

POSTANOWIENIE
z dnia 27 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio
Grzegorz Matejczuk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu **27 sierpnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2015 r.

przez wykonawcę: **UNIFEQ Europe sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (mundury polowe)* (nr postępowania D/60/2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa nr 4226 w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PHPU IMA ZPCHR I. S. – W. i M. W. sp. j. z siedzibą Limanowej, Zakłady Odzieżowe „Wybrzeże” Spółdzielnia Inwalidów z siedzibą w Gdańsku, Spółdzielnia Inwalidów „Elremet” w Białej Podlaskiej z siedzibą w Białej Podlaskiej, PHPU IMA ZPCHR I. S. – W. i M. W. sp. j. z siedzibą Limanowej** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego – UNIFEQ Europe sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – : UNIFEQ Europe sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa nr 4226 w Warszawie – 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 „ppz”), w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (mundury polowe)* (nr postępowania D/60/2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 marca 2015 r. pod nr 2015/S_057-099082, z tym że 16 marca 2015 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.2rblog.wp.mil.pl), na której udostępnił od 23 marca 2015 r. tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

14 sierpnia 2015 r. Odwołujący – UNIFEQ Europe sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Unifeq”} – wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie {zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu} od następująco określonych czynności Zamawiającego w zakresie części nr 3 i 4 zamówienia {dalej również: „zadania nr 3 i 4”}:

1. Odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Dokonania wyboru jak najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PHPU IMA ZPCHR I. S. – W. i M. W. sp. j. z siedzibą Limanowej, Zakłady Odzieżowe „Wybrzeże” Spółdzielnia Inwalidów z siedzibą w Gdańsku, Spółdzielnia Inwalidów „Elremet” w Białej Podlaskiej z siedzibą w Białej Podlaskiej, PHPU IMA ZPCHR I. S. – W. i M. W. sp. j. z siedzibą Limanowej {dalej również: „Konsorcjum”}, zaniechania wykluczenia Konsorcjum i odrzucenia jego oferty.
3. Zawarcia przez Zamawiającego umowy z Konsorcjum.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez odrzucenie oferty Odwołującego z powołaniem się na to, że podlegał wykluczeniu, gdyż w ocenie Zamawiającego nie spełnił wymogu zatrudnienia osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej

i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego w liczbie ponad 50% zatrudnionych pracowników ogółem.

2. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez niedokonanie wykluczenia Konsorcjum, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty Konsorcjum, pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy PHPU IMA ZPCHR I. S. – W. i M. W. sp. j. – lider konsorcjum nie złożył oświadczenia zgodnego załącznikiem nr 6 do SIWZ obejmującego zatrudnianie pracowników niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego w liczbie ponad 50% zatrudnionych pracowników ogółem.
3. Art. 24 ust. 1 pkt 4 w zw. z ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 – przez niedokonanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania i nieodrzućenie oferty Konsorcjum, pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie niekaralności członków organów zarządzającego za wymienione w ustawie pzp przestępstwa.
4. Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, a nie oferty Konsorcjum.
5. Art. 183 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1 – przez zawarcie z Konsorcjum 7 sierpnia 2015 r. umowy, tzn. w okresie, w którym UNIFEQ Europe sp. z o.o. mógł złożyć odwołanie od czynności Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia umowy zawartej z Konsorcjum.
2. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Uznania, że oferowane przez Odwołującego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ.
4. Powtórzenia czynności polegającej na dokonaniu oceny ofert.
5. Wykluczenia Konsorcjum i odrzucenia oferty Konsorcjum za niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.
6. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniach nr 3 i 4.

Odwołujący wywiódł, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest wykonawcą zdolnym do jego wykonania, który złożył ofertę na zadania nr 3 i 4, a jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący podał, że jego oferta została odrzucona na podstawie wyroku Izby z 15 czerwca 2015 r. (sygn. akt 1142/15), na który wniósł skargę (postępowanie prowadzone jest przez Sąd Okręgowy Warszawa-Praga pod sygn. akt IV Ca 1050/15).

Zdaniem Odwołującego ponieważ powyższy wyrok Izby nie jest prawomocny, aktualnie wniesione odwołanie nie może zostać odrzucone. Brak prawomocnego wyroku nakazującego wykluczenie Unifeq i odrzucenie złożonej przez niego oferty powoduje, że po jego stronie istnieje interes do zaskarżenia czynności Zamawiającego obejmujących wykluczenie Unifeq i przede wszystkim wybór oferty Konsorcjum.

Odwołujący stwierdził, że domaga się nakazania Zamawiającemu dokonania czynności, w wyniku których oferta Konsorcjum, wadliwie uznana za najkorzystniejszą w zadaniach nr 3 i 4, powinna stać się ponownie przedmiotem badania i oceny, a w konsekwencji powinna zostać odrzucona, a Konsorcjum wykluczone z postępowania.

Według Odwołującego oznacza to, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, może ponieść realną szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia, które powinien uzyskać. W sytuacji wyboru drugiej oferty, pomimo istnienia podstaw do jej odrzucenia, przed uzyskaniem prawomocnego wyroku sądu powszechnego, Unifeq zostanie poszkodowany. Zaniechanie prawidłowego badania i oceny oferty Konsorcjum i jej nieodrzućenia, a ponadto odrzucenie oferty Odwołującego, pozbawia go możliwości uzyskania i realizacji zamówienia. Szkada, którą może ponieść Odwołujący wyraża się w utracie korzyści, w razie uzyskania zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów pzp.

W ocenie Odwołującego powyższe wyczerpuje materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania, określoną w art. 179 ust. 1 pzp.

Odwołujący dodał, że w poprzednim postępowaniu odwoławczym, ponieważ jego oferta była wówczas wybrana jako najkorzystniejsza, nie posiadał interesu do podnoszenia zarzutów dotyczących wadliwości oferty Konsorcjum. Według Odwołującego interes ten zaktualizował się dopiero na skutek wyboru oferty Konsorcjum, a odrzucenie oferty Unifeq nie jest przesłanką negatywną istnienia interesu, gdyż nie jest prawomocne.

Zamawiający poinformował Izbę, że 14 sierpnia 2015 r. przekazał faksem drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu kopię odwołania.

17 sierpnia 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PHPU IMA ZPCHR I. S. – W. i M. W. sp. j. z siedzibą Limanowej, Zakłady Odzieżowe „Wybrzeże” Spółdzielnia Inwalidów z siedzibą w Gdańsku, Spółdzielnia Inwalidów „Elremet” w Białej Podlaskiej z siedzibą w Białej Podlaskiej, PHPU IMA ZPCHR I. S. – W. i M. W. sp. j.

z siedzibą Limanowej – zgłosili w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

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

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia Izba ustaliła i zważyła , co następuje:

W wyroku z 15 czerwca 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1142/15 Izba uwzględniła odwołanie Konsorcjum i nakazała Zamawiającemu w zakresie zadania nr 3 i 4: po pierwsze – unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty, po drugie – powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty, po trzecie – wykluczenie Unifeq z postępowania i odrzucenie jego oferty. W postępowaniu odwoławczym Unifeq występował jako przystępujący po stronie Zamawiającego.

W informacji o wynikach postępowania z 4 sierpnia 2015 r. Zamawiający poinformował o wyborze w zadaniach nr 3 i 4 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum,

W tym samym piśmie Zamawiający poinformował również o wykluczeniu Unifeq na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp oraz odrzuceniu oferty złożonej przez Unifeq na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, a także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp – z uwagi na fakt, że oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu. Zamawiający podał następujące uzasadnienie: *Zgodnie z dyspozycją wyroku KIO z dnia 15.06.2015 r., sygn. akt 1142/15.*

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.

Zgodnie art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że dotyczy ono 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.

Ponadto art. 185 ust. 6 pzp wynika, że odwołujący oraz wykonawca wezwany do udziału w postępowaniu odwoławczym nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo żądaniem zawartym w odwołaniu, którego zarzuty zamawiający uznał w całości.

Odwołanie wniesione w tej sprawie podlega odrzuceniu, gdyż dotyczy wykluczenia Unifeq i odrzucenia jego oferty, czyli czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z sentencją wyroku Izby w poprzedniej sprawie odwoławczej, w której Unifeq uczestniczył w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Wbrew temu, co wydaje się Odwołującemu, nie ma znaczenia, czy powyższy wyrok jest prawomocny, gdyż taka okoliczność nie jest to objęta hipotezą normy z art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp. Hipoteza tej normy obejmuje czynności wykonane przez zamawiającego na skutek wyroku Izby, aby uniemożliwić wystąpienia w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym. Jeżeli czynność stanowi wykonanie wyroku Izby, wykonawca nie może jej już zakwestionować przed Izbą. Art. 189 ust. 2 pkt 5 stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), która ma zapobiegać ponownemu orzekaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej samej sprawie.

Przepisy ustawy pzp przewidują korzystanie przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej w trybie instancyjnym. Jeżeli czynność zamawiającego stanowi wykonanie wyroku Izby, prawidłowość tej czynności może zostać podważona wyłącznie w drodze wniesienia skargi na ten wyrok do sądu przez któregokolwiek z uczestników postępowania odwoławczego {co wynika z art. 198a ust. 1 pzp}. Wyłącznie sądowi działającemu jako instancja odwoławcza przysługuje kognicja do orzekania co do istoty sprawy dotyczącej kwestionowania czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z orzeczeniem Izby. Z art. 198f ust. 2 pzp wynika, że w razie uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie Izby i orzeka co do istoty sprawy.

Skoro Odwołujący wniósł skargę na wyrok Izby nakazujący wykluczenie go z postępowania i odrzucenie jego oferty, a czynności te zostały już wykonane przez Zamawiającego, wyłącznie sąd może orzekać co do tego, czy czynności te są zgodne z przepisami ustawy pzp. W konsekwencji wyłącznie w drugiej instancji Unifeq jest podmiotem uprawnionym do kwestionowania tych czynności, które uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia w zakresie dwóch części, na które złożył ofertę najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert.

Z tego względu Unifeq nie jest podmiotem uprawnionym do kwestionowania w drodze odwołania dalszych czynności, które Zamawiający podjął w postępowaniu w związku z odrzuceniem oferty Unifeq. Wybór oferty Konsorcjum jest konsekwencją wykluczenia Unifeq z postępowania i odrzucenia jego oferty, która pierwotnie została uznana za najkorzystniejszą. Skoro Unifeq nie może przed Izbą skutecznie skarżyć czynności, które wyeliminowały go z postępowania o udzielenie zamówienia, nie jest uprawniony do wniesienia odwołania od wyboru oferty Konsorcjum, który nie nastąpiłby, gdyby Unifeq nie został wykluczony, a jego oferta odrzucona. W tym zakresie materializuje się przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 2 pzp, a odwołanie w tej części podlega odrzuceniu jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że Unifeq nie miał i nie ma legitymacji w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp do wniesienia odwołania na zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum czy odrzucenia jego oferty w zadaniu nr 3 i 4. Skoro poza wszelkim sporem jest okoliczność, że spośród tych dwóch ofert złożonych na te części zamówienia według kryteriów oceny ofert korzystniejsza jest oferta Unifeq, jego legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej wyczerpuje się w skarżeniu czynności eliminujących go z postępowania. Wyłącznie te czynności Zamawiającego narażają go na szkodę, rozumianą jako możliwość uzyskania zamówienia w tym postępowaniu. Innymi słowy skarżenie tych czynności jest warunkiem koniecznym i zarazem wystarczającym dla zapewnienia sobie przez Unifeq możliwości uzyskania zamówienia.

Izba zważyła, że wniesienie odwołania na czynności Zamawiającego będące konsekwencją czynności wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby, nie może być wykorzystywane jako swoiste zabezpieczenie faktycznej możliwości uzyskania przez Unifeq zamówienia do czasu zakończenia sprawy w drugiej instancji. W przeciwieństwie do wniesienia odwołania, które tamuje możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego aż do czasu ogłoszenia orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze

{co wynika z art. 183 ust. 1 pzp}, brak upływu terminu na wniesienie skargi od tego orzeczenia, a nawet wniesienie takiej skargi, nie wstrzymuje możliwości zawarcia umowy.

Wobec stwierdzenia zajścia przesłanek odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 w zw. z pkt 2 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 bez udziału Stron i Przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z § 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczzonego przez niego wpisu.

Przewodniczący:

.....

.....