

Sygn. akt: KIO 2526/19

POSTANOWIENIE
z dnia 20 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 20 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2019 r. przez wykonawcę Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających Gminę Czernichów, Gminę Liszki, Gminę Skawina, Gminę Świątniki Górne, Gminę Zabierzów, w imieniu i na rzecz których postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi Gmina Skawina, działająca przez Stowarzyszenie „Blisko Krakowa” z siedzibą w Radziszowie

przy udziale wykonawców:

- A. FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. Inergis Spółka Akcyjna z siedzibą w Częstochowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie;
- 2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego 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 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Skawina, działająca przez Stowarzyszenie „Blisko Krakowa” z siedzibą w Radziszowie, prowadzi w imieniu i na rzecz zamawiających - Gminy Czernichów, Gminy Liszki, Gminy Skawina, Gminy Świątniki Górne oraz Gminy Zabierzów postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE w ramach projektu „Czysta energia blisko Krakowa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 czerwca 2019 r. pod nr 2019/S 111-271500. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 12 grudnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- przedwczesnym unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu z dnia 30 września 2019 r. oraz przedwczesnym wykluczeniu Odwołującego z powodu wystąpienia wobec niego przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp i na skutek tego uznaniu oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp za odrzuconą,
- wadliwym dokonaniu czynności unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego z dnia 30 września 2019 r. oraz wykluczenia Odwołującego z powodu wystąpienia wobec niego przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp i uznania oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ze względu na brak dostatecznego uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętych czynności,
- zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia JEDZ oraz dowodów na potwierdzenie rzetelności Odwołującego w zakresie dokonania procedury samooczczenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostałych w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1. art. 91 ust. 1 w zw. art. 24 ust. 5 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 24 ust. 4, art. 92 ust. 1 pkt 2, art. 197 ust. 1-3, art. 198a oraz art. 198b ust. 2 ustawy Pzp poprzez przedwczesne unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej z dnia 30 września 2019 r. oraz wykluczenie Odwołującego z powodu rzekomego wystąpienia wobec niego przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp i uznanie oferty za odrzuconą, podczas gdy wyrok KIO z dnia 27 listopada 2019 r., wydany w sprawach łączonych sygn. akt: KIO 2025/19 oraz KIO 2029/19 nie został jeszcze doręczony Odwołującemu z uzasadnieniem, w związku z czym nie jest on prawomocny ani wykonalny, ponieważ przysługuje od niego skarga do sądu okręgowego. Powyższe czynności Zamawiającego naruszają obowiązujące przepisy o równym traktowaniu wykonawców w związku z dwuinstancyjnością postępowania odwoławczego oraz przepisy o prawie wniesienia skargi na wyrok KIO ponieważ przedwczesne wykluczenie Odwołującego z postępowania może spowodować, że skarga nie będzie rozpatrywana ze względów formalnych, ponieważ na skutek powyższego wykluczenia Odwołujący utraci status uczestnika postępowania,
2. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez wadliwe dokonanie czynności unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego z dnia 30 września 2019 r. oraz wykluczenia Odwołującego z powodu rzekomego wystąpienia wobec niego przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, ze względu na powołanie się wobec obu przesłanek wykluczenia postępowania wyłącznie na przepisy ustawy, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany do dokonania należytego uzasadnienia podstawy faktycznej oraz prawnej wykluczenia Odwołującego, w szczególności powołując się na podstawę wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie z ww. przepisem Zamawiający powinien być w stanie udowodnić przesłankę wykluczenia za pomocą posiadanych dowodów,
3. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 8 i art. 24 ust. 9 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia oraz dowodów na potwierdzenie rzetelności Odwołującego podczas, gdy rzekome przesłanki wykluczenia pojawiły się dopiero na etapie wydania wyroku KIO z dnia 27 listopada 2019 r. sygn. akt: KIO 2025/19 oraz KIO 2029/19, w związku z czym dopiero z tym momentem zaktualizowała się konieczność wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ i przedstawienia dowodów w ramach procedury samooczyszczenia, której to czynności Zamawiający zaniechał.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia wyboru

najkorzystniejszej oferty z dnia 30 września 2019 r. oraz wykluczenia Odwołującego z powodu rzekomego wystąpienia wobec niego przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp i uznania za odrzuconą ofertę Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 (dokonanej Zawiadomieniem z dnia 2 grudnia 2019 r.) oraz wstrzymanie się przez Zamawiającego z podejmowaniem dalszych rozstrzygnięć w postępowaniu do momentu doręczenia Odwołującemu pisemnego uzasadnienia wyroku KIO z dnia 27 listopada 2019 r. oraz prawomocnego rozpatrzenia skargi przez sąd okręgowy wnoszonej przez Odwołującego na ww. wyrok;

2. nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ i przedstawienia dowodów w celu skutecznego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 i art. 24 ust. 9 ustawy Pzp;
3. nakazanie powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowego badania i oceny ofert;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert i żądań opisanych w pkt 1 powyżej.

Izba ustaliła, co następuje:

Wyrokiem z dnia 27 listopada 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sprawie o sygn akt. KIO 2025/19 w zakresie zarzutów nr 1, 3 i 4 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym m.in. wykluczenie z postępowania wykonawcy Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp i uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia Izba poddała ocenie czy wykonawca Sanito w sposób zawiniony doprowadził do odstąpienia przez Gminę Orla od umów zawartych z Sanito (umowa nr OG.271.2.2018/2, dotycząca Części II zamówienia, oraz nr OG.271.2.2018 dotycząca Części III zamówienia) i czy w związku z tą sytuacją zostały wypełnione przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Po przeprowadzonym postępowaniu dowodowym Izba nie dała wiary dowodom przedstawianym przez wykonawcę Sanito, które wskazywać miały na niezależną od ww. wykonawcy okoliczność, tj. kryzys w dostępności na rynku odpowiednich paneli fotowoltaicznych, niezbędnych do realizacji zamówień na rzecz Gminy Orla. Izba uznała, iż spełnione zostały przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując iż wykonawca Sanito na skutek rażącego niedbalstwa nie wykonał umów na rzecz Gminy Orla, powyższe było działaniem niezgodnym z oczekiwaniami jakie mógł mieć zamawiający od profesjonalnego wykonawcy, tym samym stanowiło poważne naruszenie obowiązków zawodowych, a także,

że wykonawca Sanito nie wykazał choćby próby zapobieżenia podobnym zdarzeniom na przyszłość, co dowodzi podważenia jego wiarygodności jako profesjonalnego wykonawcy (uczciwości).

Wyrokiem z dnia 27 listopada 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła również odwołanie w sprawie o sygn. akt. KIO 2029/19 (sprawy o sygn. akt. KIO 2025/19 oraz KIO 2029/19 zostały połączone do wspólnego rozpoznania) w zakresie zarzutów nr 5 i 6 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. W uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia Izba wskazała, iż wykonawca Sanito na potrzeby potwierdzenia spełniania przez oferowany Zamawiającemu moduł fotowoltaiczny MP-320 wymagań wynikających z SIWZ posłużył się przerobionym dokumentem (certyfikatem producenta MP Solar Group). To z kolei prowadziło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co wpłynęło na wynik postępowania - Zamawiający uznał, że oferta Sanito spełnia wymogi SIWZ. Tym samym Izba uznała, że wypełnione zostały przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 2 grudnia 2019 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 30 września 2019 r. Wskazał, iż wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2019 r., wydany w sprawie prowadzonej pod sygn. akt: KIO 2025/19 oraz KIO 2029/19, na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp wyklucza wykonawcę Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z przedmiotowego postępowania oraz uznaje jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu dla ww. czynności Zamawiający wskazał, iż zgodnie z wyrokiem KIO w wyniku oceny wniesionych dowodów należy uznać, iż:

1. wykonawca Sanito Sp. z o.o. w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych - art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Przedmiotowe naruszenie dotyczy zamówień realizowanych przez Sanito Sp. z o.o. na rzecz gminy Orla, a to umowy nr OG.271.2.2018/2 dotyczącej części II oraz umowy nr OG.271.2.2018 dotyczącej części III zamówienia pod nazwą „Budowa mikroinstalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych w gminie Orla”. Obie umowy zostały zawarte w dniu 10.09.2018 r.,
2. wykonawca Sanito Sp. z o.o. wprowadził w błąd Zamawiającego poprzez posłużenie się przerobionym certyfikatem produktu: Fotowoltaiczny moduł Monokrystaliczny dla posiadacza certyfikatu MP Solar Group sp. z o.o. - art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej oraz przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Inergis Spółka Akcyjna z siedzibą w Częstochowie wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

Następnie Izba stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem 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.

Jak wynika wprost z powyższego przepisu czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem Izby, nie może być przedmiotem kolejnego odwołania, a to z tego względu, że określony stan faktyczny został już raz poddany ocenie przez Krajową Izbę Odwoławczą, zaś weryfikacja tej oceny nastąpić może wyłącznie w drodze wniesienia skargi na orzeczenie Izby do właściwego sądu okręgowego zgodnie z zasadą dwuinstancyjności postępowania. Zatem jeżeli czynność zamawiającego stanowi wykonanie orzeczenia Izby, to wykonawca nie może jej przed Izbą kwestionować. Ustawodawca w ten sposób zapobiega wystąpieniu w obrocie prawnym sytuacji ponownego orzekania w tym samym przedmiocie przez organ tej samej instancji. Jak słusznie wskazano w postanowieniu z dnia 21 marca 2017 r., sygn. akt KIO 451/17, art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi urzeczywistnienie 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. Prawdopodobność czynności podjętej przez zamawiającego zgodnie z treścią wyroku Izby może zostać podważona wyłącznie w drodze wniesienia skargi na to orzeczenie do sądu przez któregokolwiek z uczestników postępowania odwoławczego. Wyłącznie sądowi okręgowemu działającemu jako instancja odwoławcza przysługuje kognicja do orzekania co do istoty sprawy dotyczącej kwestionowania czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z orzeczeniem Izby. Powyższe ograniczenie znajduje potwierdzenie także w treści art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 (tj. wykonawca wezwany do przystąpienia do postępowania odwoławczego) nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego

wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3.

W ocenie składu orzekającego odwołanie wniesione przez wykonawcę Sanito Sp. z o.o. w dniu 12 grudnia 2019 r. dotyczy czynności wykonanej przez Zamawiającego zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 27 grudnia 2019 r. w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania o sygn. akt KIO 2025/19 i KIO 2029/19. Podstawa faktyczna zarzutów podniesionych w odwołaniu obejmuje czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej z dnia 30 września 2019 r. oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Dokonanie przez Zamawiającego ww. czynności w całym swoim zakresie było wynikiem wyroku Izby z dnia 27 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2025/19 i KIO 2029/19, a konieczność jej podjęcia przez Zamawiającego znajduje odzwierciedlenie wprost w sentencji oraz uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia:

- czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp została wykonana przez Zamawiającego zgodnie z nakazem ujętym w pkt I.1.A sentencji ww. wyroku. Ponadto, jak wynika z treści zawiadomienia z dnia 2 grudnia 2019 r., podstawą wykluczenia Odwołującego było poważne naruszenie obowiązków zawodowych przez Odwołującego, podważające jego uczciwość, dotyczące zamówień realizowanych przez Odwołującego na rzecz Gminy Orla, co jest w pełni zgodne z oceną dokonaną przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 2025/19 (str. 37-41 uzasadnienia wyroku);
- czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp została wykonana przez Zamawiającego zgodnie z nakazem ujętym w pkt II.1 sentencji ww. wyroku. Ponadto, jak wynika z treści zawiadomienia z dnia 2 grudnia 2019 r., podstawą wykluczenia Odwołującego było wprowadzenie w błąd Zamawiającego poprzez posłużenie się przerobionym certyfikatem produktu, co jest w pełni zgodne z oceną dokonaną przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 2029/19 (str. 49-52 uzasadnienia wyroku).

W ocenie Izby uzasadnienie odwołania w istocie sprowadza się do polemiki z wyrokiem Izby z dnia 27 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2025/19 i KIO 2029/19 - Odwołujący przedstawia obszerną argumentację wskazującą na nieprawidłowość ww. rozstrzygnięcia. Odwołujący nie powoływał się na jakąkolwiek niezgodność działań Zamawiającego z ww. orzeczeniem. Oparcie odwołania na okolicznościach takich jak przedwczesne podjęcie ww. czynności przez Zamawiającego (zarzut nr 1), brak przedstawienia dostatecznego uzasadnienia dla tej czynności (zarzut nr 2) czy zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ i zamiast tego wykluczenie go z postępowania (zarzut nr 3) w ocenie Izby stanowi próbę obejścia - poprzez sposób skonstruowania zarzutów - przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp i doprowadzenia do sytuacji, w której odwołanie podlegać będzie merytorycznemu

rozpoznaniu, a już raz oceniany stan faktyczny zostanie poddany ponownej ocenie. Wskazać należy, iż przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp obliguje Izbę do odrzucenia odwołania w sytuacji, gdy dotyczy ono czynności wykonanych przez zamawiającego zgodnie z wyrokiem Izby i nie warunkuje ww. podstawy odrzucenia odwołania od tego czy wyrok Izby jest prawomocny. Wniesienie skargi do sądu nie nakłada na zamawiającego obowiązku powstrzymania się z podjęciem działań wynikających z orzeczenia Izby, co jest spójne z przewidzianą w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp instytucją zakazu zawarcia umowy, który to zakaz obowiązuje wyłącznie do czasu wydania przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Ponadto mając na uwadze, iż Zamawiający w treści zawiadomienia z dnia 2 grudnia 2019 r. odwołał się wprost do wyroku Izby z dnia 27 grudnia 2019 r. w sprawach o sygn. akt KIO 2025/19 i KIO 2029/19, a wskazane w zawiadomieniu podstawy wykluczenia i ich opis w pełni odpowiadają ocenie dokonanej przez Izbę, powoływanie się obecnie przez Odwołującego na brak wystarczającego uzasadnienia dla wykluczenia go z postępowania uznać należy za nic innego jak wybieg zmierzający do dokonania przez Izbę oceny czynności wykonanej przez Zamawiającego zgodnie z wiążącym go orzeczeniem.

Ewidentną próbą zakwestionowania czynności Zamawiającego wykonanej zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 27 listopada 2019 r. w sprawach o sygn. akt KIO 2025/19 i KIO 2029/19 jest także podniesiony w odwołaniu zarzut zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ w części dotyczącej procedury samooczyszczenia oraz przedstawienia dowodów na dokonanie samooczyszczenia (zarzut nr 3). Podkreślenia wymaga, że działanie Zamawiającego, który wykluczył Odwołującego z postępowania bez wezwania do uzupełnienia dokumentu JEDZ było bezpośrednim skutkiem wyroku Izby z dnia 27 listopada 2019 r. o sygn. akt KIO 2025/19 i KIO 2029/19. To Izba nakazała Zamawiającemu wykluczyć Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp i tę czynność Zamawiający wykonał. Odwołujący, twierdząc, że dopiero na skutek wydania wyroku przez Izbę doszło do stwierdzenia wystąpienia podstaw do wykluczenia go z postępowania, wobec czego powinno mu się umożliwić podjęcie procedury samooczyszczenia, kwestionuje w istocie treść zapadłego rozstrzygnięcia, w którym Izba nakazała wykluczenie wykonawcy, a nie wezwanie do poprawienia lub uzupełnienia JEDZ, jak zdaniem Odwołującego powinna uczynić w takiej sytuacji. Jeżeli Odwołujący nie zgadza się z rozstrzygnięciem Izby, do czego nie sposób odmówić mu prawa, to ma możliwość wniesienia właściwego środka ochrony prawnej, którym jednakże zgodnie z art. 198a i 198b ustawy Pzp jest skarga do sądu, a nie odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Rozpoznanie przedmiotowego zarzutu sprowadzałoby się do konieczności dokonania merytorycznej oceny czynności podjętej przez Zamawiającego zgodnie z wyrokiem Izby, a zatem pośrednio także

do oceny prawnej tego wyroku.

Zwrócić należy także uwagę na treść żądań wskazanych w odwołaniu, które zmierzają do nakazania Zamawiającemu przez Izbę unieważnienia czynności unieważnienia wyboru oferty z dnia 30 listopada 2019 r. oraz czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, dokonanej przez Zamawiającego w dniu 2 grudnia 2019 r., czyli do eliminacji z obrotu prawnego właśnie tej czynności, którą Zamawiający zobligowany był wykonać zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 27 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2025/19 i KIO 2029/19. Merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego 12 grudnia 2019 r. przez Izbę prowadziłyby zatem do utrzymania w mocy bądź unieważnienia czynności podjętej przez Zamawiającego bezpośrednio na podstawie wiążącego go innego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, co pozostawałoby w rażącej sprzeczności z przepisami ustawy Pzp, w tym z wyrażoną w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp zasadą *res iudicata*.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. W związku z powyższym Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: