

POSTANOWIENIE
z dnia 12 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 12 stycznia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Lireco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, ul. Grochowa 10 i M. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Lireco Eco M. K. z siedzibą w Gdyni, ul. Grochowa 10** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, ul. Gagarina 11**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Waterworld S. G. z siedzibą w Warszawie, ul. Gagarina 9/38 i Waterworld M. G. Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Gagarina 9/38** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt Kio 3500/20 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy,
2. kosztami postępowania obciążyć **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Lireco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, ul. Grochowa 10 i M. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Lireco Eco M. K. z siedzibą w Gdyni, ul. Grochowa 10 i**

2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Lireco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, ul. Grochowa 10 i M. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Lireco Eco M. K. z siedzibą w Gdyni, ul. Grochowa 10** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3500/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Kompleksowe świadczenie usługi, polegającej na: 1) obsłudze technicznej: instalacji technologicznych basenów; instalacji technologicznych urządzeń wentylacyjnych hali basenowej, widowni, basenowych szatni i pomieszczeń technicznych, suszarek w szatniach; instalacji technologicznych łaźni parowej; instalacji technologicznych fontanny w Uniwersyteckim Centrum Sportowym UMK w Toruniu; 2) uzdatnianiu wody basenowej do wskaźników jakości wody zgodnych z obowiązującym podczas świadczenia usługi stanem prawnym, wraz z zakupem i sukcesywną dostawą chemii basenowej; 3) systematycznych i udokumentowanych badaniach jakości wody, prowadzonych zgodnie z zakresem i harmonogramem wynikającym z obowiązującego podczas świadczenia usługi stanu prawnego; 4) przeprowadzeniu i obsłudze przerwy technologicznej” zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 grudnia 2020r. za numerem 752011-N-2020.

W dniu 23 grudnia 2020r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania.

W dniu 28 grudnia 2020r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Lireco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, ul. Grochowa 10 i M. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Lireco Eco M. K. z siedzibą w Gdyni, ul. Grochowa 10 wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika konsorcjum działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 listopada 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i właściciela firmy partnera, zgodnie z odpisami z KRS i CEiDG. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 28 grudnia 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- Art. 93 ust. 1 pkt 7. ustawy przez nieuprawnione dokonanie czynności unieważnienia postępowania.

Interes odwołującego, w jego ocenie, w uzyskaniu zamówienia został bezwzględnie naruszony przez zamawiającego, ponieważ odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą zarówno w kryterium cenowym jak i pozacenowym. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, a co za tym ma on interes we wniesieniu odwołania.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) Anulowanie czynności unieważnienia postępowania;

2) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W dniu 23 grudnia zamawiający powiadomił uczestników postępowania o unieważnieniu postępowania z uwagi na niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Powyższa informacja została poprzedzona wezwaniem na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy, do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów potwierdzających, iż zaofferowana cena nie jest rażąco niska oraz na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Odwołujący w wyznaczonym terminie przedłożył komplet wymaganych dokumentów.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7. ustawy przez nieuprawnione dokonanie czynności unieważnienia postępowania. Z treści art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy wynika, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, która to w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, jest związana z zaistnieniem przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 ustawy. Do zastosowania art. 93

ust. 1 pkt 7 ustawy konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek tj konieczne jest faktyczne zaistnienie wady oraz niemożność jej usunięcia. Niemożliwa do usunięcia wada musi również powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu, a zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 1 lub 6 ustawy. Warunkiem skutecznego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest bowiem wykazanie jego powiązania z co najmniej jedną z przesłanek unieważnienia umowy wymienionych w art. 146 ustawy. W wyroku z dnia 7 lipca 2017 r., KIO 1291/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest obligatoryjne, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przywołany przepis w swojej dyspozycji, wskazując na nieusuwalną wadę postępowania, odwołuje się do podstaw unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazuje bowiem, że dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeżeli - w sytuacji ewentualnego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w takim postępowaniu - doszłoby do zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu. Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy. W uzasadnieniu unieważnienia postępowania przez zamawiającego brak jest ciągu przyczynowo- skutkowego, który kwalifikowałby potencjalnie zawartą umowę jako podlegającą unieważnieniu w myśl przepisów. Trudno też mówić tu o nieusuwalności wady. Powyższa wada na etapie przeprowadzania postępowania była możliwa do usunięcia. W trakcie prowadzenia postępowania na skutek zgłoszonych przez odwołującego nieprawidłowości w formularzu oferty dotyczących właśnie niemożności oceny ofert w wyniku braku w formularzu ofertowym odpowiednich zapisów dotyczących kryteriów pozacenowych, formularz ten zostały przez zamawiającego poprawiony. Już wtedy zamawiający mógł sprawdzić czy zastosowana zmiana jest zgodna ze sposobem oceny ofert. Ewentualne błędy w treści Specyfikacji nie powinny skutkować unieważnieniem postępowania gdyż doprowadziłoby to do patologii w systemie zamówień publicznych. W ekstremalnych przypadkach zamawiający mogliby celowo wprowadzić błędy w treści Specyfikacji lub Opisu przedmiotu zamówienia w celu unieważnienia postępowania i rozpisania go na nowo znając już potencjalnych wykonawców, sposób wyceny czy też zaproponowane rozwiązania. Takie odkrycie kart przez potencjalnych wykonawców niweluje ewentualną konkurencyjność w kolejnych postępowaniach. W wyniku przeprowadzonego postępowania zostały złożone 2 kompletne oferty uwzględniające kryteria postawione przez zamawiającego. Obie oferty pod względem merytorycznym są porównywalne. Wykonawcy ze zrozumieniem przyjęli treść SIWZ oraz określili cenę oraz wyczerpująco opisali kryteria dodatkowe, którymi zamawiający dodatkowo kierował się przy wyborze oferty. Wada postępowania w postaci niezamierzonego błędu polegającego na zamianie licznika z mianownikiem wygląda na oczywistą omyłkę pisarską zamawiającego i była możliwa do usunięcia.

W dniu 30 grudnia 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 31 grudnia 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy Waterworld S. G. z siedzibą w Warszawie i Waterworld M. G. spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie. Zgodnie z treścią przepisu art. 185 ust. 2 ustawy przystępujący wskazał, na istnienie interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesionego odwołania, ponieważ uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, a ponadto doszłoby do udzielenia zamówienia w ramach postępowania obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w efekcie uniemożliwiłoby przystępującemu realizację przedmiotowego zamówienia na podstawie ważnej umowy.

Przystępujący jest uczestnikiem postępowania, który złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę, przez co ma interes w ubieganiu się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Przeprowadzenie postępowania obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą prowadziłoby tymczasem do zawarcia podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto, przedmiotem zamówienia są usługi ciągłe, w związku z czym nie powstają ryzyko, że zamawiający zaniecha wszczęcia kolejnego postępowania na tożsamy przedmiot zamówienia. W związku z powyższym, w interesie przystępującego będzie unieważnienie postępowania obciążonego niepodlegającą usunięciu wadą, co umożliwi mu ubieganie się w kolejnym postępowaniu na tożsamy przedmiot zamówienia, w ramach którego będzie możliwe zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji przystępujący ma interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Powyższe potwierdza liczne orzecznictwo wyrażone m.in. w wyroku KIO z dnia 22 lipca 2020 r., KIO 1540/20. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy. Zgodnie z rozdziałem II ust. 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wartość zamówienia nie przekracza równowartości kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Z uwagi na powyższe w okolicznościach postępowania wykonawcom odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności wskazanych enumeratywnie w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy. W powyższym katalogu nie wymieniono czynności unieważnienia postępowania, w związku z czym odwołujący w okolicznościach postępowania nie mógł wnieść odwołania od ww. czynności. W konsekwencji zastosowanie będzie miał art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy zgodnie z treścią którego Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2. Z ostrożności procesowej (w przypadku nie podzielenia argumentacji o zasadności odrzucenia odwołania) przystępujący wnosi o oddalenie odwołania, z uwagi na niezasadność podniesionej argumentacji i zarzutów. W ocenie przystępującego zarzuty są bezzasadne, a żądania nieuprawnione i stąd odwołanie winno być w całości oddalone. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 grudnia 2020r. udzielonego przez pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 grudnia 2020r. udzielonego przez partnera. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 31 grudnia 2020r.

Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia stosując przepisy właściwe dla postępowań o wartości nieprzekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2.

Stosownie natomiast do treści art. 180 ust. 2 ustawy, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;

- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Artykuł 180 ust. 2 ustawy zawiera zamknięty katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje w postępowaniach poniżej tzw. „progów unijnych”, a rozpatrywanie zarzutów z przekroczeniem zakresu wynikającego z ww. przepisu powodowałoby obejście tego przepisu, którego celem było ograniczenie czynności, wobec których można wnieść odwołanie. Powyższy katalog nie obejmuje czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, jak również ogólnego „prowadzenia postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. Ww. katalog nie obejmuje swoim zakresem żądania odrzucenia oferty konkurującego wykonawcy, innego niż wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Artykuł 180 ust. 2 pkt 4 ustawy stanowi bowiem wyrażenie o odrzuceniu oferty, ale odwołującego się. Podobnie jak wskazuje na wybór oferty najkorzystniejszej, ale dokonany.

Izba wskazuje, że w okolicznościach niniejszej sprawy, z analizy treści odwołania jednoznacznie wynika, że dotyczy ono czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, która nie mieści się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy, nawet przy uwzględnieniu szerokiej wykładni określenia wybór najkorzystniejszej oferty w wyniku nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 r., która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

W konsekwencji powyższego zamawiający, w ramach przysługującego mu prawa do samokontroli, zweryfikował dokonane przez siebie czynności i zniweczył je, unieważniając postępowanie.

Biorąc pod uwagę wyżej poczynione ustalenia, a także wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, koniecznym było odrzucenie odwołania. Przepis art. 189 ust. 2 ustawy obliguje bowiem Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności tam wskazanych, co podlega weryfikacji przez Izbę z urzędu.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. W związku z powyższym Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie, tak Izby, jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy.

Przewodniczący: