izby w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2323/10 i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność została wykonana zgodnie z orzeczeniem Izby o sygn. akt KIO 2323/10 w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp nie może zostać dokonane w ramach pierwszoinstancyjnego środka ochrony prawnej, tj. w toku kolejnego postępowania odwoławczego. Powyższemu na przeszkodzie stoi dyspozycja normy prawnej wyrażonej w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, która nakazuje Izbie bezwzględne (obligatoryjne) odrzucenie odwołania w przypadku stwierdzenia, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający dokonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Tym samym czynność wykonana zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej nie może być już przedmiotem kolejnego odwołania, gdyż rozstrzygnięcie odwołania opartego na określonych okolicznościach faktycznych powoduje stan powagi rzeczy osądzonej.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę treść sentencji orzeczenia z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2323/10, w którym Izba nie nakazała wykluczenia z postępowania wykonawcy Gastro Serwis Spółka z o.o., jak również zawarte w uzasadnieniu ustalenia dokonane przez Izbę, wskazujące, że wykonawca Gastro Serwis Spółka z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej (str. 12 uzasadnienia) Zamawiający nie miał obowiązku oraz prawa weryfikacji zdolności finansowej wykonawcy

Gastro Serwis i tym bardziej nie miał prawa wykluczenia tegoż wykonawcy wobec uznania przez Izbę, iż spełnia on ten warunek.

Wobec powyższego Izba uznała, iż została również wypełniona hipoteza normy prawnej uregulowanej w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, co obliguje Krajową Izbę Odwoławczą do odrzucenia przedmiotowego odwołania także na tej podstawie.

Izba w niniejszym składzie wskazuje, iż zarówno norma prawna wyrażona w art. 189 ust. 2 pkt 4, jak również norma prawna wyrażona w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowią urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym, mającej swoje źródło w procedurze cywilnej, zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*). Zapobiegają one ponownemu orzekaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej samej sprawie – czy szerzej, w sprawie, w której postępowanie odwoławcze zostało już prawomocnie zakończone. Śladów instytucji prawomocności orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej można doszukać się w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że: „W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”.

W tym stanie rzeczy Izba, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy Pzp, odrzuciła odwołanie, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 ust 1 i 2; § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 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).

Izba nie uwzględniła zgłoszonych przez Przystępującego kosztów zastępstwa przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zgodne bowiem z § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika zalicza się koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, jedynie w przypadku uwzględnienia w całości odwołania przez

zamawiającego oraz wniesienia sprzeciwu przez przystępującego na podstawie 186 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron.

Przewodniczący:

.....