

POSTANOWIENIE

z dnia 11 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 11 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę PBS sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Kraków – Urząd Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IBC Advisory S.A., Centrum Badań Marketingowych INDICATOR sp. z o.o. oraz MWG Studio sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego – PBS sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Miejska Kraków – Urząd Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający” oraz „GM Kraków”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Badania ankietowe podróży w ramach Kompleksowych Badań Ruchu w Krakowskim Obszarze Metropolitalnym 2023 – powtórzenie” (Nr referencyjny: OR-10.271.99.2022, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2023 r. pod numerem 2023/S 002-002704.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

3 kwietnia 2023 r. wykonawca PBS sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (dalej: „Odwołujący” oraz „PBS sp. z o.o.”) wniósł odwołanie od czynności dokonania wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IBC Advisory S.A., Centrum Badań Marketingowych INDICATOR sp. z o.o. oraz MWG Studio sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum” oraz „IBC Advisory S.A.”), mimo że nie jest ona ofertą najkorzystniejszą, ponieważ dokumenty na podstawie których przyznano Konsorcjum punkty w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika badań ankietowych”, zawierają szereg fałszywych informacji, wobec czego wybór jego oferty narusza art. 239 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz obciążenie GM Kraków kosztami postępowania, w tym uzasadnionymi kosztami PBS sp. z o.o. w wysokości określonej spisem kosztów, który zostanie złożony do akt sprawy.

Ponadto Odwołujący wniósł o wezwanie na rozprawę i przesłuchanie w charakterze świadków pani J. P. i pana W. T. w celu ustalenia następujących okoliczności:

- 1) czy pan W. T. był w rzeczywistości kierownikiem badań ujawnionych w złożonym

- przez Konsorcjum „wykazie dodatkowego doświadczenia”;
- 2) jaki był rzeczywisty okres wykonywania badań ujawnionych w „wykazie”;
 - 3) jaka była rzeczywista liczba przebadanych w ich ramach respondentów i gospodarstw domowych;
 - 4) jaki był rzeczywisty zakres prowadzonych badań, w szczególności przez wskazanie:
 - a) czy badania obejmowały analizę przemieszczeń i preferencji transportowych mieszkańców wyodrębnionej jednostki terytorialnej i jaka była to jednostka,
 - b) czy w badaniach wykorzystywany był tzw. dzienniczek podróży, tj. kwestionariusz zawierający pytania dotyczące źródeł i celów wykonanych podróży, wykorzystanych środków komunikacji, motywacji podróży, czasu zrealizowanych podróży,
 - c) czy badania analizowały i mierzyły zachowania komunikacyjne związane z korzystaniem z transportu samochodowego oraz innych środków mobilności (komunikacja publiczna, rowery na minuty, hulajnogi elektryczne, carsharing, carpooling),
 - d) czy w ramach badań analizowane były źródła i cele podróży (realizowane w dni robocze, wolne od pracy i święta), pokonywane odległości, motywacje, wykorzystywane środki komunikacji i transportu oraz czas podróży.

W treści uzasadnienia zarzutów odwołania wykonawca PBS sp. z o.o. wskazał, że Zamawiający, działając w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2023 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 544/23, w dniu 24 marca 2023 r. ujawnił Odwołującemu treść „wykazu dodatkowego doświadczenia” złożonego przez Konsorcjum oraz tego samego dnia przekazał również informację o ponownym wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IBC Advisory S.A., Centrum Badań Marketingowych INDICATOR sp. z o.o. oraz MWG Studio sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Odwołujący podniósł, że z uwagi na to, iż treść informacji zawartych w „wykazie” budzi jego poważne wątpliwości, nawiązał kontakt z panią J. P. (dalej: „koordynatorka”), która brała udział w wykonywaniu przez Centrum Badań Marketingowych INDICATOR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „CBM INDICATOR”) badań na rzecz GiPA, a więc podmiotu na rzecz którego miały być wykonywane usługi wymienione w „wykazie”. PBS sp. z o.o. wskazała, że udział wyżej wymienionej osoby polegał na pełnieniu funkcji koordynatorki regionalnej tzn. osoby nadzorującej pracę ankieterów na terenie województwa świętokrzyskiego. Odwołujący podkreślił, że z wyjaśnień złożonych przez koordynatorkę wynika jednoznacznie, że

informacje przedstawione przez Konsorcjum w „wykazie” oraz dodatkowych wyjaśnieniach z dnia 22 lutego 2023 r. ewidentnie nie odpowiadają prawdzie w przedmiocie: okresu realizacji badań, liczby przebadanych respondentów oraz zakresu prowadzonych badań.

Odnośnie nieprawdziwego okresu realizacji badań PBS sp. z o.o. podniosła, że z wyjaśnień koordynatorki wynika, iż czas prowadzenia badań na rzecz GiPA nie przekraczał dwóch miesięcy, a w przekazanych jej do badań materiałach, CBM INDICATOR każdorazowo podkreślał, że jest to badanie realizowane cyklicznie co roku. W ocenie Odwołującego należy zatem uznać, że zawarta w „wykazie” informacja, jakoby badania trwały około 14 miesięcy jest fałszywa i służy manipulacji polegającej na sumowaniu respondentów dwóch różnych, kolejnych badań, tak aby ich liczba przekraczała 5 tysięcy.

W przedmiocie nieprawdziwej liczby przebadanych respondentów wykonawca PBS sp. z o.o. zaznaczył, że konsorcjum w „wykazie” podało, iż w badaniach na rzecz GiPA przebadano każdorazowo nieco ponad 5 tysięcy gospodarstw domowych, nie podając jednocześnie liczby respondentów. Odwołujący wskazał, że za gospodarstwo domowe, w rozumieniu pkt 20.3 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) uznać należy grupę osób zamieszkujących razem i wspólnie utrzymujących się, a zatem w przypadku badań gospodarstw domowych liczba przebadanych respondentów powinna być wyższa niż liczba przebadanych gospodarstw (z wyłączeniem przypadku prowadzenia badań wyłącznie na gospodarstwach jednoosobowych, który jednak w niniejszej sprawie nie zachodzi). PBS sp. z o.o. podkreśliła, że z wyjaśnień złożonych przez koordynatorkę wynika natomiast, że w badaniach na rzecz GiPA liczba respondentów nie przekraczała 3 tysięcy, a badania nie były prowadzone na więcej niż jednej osobie z gospodarstwa domowego, ponieważ w warunkach prowadzenia badań wprost zabroniono prowadzenia wywiadu z więcej niż jedną osobą z gospodarstwa. Odwołujący podniósł, że informacja taka znajduje potwierdzenie również na stronie internetowej CBM INDICATOR (<https://indicator.pl/co-oferujemy/specjalizacje>), na której podano, że liczba respondentów w badaniach realizowanych na rzecz GiPA nie przekraczała 3 tysięcy.

W nawiązaniu do zarzutu dotyczącego nieprawdziwego zakresu prowadzonych badań Odwołujący zaznaczył, że w „wykazie” Konsorcjum wskazało, że przeprowadzone badania były wieloaspektowymi badaniami zachowań komunikacyjnych mieszkańców w wyodrębnionej jednostce terytorialnej, zawierające analizy przemieszczeń oraz preferencji transportowych, z wykorzystaniem dzienniczka podróży. Jednocześnie, w ramach złożonych 22 lutego 2023 r. wyjaśnień dodano, że badania analizowały i mierzyły zachowania komunikacyjne związane z korzystaniem z transportu samochodowego oraz innych środków mobilności (komunikacja publiczna, rowery na minuty, hulajnogi elektryczne, carsharing,

carpooling) oraz, że w ich ramach analizowane były źródła i cele podróży (realizowane w dni robocze, wolne od pracy i święta), pokonywane odległości, motywacje, wykorzystywane środki komunikacji i transportu oraz czas podróży. Wykonawca PBS sp. z o.o. podniósł, że z wyjaśnień koordynatorki wynika, że informacje te są całkowicie niewiarygodne z następujących powodów. Po pierwsze, w badaniach nie wykorzystywano dzienniczka podróży, czyli w myśl pkt 20.3 SWZ – kwestionariusza zawierającego pytania dotyczące źródeł i celów wykonanych podróży, wykorzystanych środków komunikacji, motywacji podróży, czasu zrealizowanych podróży. W rzeczywistości pytania ankietowe dotyczyły eksploatacji i serwisowania samochodu. Badano preferencje, zachowania kierowców odnośnie używania, utrzymywania i naprawiania samochodów osobowych. Podczas badania przeprowadzono inwentaryzację samochodów w gospodarstwie domowym (liczba samochodów i w odniesieniu do wszystkich: marka, rok produkcji, stan licznika, liczba kilometrów przejechana w ciągu roku). Pytano także o marki opon, olejów silnikowych, serwisowanie i inne zachowania związane z użytkowaniem samochodów osobowych. Po drugie, nieprawdziwe jest twierdzenie jakoby badania analizowały i mierzyły zachowania komunikacyjne związane z korzystaniem z transportu samochodowego oraz innych środków mobilności (komunikacja publiczna, rowery na minuty, hulajnogi elektryczne, carsharing, carpooling). Faktycznie badania dotyczyły wyłącznie kwestii związanych z samochodem osobowym, co więcej, zgodnie z instrukcją dla ankietów, respondentami w badaniu mogły być tylko osoby posiadające prawo jazdy. Po trzecie, nieprawdą jest, jakoby w ramach badań, analizowane były źródła i cele podróży (realizowane w dni robocze, wolne od pracy i święta), pokonywane odległości, motywacje, wykorzystywane środki komunikacji i transportu oraz czas podróży. W rzeczywistości w żadnym z pytań ankietowych nie proszono respondenta o wskazywanie źródeł i celów podróży. Po czwarte, nieprawdą jest, jakoby badania obejmowały mieszkańców wyodrębnionej jednostki terytorialnej, gdyż w rzeczywistości były to badania ogólnopolskie.

Zdaniem Odwołującego zważywszy, że z wiedzy dostępnej na tym etapie postępowania wynika, że zarówno w „wykazie dodatkowego doświadczenia” jak i wyjaśnieniach z dnia 22 lutego 2023 r., Konsorcjum przekazało szereg niezgodnych z prawdą informacji, to dokumentom tym należy odmówić mocy dowodowej, a zatem nie sposób uznać, że na ich podstawie można przyznać jakiegokolwiek punkty w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika badań ankietowych”. Wykonawca PBS sp. z o.o. nadmienił, że postawiony przez niego zarzut opiera się na zakwestionowaniu wiarygodności oświadczeń złożonych w Postępowaniu, a więc w tej sytuacji nieodzownym wydaje się przeprowadzenie dowodów z przesłuchania osób, które mają wiedzę na temat rzeczywistego charakteru badań przeprowadzonych przez CBM INDICATOR na rzecz GiPA.

7 kwietnia 2023 r. do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IBC Advisory S.A., Centrum Badań Marketingowych INDICATOR sp. z o.o. oraz MWG Studio sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania w całości jako bezpodstawnego. Wykonawca IBC Advisory S.A. podniósł, że z uwagi na fakt, że okoliczności związane z oceną prawidłowości dokonanej czynności Zamawiającego, polegającej na badaniu i ocenie oferty Przystępującego były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. akt KIO 544/23), przedmiotowe odwołanie kwalifikuje się do odrzucenia na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem Odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie poprzedniego odwołania. Przystępujący zwrócił również uwagę, że wykonawca PBS sp. z o.o. do dnia upływu terminu do złożenia (pierwszego) odwołania od rozstrzygnięcia postępowania (wyboru najkorzystniejszej oferty) miał możliwość zwrócenia się do Zamawiającego o udostępnienie treści wyjaśnień Konsorcjum z dnia 22 lutego 2023 r., czego nie uczynił. Niezależnie, na podstawie odtajnienia niektórych dokumentów dołączonych do oferty Przystępującego (m.in. referencje) Odwołujący miał świadomość, co do przedmiotu należycie wykonanych usług, w tym okresu, w jakim usługi te były wykonywane, a także podmiotu, zlecającego wykonanie przedmiotowych usług. Pomimo podstaw do zakwestionowania adekwatności realizowanych usług, PBS sp. z o.o. nie zawarła jakichkolwiek zarzutów w tym zakresie, a zatem – w ocenie Przystępującego – przedmiotowe odwołanie kwalifikuje się do odrzucenia również na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem faktycznie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożoną w postępowaniu odwoławczym prowadzonym pod sygn. akt KIO 544/23 oraz uzupełnioną w niniejszej sprawie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w dniu 27 lutego 2023 r. wykonawca PBS sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) zaniechania ujawnienia dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IBC Advisory S.A., Centrum Badań Marketingowych INDICATOR sp. z o.o. oraz MWG Studio sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, obejmujących podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe oraz wyjaśnienia odnoszące się do rażąco niskiej ceny, mimo że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, co narusza art. 18 ust. 3 ustawy Pzp,
- 2) dokonania wyboru oferty Konsorcjum, mimo że nie jest ona ofertą najkorzystniejszą, co narusza art. 239 ustawy Pzp, ewentualnie,
- 3) zaniechania wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów, mimo że budzą one uzasadnione wątpliwości, co narusza art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut dokonania wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IBC Advisory S.A., Centrum Badań Marketingowych INDICATOR sp. z o.o. oraz MWG Studio sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie z naruszeniem przepisu art. 239 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, że ze złożonego listu referencyjnego (list referencyjny GiPA) wynika, że badania były prowadzone na próbach nieznacznie przekraczających 5 tysięcy kierowców. PBS sp. z o.o. podkreśliła, że co prawda, referencje zostały w ewidentny sposób zmodyfikowane, tak aby użyć słowa „gospodarstw domowych” zamiast „respondentów”, jednakże logika i zasady doświadczenia życiowego wskazują, że badania kierowców są prowadzone na pojedynczych osobach, nie zaś na całych ich gospodarstwach domowych. Oczywistym jest bowiem, że w jedynie bardzo niewielkiej części gospodarstw domowych, wszyscy ich członkowie są kierowcami. Ponadto zaznaczył, że na stronie internetowej jednego z członków Konsorcjum (<https://indicator.pl/co-oferujemy/specjalizacje>), wskazano, że badania te nie były prowadzone na próbach ponad 5 tysięcy respondentów (a tym bardziej gospodarstw domowych), a na próbach o połowę mniejszych (2-3 tysiące osób). PBS sp. z o.o. wskazała, że Konsorcjum, dla potrzeb uczestnictwa w Postępowaniu, najprawdopodobniej dokonało manipulacji polegającej na zsumowaniu respondentów z dwóch różnych badań prowadzonych w kolejnych latach. W ocenie Odwołującego wyżej wymienione dowody potwierdzają, że badania wyszczególnione w „wykazie dodatkowego doświadczenia kierownika badań ankietowych” zostały dokonane na próbach mniejszych niż 10 tysięcy respondentów, zatem Konsorcjum nie spełnia warunków przyznania jakichkolwiek punktów we wskazanym kryterium. Nadto PBS sp. z o.o. podkreśliła, że z treści listu referencyjnego wynika również, że wykonane

badania kierowców były badaniami ogólnopolskimi, nie zaś badaniami prowadzonymi dla wyodrębnionej jednostki terytorialnej. Wykonawca PBS sp. z o.o. nadmienił, że list referencyjny i informacje ze strony internetowej, wskazują ponadto, iż badania powołane w wykazie były ograniczone do kierowców i nie obejmowały zachowań komunikacyjnych innych mieszkańców. Zdaniem Odwołującego badania referencyjne powinny być maksymalnie zbliżone do badań przewidzianych postępowaniem. PBS sp. z o.o. stwierdziła, że na gruncie rozpoznawanej sprawy trudno uznać, by doświadczenie kierownika w prowadzeniu badań, np. satysfakcji kierowców ze stosowanego oleju silnikowego, mogło mieć jakikolwiek wpływ na jakość prowadzonych badań zachowań komunikacyjnych, obejmujących nie tylko kierowców, ale również osoby przemieszczające się pieszo, rowerem, hulajnogą czy też różnymi środkami komunikacji zbiorowej, wymienionym w załączniku 12 do SWZ (tabela A4a).

Wyrokiem z dnia 14 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 544/23 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy PBS sp. z o.o. wniesione w dniu 27 lutego 2023 r. w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IBC Advisory S.A., Centrum Badań Marketingowych INDICATOR sp. z o.o. oraz MWG Studio sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie: „wykaz dodatkowego doświadczenia kierownika badań ankietowych”, „wykaz wykonanych usług, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1. SWZ”, „wykaz osób, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2. SWZ” i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie treści wskazanych wyżej dokumentów złożonych przez Konsorcjum oraz powtórzenie czynności oceny ofert. Izba oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie tj. uznała za nieuzasadnione zarzuty dokonania wyboru oferty Przystępującego, mimo że nie jest ona ofertą najkorzystniejszą, co narusza art. 239 ustawy Pzp, ewentualnie, zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów, mimo że budzą one uzasadnione wątpliwości, co narusza art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu przytoczonego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że z treści odwołania wynika, iż Odwołujący, konstruując odwołanie, oparł się wyłącznie na treści oferty Przystępującego, konfrontując ją z postanowieniami SWZ. Wykonawca PBS sp. z o.o. nie wziął pod uwagę i w żaden sposób nie odniósł się do wyjaśnień Przystępującego z dnia 22 lutego 2023 r. Izba zauważyła, że z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zarzuty odwołania w zakresie dokonania wyboru oferty Konsorcjum z naruszeniem art. 239 ustawy Pzp były w większości przedmiotem wyjaśnień, o które Zamawiający zwrócił się do Przystępującego w dniu 20

lutego 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, co następuje: „(...) Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach odniósł się do każdego z aspektów, o które był pytany. Odwołujący w odwołaniu winien zatem uwzględnić nie tylko treść złożonej przez przystępującego oferty, ale także treść złożonych do niej wyjaśnień. Brak ustosunkowania się do treści wyjaśnień oznacza, że odwołujący, przy sporządzaniu i uzasadnianiu zarzutów odwołania, nie uwzględnił wszystkich okoliczności mających wpływ na wynik postępowania (...)”. Następnie Izba zauważyła, że jedyną kwestią, która nie była przedmiotem wyjaśnień z dnia 22 lutego 2023 r., a została wskazana jako jeden z argumentów uzasadniających podniesiony zarzut, jest okoliczność, iż – jak to zostało podniesione w odwołaniu – badania kierowców były badaniami ogólnopolskimi, nie zaś badaniami prowadzonymi dla wyodrębnionej jednostki terytorialnej. W ocenie Izby stanowisko przedstawione przez Odwołującego w tym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie. Odnosząc się natomiast do zarzutu ewentualnego tj. naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy pzp Izba uznała, że jest on oczywiście bezzasadny. Zamawiający wezwał bowiem Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, co wynika z ustaleń dokonanych w sprawie.

Mając na uwadze wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 544/23, 24 marca 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 lutego 2023 r., udostępnił wykonawcy PBS sp. z o.o. wyszczególnione w wyżej wymienionym wyroku wykazy, a także dokonał ponownej oceny ofert i uznał za najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IBC Advisory S.A., Centrum Badań Marketingowych INDICATOR sp. z o.o. oraz MWG Studio sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 528 pkt 3 i 4 ustawy Pzp „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...); 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie; 4) odwołujący 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; (...)”.

Stosownie do brzmienia przepisu art. 515 ust. 1-3 ustawy Pzp:

„1. Odwołanie wnosi się:

1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie:

a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

b) 15 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a;

2) w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie:

a) 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

b) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a.

2. Odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie:

1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne;

2) 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

3. Odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie:

1) 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne;

2) 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne”.

Mając na uwadze powyższe należy w pierwszej kolejności wskazać, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Izba zauważa, że termin na wniesienie odwołania jest terminem prekluzyjnym, co oznacza, że jego upływ powoduje wygaśnięcie uprawnienia do skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej. Jest też terminem zawitym i nie podlega przywróceniu bez względu na przyczynę. Sankcją za niedochowanie terminu na wniesienie odwołania jest z kolei zaistnienie bezwzględnej podstawy do odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że termin określony w przepisie art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp tj. termin na wniesienie odwołania od innych

czynności niż te, o których zamawiający poinformował wykonawcę bądź wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o konkursie czy też treści dokumentów zamówienia, liczony jest nie tylko od dnia faktycznego powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, ale też od dnia, w którym przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć taką wiadomość. W oparciu o przepis art. 355 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm., dalej: „k.c.”), miernik należytej staranności stosowany wobec wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą ulega podwyższeniu i określa się go przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez tego wykonawcę działalności. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 29 października 2021 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt XXIII Zs 109/21 stwierdził, że: „(...) Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”. Biorąc pod uwagę powyższe w przeciwieństwie do art. 515 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 515 ust. 3 ustawy Pzp liczy się zatem od daty, od której obiektywnie – przy zachowaniu należytej staranności – było możliwe powzięcie informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, którego co do zasady należy uznać za profesjonalistę. Izba zauważa, że wykonawca PBS sp. z o.o. w odwołaniu z dnia 2 kwietnia 2023 r. wprost odnosi się do informacji zawartych w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 22 lutego 2023 r. (pkt IV odwołania – nieprawdziwy zakres prowadzonych badań). Odwołujący w znacznej części opiera więc zarzut odwołania na wyjaśnieniach, które powinien kwestionować już w dacie złożenia pierwszego odwołania z dnia 27 lutego 2023 r., o czym wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 marca 2023 r. (sygn. akt KIO 544/23). PBS sp. z o.o. – dochowując należytej staranności – mogła bowiem zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie korespondencji jaka była prowadzona pomiędzy GM Kraków a Konsorcjum do dnia upływu terminu na złożenie pierwszego odwołania i tym samym powziąć informacje o wezwaniu z dnia 20 lutego 2023 r. oraz wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 22 lutego 2023 r., jednak taki wniosek wpłynął do GM Kraków dopiero 8 marca 2023 r.

Ponadto należy zauważyć, że na podstawie załączonych do oferty referencji (list referencyjny GiPA), których treść była znana wykonawcy PBS sp. z o.o. już na etapie składania pierwszego odwołania, Odwołujący miał świadomość co do przedmiotu

wykonanych usług, w tym okresu w jakim badania były wykonywane, podmiotu zlecającego przeprowadzenie badań, wielkości próby, rodzaju badania oraz zakresu przeprowadzonych badań. Izba nadmienia, że z porównania treści referencji oraz „wykazu dodatkowego doświadczenia kierownika badań ankietowych” udostępnionego PBS sp. z o.o. w dniu 24 marca 2023 r. wynika bowiem, że jedyną nową informacją, którą Odwołujący pozyskał w związku z odtajnieniem przywołanego wykazu, stanowi imię i nazwisko kierownika badań, o przesłuchanie którego w charakterze świadka wykonawca PBS sp. z o.o. wniósł w odwołaniu z dnia 2 kwietnia 2023 r. Zauważenia wymaga, że pytania na jakie Odwołujący chciałby uzyskać odpowiedź, w toku kolejnej procedury odwoławczej, pozostają de facto powtórzeniem zarzutów czynionych tych samym badaniom w zakresie ich wiarygodności w toku poprzedniego postępowania odwoławczego, a zatem dotyczą kwestii, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 14 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 544/23. Nadto – odnośnie wniosku o przesłuchanie w charakterze świadka pani J. P. – skład orzekający wskazuje, że nie jest to osoba, o której wykonawca PBS sp. z o.o. powziął wiadomość w związku z udostępnieniem wyżej wymienionego wykazu. Skoro pani J. brała udział w wykonywaniu przez CBM INDOCATOR badań na rzecz GiPA jako koordynatorka, Odwołujący mógł skontaktować się z nią na etapie poprzedniego postępowania odwoławczego, gdyż już wtedy znał chociażby dane podmiotu, na rzecz którego Konsorcjum wykonywało badania ankietowe. PBS sp. z o.o. powołując się na wyjaśnienia koordynatorki faktycznie kwestionuje te same okoliczności dotyczące wiarygodności nabytego doświadczenia Konsorcjum, które były podnoszone w odwołaniu z dnia 27 lutego 2023 r. poszukując – innymi środkami dowodowymi, ale w tej samej sprawie – formalnego sposobu na ponowne badanie kwestii prawdziwości informacji, na podstawie których Przystępujący uzyskał punkty w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika badań ankietowych”. Analiza treści obu odwołań złożonych przez PBS sp. z o.o. w niniejszym Postępowaniu pozwala na stwierdzenie, że Odwołujący wykorzystując fakt udostępnienia przez GM Kraków w dniu 24 marca 2023 r. „wykazu dodatkowego doświadczenia kierownika badań ankietowych”, po raz kolejny formułuje zarzut, który opiera na informacjach znanych mu już uprzednio, a ponadto referuje do wyjaśnień Konsorcjum z dnia 22 lutego 2023 r., których treść winien uwzględnić na etapie pierwszego odwołania. Powyższe działanie prowadzi do nieodpartego wniosku, że PBS sp. z o.o. pod pretekstem uzyskania przytoczonego wykazu próbuje wydłużyć sobie termin na wniesienie odwołania, powołując się przy tym na te same okoliczności, które były podstawą zarzutu w poprzednim odwołaniu. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania w ocenie Izby zarówno zarzut odwołania z dnia 2 kwietnia 2023 r. jak i zgłoszone nowe dowody są zatem spóźnione.

Dodatkowo należy wskazać, że norma przepisu art. 528 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje odrzucić odwołanie wniesione w tym samym postępowaniu przez tego samego wykonawcę, jeżeli okoliczności podnoszone w nowym odwołaniu zostały już przez Izbę ocenione. Ma to uniemożliwić ponowne orzekanie w tej samej instancji o tym samym i zapobiec sytuacji zaistnienia w obrocie prawnym dwóch orzeczeń dotyczących tych samych okoliczności. Zmiana oceny prawnej tego samego stanu faktycznego możliwa jest bowiem wyłącznie w drodze kontroli instancyjnej.

W niniejszej sprawie zarzut odwołania po raz kolejny dotyczy kwestii wiarygodności informacji, na podstawie których Konsorcjum otrzymało punkty w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika badań ankietowych”, co było przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 544/23.

Należy zauważyć, że zarzut odwołania z dnia 2 kwietnia 2023 r. ponownie opiera się na twierdzeniach, że:

- Konsorcjum dokonało manipulacji polegającej na sumowaniu respondentów dwóch różnych, kolejnych badań, tak aby ich liczba przekraczała 5 tysięcy;
- Badania na rzecz GiPA nie były prowadzone na próbach 5 tysięcy respondentów, ale na próbach nieprzekraczających 3 tysięcy respondentów, co potwierdza m.in. informacja znajdująca się na stronie internetowej CBM INDICATOR (<https://indicator.pl/co-oferujemy/specjalizacje>);
- Badania na rzecz GiPA dotyczyły eksploatacji i serwisowania samochodu;
- Badania na rzecz GiPA były ograniczone do kierowców i nie obejmowały zachowań komunikacyjnych związanych z innymi środkami mobilności niż samochody osobowe;
- Badania na rzecz GiPA nie obejmowały mieszkańców wyodrębnionej jednostki terytorialnej, ale były badaniami ogólnopolskimi.

Powyższe okoliczności zostały także wskazane przez PBS sp. z o.o. – wprost lub pośrednio – w odwołaniu z dnia 27 lutego 2023 r. jako podstawa zarzutu dotyczącego dokonania wyboru oferty Konsorcjum, mimo że nie jest ona ofertą najkorzystniejszą, a tym samym kwestie te zostały objęte wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2023 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 544/23. W przytoczonym wyroku Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu dokonania wyboru oferty Przystępującego z naruszeniem art. 239 ustawy Pzp.

Podsumowując, przedmiotowe odwołanie należało również uznać za zmierzające do uzyskania odmiennego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej co do tych samych, wyżej

wymienionych kwestii, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym. Odwołanie takie jest z mocy ustawy niedopuszczalne. Należy bowiem podkreślić, że rozstrzygnięcie wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej odwołania opartego na określonych okolicznościach faktycznych powoduje stan powagi rzeczy osądzonej. Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jako wiążące może zatem zostać wzruszone jedynie w drodze skargi do sądu zamówień publicznych.

Mając na uwadze wszystko powyższe, zdaniem Izby, w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy, dążenie przez PBS sp. z o.o. do zmiany oceny dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 544/23 w drodze nowego odwołania, należy zatem uznać za niedopuszczalną próbę obejścia przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: