

POSTANOWIENIE
z dnia 27 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 9 stycznia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stalskar Sp. z o.o. oraz T. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ORDER T. M. z siedzibą lidera w Skarżysku Kamiennej, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wąchock

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart-Bis” Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t. j.) 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 Wąchock, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest Odbiór, transport i zagospodarowanie wszystkich odpadów komunalnych pochodzących z wszystkich nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Wąchock oraz Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Wąchocku od dnia 01.01.2023 r. do dnia 31.12.2024 r., numer referencyjny: GKE.271.1.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 września 2022 r. pod numerem 2022/S 179-506180.

W dniu 9 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stalskar Sp. z o.o. oraz T. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ORDER T. M., dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej, odrzuceniu oferty Odwołującego, przeprowadzenia względem Odwołującego czynności wezwania do uzupełnienia dokumentacji w sposób niezgodny z określonymi w SWZ warunkami zamówienia oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Kwestionując ww. czynności i zaniechania Zamawiającego, Odwołujący sformułował zarzuty naruszenia:

1. Artykułu 7 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz z zachowaniem przejrzystości. Naruszenie to nastąpiło poprzez żądanie od Odwołującego spełnienia warunków określonych na podstawie art. 114 i 116 ustawy Pzp przez każdego z konsorcjantów oddzielnie co stało w sprzeczności z zapisami Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ.
2. Artykułu 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako rzekomo niezgodnej z warunkami udziału w postępowaniu w sytuacji gdy oferta Odwołującego spełnia wszystkie stawiane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu co znajduje swoje odzwierciedlenie w ofercie oraz całej korespondencji Odwołującego z Zamawiającym, powstałej od momentu złożenia oferty w postępowaniu do momentu ogłoszenia ostatecznych wyników postępowania.
3. Artykułu 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART BIS sp. z o.o. ul. Kś. Piotra Ściegiennego 268a, 25-116

Kielce jako najkorzystniejszej w sytuacji gdy oferta ta przy prawidłowym działaniu Zamawiającego nie może być uznana jako najkorzystniejsza.

4. Artykułu 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechania dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, spośród ofert złożonych w Postępowaniu.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy „Fart Bis” jako najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i ponowne przeprowadzenie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Po rozpoznaniu sprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że zaistniała przesłanka do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 pkt 5 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego toczyło się uprzednio postępowanie odwoławcze o sygnaturze akt KIO 3057/22, wywołane wniesieniem w dniu 18 listopada 2022 r. odwołania przez Przystępującego w tym postępowaniu. Obecny Przystępujący, a wtedy odwołujący, zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 117 ust. 2 w zw. z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie spełnienia przez Konsorcjum w składzie: Stalskar Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ORDER T. M. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, pomimo że z oświadczenia złożonego przez ww. wykonawcę w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp w treści oferty wynika, że usługi, do realizacji których wymagane są uprawnienia, będą realizowane również przez członka konsorcjum nie posiadającego tych uprawnień, a zatem nie wyłącznie przez podmiot posiadający te uprawnienia;
- 2) art. 117 ust. 3 w zw. z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie spełnienia przez Konsorcjum Stalskar warunku doświadczenia określonego dla wykonawcy, pomimo że

z oświadczenia złożonego przez ww. wykonawcę w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wynika, że usługi, do realizacji których wymagane jest doświadczenie, będą realizowane również przez członka konsorcjum nie posiadającego tych zdolności, a zatem nie wyłącznie przez podmiot posiadający te zdolności;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Stalskar, pomimo że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej oraz doświadczenia;

względnie

4) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Stalskar do złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących spełnienia przez członka konsorcjum, tj. Stalskar Sp. z o.o. warunku dotyczącego posiadania uprawnień oraz warunku dotyczącego posiadania doświadczenia.

Uprzedni odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Stalskar względnie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków dotyczących posiadania uprawnień oraz doświadczenia.

Podkreślić należy, iż nie zostało zgłoszone żadne przystąpienie do ww. postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że:

- w dniu 22 listopada 2022 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przystąpił do ponownej oceny ofert,
- w dniu 23 listopada 2022 r. Zamawiający skierował do obecnego Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia treści oferty. Odpowiedź została przedłożona Zamawiającemu w dniu 27 listopada 2022 r.
- w dniu 28 listopada 2022 r. Zamawiający skierował do obecnego Odwołującego wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych,

- w dniu 30 listopada 2022 r. Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględnił wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu KIO 3057/22. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp, co też nastąpiło poprzez wydanie postanowienia z dnia 2 grudnia 2022 r.

- w dniu 30 grudnia 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty obecnego Odwołującego z powodu złożenia jej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, należy stwierdzić, że odwołanie w niniejszej sprawie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 527 ustawy PZP, na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej.

Normy przywołanych wyżej przepisów ustawy PZP obejmują czynności wykonane przez zamawiającego w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w poprzednim odwołaniu, które wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jeżeli kwestionowana czynność zamawiającego stanowi wykonanie żądań zawartych w uprzednio uwzględnionym odwołaniu, uczestnik poprzedniego postępowania odwoławczego, który nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia takiego odwołania lub tak jak w niniejszej sprawie, w ogóle nie przystąpił do postępowania odwoławczego, nie może jej już zakwestionować przed Izbą.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, Czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO lub sądu zamówień publicznych bądź też – jeśli samodzielnie uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu – którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu, nie może zostać podważona kolejnym odwołaniem. Co istotne, odmiennie od przesłanki wskazanej w pkt 4 (lit. B. IV, Nb 1), w omawianym przypadku odrzucone zostanie odwołanie wniesione nie tylko przez tego samego co uprzednio odwołującego, ale także przez jakikolwiek inny podmiot. Ustawodawca, mając na uwadze zarówno zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, jak i moc wiążącą orzeczeń KIO, wychodzi z założenia, że każdy podmiot, którego interesu dotyczy postępowanie odwoławcze, powinien wziąć w nim udział i dochodzić jego ochrony. W przeciwnym wypadku pozostaje związany

tak orzeczeniem KIO, jak i uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego. W praktyce, poza samym odwołującym, przesłanka ta dotyczy innych wykonawców, którzy mogli wziąć udział w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących – w tym mogli wnieść sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. (Prawo zamówień Publicznych. Komentarz Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak Wydawnictwo C.H.Beck Warszawa 2022 Wydanie 3).

Odwołanie wniesione w obecnie rozpatrywanej sprawie podlega odrzuceniu, gdyż dotyczy czynności odrzucenia oferty odwołującego w związku z niespełnianiem przez niego warunków udziału w postępowaniu z tych samych powodów, o których mowa była w odwołaniu prowadzonym pod sygnaturą KIO 3057/22. Nie ulega zatem wątpliwości, że obecne odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający dokonał zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 3057/22.

Jeżeli obecny odwołujący nie zgadzał się z zarzutami podniesionymi w odwołaniu wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 3057/22, to powinien był przystąpić do tego postępowania odwoławczego i wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego, czego nie uczynił.

Okoliczność, iż część obecnie zaskarżonych czynności zostało podjętych przez Zamawiającego jeszcze przed uwzględnieniem przez niego zarzutów odwołania w sprawie KIO 3057/22 nie ma znaczenia dla sprawy. Dla zaistnienia skutków prawnych odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 pkt 5 ustawy PZP, nie ma znaczenia chronologia zdarzeń. Istotne jest jedynie, aby – na moment badania przez Izbę przesłanek odrzucenia odwołania - zaskarżona czynność była zgodna z żądaniami uprzednio uwzględnionego odwołania, wobec którego nie wniesiono sprzeciwu, co miało miejsce w analizowanej sprawie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do przepisu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), który stanowi, że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Przewodniczący: