

POSTANOWIENIE
z dnia 10 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2016 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firmę Usługowo-Handlową „EKO-TOP” Sp. z o.o. oraz wykonawcę SABA Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Gospodarowania Odpadami „EKO-ALF” W. C. oraz ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Bełchatowie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie,

1. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firmę Usługowo-Handlową „EKO-TOP” Sp. z o.o. oraz wykonawcę SABA Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rzeszowie** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firmę Usługowo-**

Handlową „EKO-TOP” Sp. z o.o. oraz wykonawcę SABA Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rzeszowie 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 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Usługę odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych, nr referencyjny: DZP/270/69/16.*

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 maja 2016 r. pod numerem 2016/S 100-178288.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Firma Usługowo-Handlowa „EKO-TOP” Sp. z o.o. oraz wykonawca SABA Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rzeszowie (zwani dalej również: „*Odwołującym*”) wnieśli odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2016 r. W odwołaniu *Odwołujący* zakwestionował czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej, kwestionując jednocześnie zaniechanie odrzucenia oferty najkorzystniejszej: oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Gospodarowania Odpadami „EKO-ALF” W. C. oraz ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Bełchatowie. *Odwołujący* zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, 89 ust. 1 pkt 8, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 20 w zw. z art. 17 ustawy o odpadach, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Gospodarowania Odpadami „EKO-ALF” W. C. oraz ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Bełchatowie, z uwagi na niezgodność złożonej oferty z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej również: „*SIWZ*”), z uwagi na złamanie zasady bliskości wynikającej z ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. *Odwołujący* wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty, dokonanie powtórnej oceny złożonych ofert, odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firmę Usługowo-Handlową „EKO-TOP” Sp. z o.o. oraz wykonawcę SABA Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rzeszowie na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 2 ustawy Pzp, zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Ponadto w dniu 26 września 2016 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29 września 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Władysław Cegielski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Gospodarowania Odpadami „EKO-ALF” W. C. oraz ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Bełchatowie zgłosili przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2016 r.) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Gospodarowania Odpadami „EKO-ALF” W. C. oraz ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Bełchatowie (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Biorąc pod uwagę powyższe, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 zd. 2 ustawy na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego są usługi odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych, których wartość oszacowano na kwotę powyżej progów, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (powyżej tzw. „progów unijnych”).

Zamawiający w dniu 14 lipca 2016 r. poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Gospodarowania Odpadami „EKO-ALF” W. C. oraz ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Bełchatowie oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, z uwagi na jej niezgodność z

postanowieniami SIWZ. Odwołujący w dniu 25 lipca 2016 r. na niniejszą czynność Zamawiającego złożył odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz dodatkowo wskazując, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Gospodarowania Odpadami „EKO-ALF” W. C. oraz ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Bełchatowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w której zaoferowano wykonanie usługi z naruszeniem przepisów ustawy o odpadach, w zakresie zasady bliskości wyrażonej w treści art. 20 ustawy o odpadach.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 23 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1368/16 uwzględniła odwołanie – w zakresie zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego – nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 14 lipca 2016 r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego, nakazując ponowną ocenę ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Jednocześnie Izba w niniejszym orzeczeniu rozstrzygnęła zarzut odnoszący się do oferty złożonej przez Przystępującego - a dotyczący złamania zasady bliskości (str. 10 uzasadnienia orzeczenia).

Zamawiający w dniu 15 września 2016 r. wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1368/16 przywrócił Odwołującego do niniejszego postępowania, dokonał oceny obu złożonych ofert i w konsekwencji uznał ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Gospodarowania Odpadami „EKO-ALF” W. C. oraz ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Bełchatowie za najkorzystniejszą. Od niniejszej czynności Zamawiającego Odwołujący ponownie wniósł w dniu 26 września 2016 r. odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, z uwagi na złamanie zasady bliskości, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, 89 ust. 1 pkt 8, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 20 w zw. z art. 17 ustawy o odpadach.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Na wstępie zauważenia wymaga, że zgodnie z art.189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że 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 się.

Z przepisu tego wynika zatem, iż Izba odrzuca odwołanie po dokonaniu analizy czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki wynikające z niniejszego przepisu:

po pierwsze – ustalenia wymaga czy odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, po drugie – okoliczności te muszą być przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, po trzecie – odwołanie musi dotyczyć tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. Wobec tego Krajowa Izba Odwoławcza badając niniejsze przesłanki zobowiązania jest do porównania zakresu odwołania poprzedzającego rozstrzygnięcie Izby – oraz wskazanych w nim okoliczności - z nowym odwołaniem, w szczególności co do tożsamości stron, przedmiotu zamówienia oraz przedmiotu zaskarżenia. W ocenie Izby przez przesłankę „*wyłącznie te same okoliczności*” należy rozumieć okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej (zarówno rozstrzygnięcia formalnego jak i merytorycznego). Nową, inną okolicznością - niemieszczącą się w przesłance „*wyłącznie te same okoliczności*” – będą inne kwestionowane czynności Zamawiającego, lub te same czynności, ale oparte na innej podstawie faktycznej zarzutów (brak tożsamości podstawy faktycznej zarzutów).

Okolicznością bezsporną stanowi, fakt że odwołania dotyczą tego samego postępowania prowadzonego na „*odbiór, transport i utylizację odpadów medycznych*” oraz zostały wniesione przez tego samego Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firmę Usługowo-Handlową „EKO-TOP” Sp. z o.o. oraz wykonawcę SABA Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rzeszowie.

W ocenie Izby Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności - będące przedmiotem rozpoznania wyroku z dnia 23 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1368/16. Odwołujący w obu odwołaniach - o sygn. akt KIO 1368/16 oraz KIO 1789/16 - powołał się na okoliczności - dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, z uwagi na naruszenie zasady bliskości. Niniejszą okoliczność Izba rozstrzygnęła w wyroku z dnia 23 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1368/16, stwierdzając m. in. iż Odwołujący nie wykazał *zasadności stawianego zarzutu niezgodności oferty złożonej przez Przystępującego*. Odwołujący jednak ponownie w odwołaniu o sygn. akt KIO 1789/16 powołał się na okoliczność naruszenia zasady bliskości, uzupełniając odwołanie o dodatkową podstawę prawną – t.j. o art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp - oraz poszerzając w spornym zakresie argumentację.

W ocenie Izby wniesione odwołanie nie może być przedmiotem merytorycznego rozpoznania, gdyż - tak jak w poprzednio złożonym odwołaniu - dotyczy ono tej samej okoliczności. Niniejszej sytuacji nie zmienia również fakt poszerzenia przez Odwołującego zakresu zaskarżenia o art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jednocześnie bez zmiany podstawy faktycznej zarzutów. Rozszerzenie odwołania o dodatkowe przepisy – jednocześnie bez

zmiany podstawy faktycznej zaskarżenia – jest jedynie zabiegiem formalnym, mającym stworzyć wrażenie, że mamy do czynienia z innym przedmiotem zaskarżenia. Należy pamiętać, że zarzut to nie tylko okoliczności prawne wskazane w odwołaniu, ale również okoliczności faktyczne, podważające – jako całość - prawidłowość czynności Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w niniejszej sprawie taką okolicznością jest właśnie naruszenie zasady bliskości. Nie może również uzasadniać ponownego rozstrzygnięcia przez Izbę, sytuacja w której wykonawca składa nowe dowody – na tę samą okoliczność podnoszoną w poprzednio złożonym odwołaniu, których Odwołujący nie był w stanie przedstawić Izbie na rozprawie. Czynnikiem uzasadniającym ponowne rozstrzygnięcie przez Izbę niniejszych okoliczności nie może być zatem niewykazanie postawionych zarzutów, jak również niekorzystne dla Odwołującego w niniejszej sprawie rozstrzygnięcie.

Merytoryczne rozstrzygnięcie Izby w niniejszej sprawie sprowadzałoby się do ponownego rozstrzygnięcia rozpoznanych już przez Izbę zarzutów, co jest w ocenie Izby niedopuszczalne. Na zapadły w tej sprawie wyrok stronie przysługuje skarga do sądu okręgowego. Działanie Izby - polegające na ponownym rozstrzygnięciu spornej okoliczności – byłoby działaniem sprzecznym z przepisami ustawy Pzp, prowadziłoby do złamania zasady powagi rzeczy osądzonej oraz przepisów dotyczących terminów wnoszenia środków ochrony prawnej.

Niniejsze odwołanie podlega również odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesione po terminie. Odwołujący już na etapie wcześniejszego wyboru najkorzystniejszej oferty (z dnia 14 lipca 2016 r.) mógł podnosić zarzut dotyczący zasady bliskości. Jak ustalono oferta Przystępującego oceniona został na etapie wcześniejszego wyboru najkorzystniejszej oferty. Powyższe wynika chociażby z protokołu postępowania. Zamawiający przyznał punktację w ramach drugiego z kryterium – odległości miejsc unieszkodliwiania odpadów od siedziby Zamawiającego - zarówno Odwołującemu jak i Przystępującemu (po 5 punktów każdemu z wykonawców). Zauważenia również wymaga, że oferta Odwołującego – w kryterium „cena”- nie była ofertą najtańszą. Odwołujący mając tego świadomość mógł i powinien – po dokonaniu oceny oferty Przystępującego – podważać prawidłowość złożonej przez niego oferty, co ostatecznie próbował czynić, stawiając zarzuty dotyczące złamania zasady bliskości. Zamawiający potwierdził, że ocena oferty Przystępującego na etapie drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej (z dnia 15 września 2016 r.) nie uległa zmianie – również pod kątem jej zgodności z ustawą o odpadach. Ponadto Odwołujący zapytany na posiedzeniu czy i w jaki sposób ocena oferty

Przystępującego uległa zmianie na etapie drugiej oceny ofert, nie potrafił precyzyjnie udzielić odpowiedzi.

Pamiętać należy, że termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Mając na uwadze powyższe okoliczności odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2016 r. jest odwołaniem wniesionym z naruszeniem przepisu ustawy i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na marginesie wypada tylko dodać, że analogicznie – jak w przypadku rozprawy – mają zastosowanie przepisy § 28 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), z których wynika, że strona, wnoszący sprzeciw lub ich pełnomocnicy mogą składać wnioski dotyczące kosztów postępowania odwoławczego do zamknięcia posiedzenia/rozprawy.

Przewodniczący:

.....