

Sygn. akt: KIO 1714/13

POSTANOWIENIE
z dnia 22 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 22 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 114 lipca 2013 r. przez wykonawcę **KAN-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Ustroniu, 43-450 Ustroń, ul. Katowicka 207** postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Komunalny w Jasienicy, 43-385 Jasienica, Jasienica 459,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „**AQUA - System**” Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsko-Białej, 43-300 Bielsko-Biała, ul. W. Witosa 118; „**HYDRO-INSTAL**” Zakład Instalacji Sanitarnej Homa-Homa Sp. J. z siedzibą w miejscowości Mazańcowice, 43-391 Mazańcowice, Mazańcowice 178; **INSTAL CYMOREK Sp. J. Pierściec** z siedzibą w Skoczowie, 43-430 Skoczów, ul. Graniczna 22; **Z..... S.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB Z..... S.....** z siedzibą w miejscowości **Międzybrodzie Bialskie, 34-312 Międzybrodzie Bialskie, ul. Szkolna 6** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1714/13 po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **KAN-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Ustroniu, 43-450 Ustroń, ul. Katowicka 207** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **KAN-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Ustroniu, 43-450 Ustroń, ul. Katowicka 207** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku - Białej**.

Przewodniczący

U z a s a d n i e n i e

Zakład Komunalny w Jasienicy, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych „Dofinansowanie podłączeń budynków do zbiorczego systemu kanalizacyjnego w Gminie Jasienica w ramach programu priorytetowego Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie (NFOŚiGW) pn.: Dofinansowanie przydomowych oczyszczalni ścieków oraz podłączeń budynków do zbiorczego systemu kanalizacyjnego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 maja 2013 r., poz. 177604.

W dniu 14 lipca 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca KAN-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Ustroniu, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 15 lipca 2013 r.) od następujących, niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy:

1. od czynności wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i uznania oferty odwołującego za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp), a w konsekwencji
2. od czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „AQUA -System” Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsko-Białej; „HYDRO-INSTAL” Zakład Instalacji Sanitarnej Homa-Homa Sp. J. z siedzibą w miejscowości Mazańcowice; INSTAL CYMOREK Sp. J. P..... z siedzibą w Skoczowie; Z..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB Z..... S..... z siedzibą w miejscowości Międzybrodzie Bialskie, zwanego dalej „wykonawcą AQUA –System”, jako najkorzystniejszej

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego pomimo, iż odwołujący wniósł wadium do upływu terminu składania ofert
2. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, a w konsekwencji – naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny

ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty wykonawcy AQUA-System jako najkorzystniejszej.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia odwołującego z postępowania
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert
3. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponowna czynność wykluczenia odwołującego, stanowiącą podstawę odwołania dokonana została w wyniku wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1305/13). Powyższe orzeczenie było wywołane m.in. na skutek odwołania wniesionego przez odwołującego (sygn. akt KIO 1305/13), w którym kwestionował on wykluczenie go z udziału w przedmiotowym postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie z postępowania.

Jednocześnie odwołujący wniósł on o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego
4. dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego
5. uznania oferty odwołującego za prawidłową.

Krajowa Izba Odwoławcza w przywołanym orzeczeniu uwzględniła odwołanie wniesione przez obecnego odwołującego i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu. Izba nakazała zamawiającemu przeprowadzenie przykładowo wskazanych dowodów, w tym m.in. „dowodu z dokumentu – wydruku obrazującego stan rachunku bankowego zamawiającego w dniu 21 maja 2013 r. o g.10.00”.

W wyniku wykonania wskazanego orzeczenia Izby oraz ponownego badania i oceny złożonych ofert zamawiający ponownie wykluczył odwołującego z postępowania, a tym samym odrzucił jego ofertę.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż w powołanym wyroku (sygn. akt: KIO 1305/13) Izba wskazała jakie czynności zamawiający zobowiązany jest przeprowadzić celem usunięcia wątpliwości co do godziny, o której kwota wadium znalazła się na rachunku bankowym zamawiającego, a więc chwili uznania środków na rachunku zamawiającego. Jak wynika z akt postępowania zamawiający przeprowadził czynności wskazane przez Izbę, a mianowicie uzyskał

pochodzące z Banku Spółdzielczego w Jasienicy: dowód księgowy potwierdzający zaksięgowanie środków na rachunku zamawiającego, notatkę służbową sporządzoną przez pracownika Banku Spółdzielczego w Jasienicy, dokument określający porządek sesji księgowania w banku Spółdzielczym w Jasienicy „Instrukcja „Realizacja rozliczeń elektronicznych w banku spółdzielczym w Jasienicy”, zarządzenie nr 13/2013 Prezesa NBP z dnia 24 maja 2013 r., wprowadzające tzw. System SORBNET 2 i uchylające system SORBNET z dniem 10.06.2013. W oparciu o powyższe, zgodnie z wytycznymi zawartymi w orzeczeniu Izby, zamawiający dokonał oceny zebranych dokumentów. Izba jednoznacznie bowiem wskazała, iż „(...) obowiązkiem zamawiającego (...) było usunięcie wątpliwości co do (...) „zaksięgowania środków na rachunku, czego zamawiający zaniechał”. W wyniku dokonanych czynności zamawiający nie tylko, że zebrał przykładowo wskazane przez Izbę dowody, ale i dokonał ich oceny, biorąc pod uwagę wytyczne Izby, a mianowicie okoliczność, iż „wniesienie wadium jest skuteczne tylko w przypadku uznania rachunku bankowego zamawiającego należną kwotą wadium przed upływem terminu składania ofert” i ustalając jednoznacznie, iż uznanie wadium na rachunku bankowym zamawiającego nastąpiło w dniu „2013-05-21 12:13:21”.

Odwołujący, kwestionując czynność wykluczenia go z postępowania dokonaną przez zamawiającego pismem z dnia 9 lipca 2013 r., w istocie kwestionuje prawomocny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1305/13, w którym Izba jednoznacznie stwierdziła nie tylko, jakie czynności zamawiający zobowiązany jest przeprowadzić ale także wskazała w jaki sposób należy dokonać oceny terminu uznania wadium na rachunku bankowym zamawiającego.

Tak więc odwołujący ponownie kwestionuje czynność wykluczenia go z postępowania, powołując się na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia Izby. Odwołujący nie może dwukrotnie, a taka sytuacja w niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie ma miejsce, wnieść odwołania z powołaniem się na te same okoliczności faktyczne, gdyż rozstrzygnięcie odwołania opartego na określonych okolicznościach faktycznych powoduje stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej. W tym samym postępowaniu o zamówienie publiczne te same okoliczności faktyczne i prawne mogą być tylko raz przedmiotem odwołania wniesionego przez ten sam podmiot. Odmienne regulacja prowadziłaby bowiem do naruszenia art. 366 k.p.c. Granice powagi rzeczy osądzonej określa przedmiot rozstrzygnięcia i jego podstawa faktyczna, a jej granice podmiotowe obejmują tożsamość obydwu stron postępowania odwoławczego. Wyrok Izby z dnia 17 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1305/13 dotyczył odwołania wniesionego przez tego samego wykonawcę i w oparciu o tę samą podstawę faktyczną. Tym samym niedopuszczalne jest wydanie orzeczenia w sprawie rozstrzygniętej już tym wyrokiem i ponowne badanie okoliczności, które stanowiły podstawę wydanego wówczas

rozstrzygnięcia, a te informacje na które obecnie powołuje się odwołujący były przedmiotem tamtego odwołania. Sytuacja taka prowadziłaby bowiem do naruszenia zasady *res iudicata*. Ocena wyjaśnień odwołującego, jak również złożonych przez niego dokumentów została już dokonana w powołanym wyroku Izby, a Izba rozpatrywała już zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy Pzp, wskazując w nim także sposób dokonania ponownej czynności i oceny uzyskanych w jej wyniku dokumentów.

Tym samym Izba uznała, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stanowiącego, że strony postępowania ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku oraz treść § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący