Sygn. akt: KIO 1380/22

POSTANOWIENIE
z dnia 8 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 8 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 r. przez odwołującego: Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu (ul. Kleczkowska 50, 50-227 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Trzy Fale Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (ul. Grunwaldzka 8a, 76-200 Słupsk),

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu (ul. Kleczkowska 50, 50-227 Wrocław) kwoty 13.500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczonego 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 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 1380/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 23 maja 2022 r. przez odwołującego: Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Trzy Fale Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług ratownictwa wodnego". Numer referencyjny: 1/3F/2022. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 21.01.2022 r. pod nr 2022/S 015-034496.

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na: wyborze jako oferty najkorzystniejszej Wykonawcy - Konsorcjum firm: Lider: Słupskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Ul. Szczecińska 99 76-200 Słupsk oraz Partner: Wejherowskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Ul. Ofiar Piaśnicy 22 84-200 Wejherowo (dalej jako „Konsorcjum") i w odniesieniu do tej oferty wskazuje na:

1. Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum z Postępowania pomimo, że:

- wykonawca nie spełnienia warunku udziału dotyczącego wymaganego doświadczenia zawodowego,

- wykonawca podlega wykluczeniu wobec podania w Postępowaniu wprowadzających w błąd informacji w odniesieniu posiadanego doświadczenia zawodowego i wartości zrealizowanych usług,

ewentualnie:

2. Zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo upływu terminu rozpoczęcia realizacji usług, w sytuacji gdy Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, bądź zaniechanie unieważnienia postępowania, o czym Odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymanego w formie zawiadomienia Zamawiającego z dnia

12.05.2022r.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum który

podlega wykluczeniu, bowiem nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia zawodowego (po ewentualnym wezwaniu do uzupełnienia Wykazu usług, o ile nie potwierdziłby się zarzut dotyczący wprowadzenia w błąd),

2. art. 226 ust 1 pkt 2 lit a) Pzp w zw. z art 109 ust 1 pkt 8 oraz 10 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, które podlega wykluczeniu, bowiem w odniesieniu do doświadczenia zawodowego:

- w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, lub który - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu,

3. zarzut ewentualny - naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 6) Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji uznania, iż Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

4. co skutkuje naruszeniem art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,

2. odrzucenie oferty Konsorcjum (wprowadzenie w błąd), ewentualnie wezwanie do uzupełnienia Wykazu usług w trybie art. 128 ust 1 Pzp,

3. powtórzenia czynności oceny ofert w Postępowaniu, co spowoduje wybór oferty

Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie -

4. unieważnienia Postępowania w sytuacji, gdyby potwierdziło się, że Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie

dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

Wskazał, że: „Oferta Odwołującego zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania została uplasowana w rankingu ofert na kolejnej pozycji po Konsorcjum. W sytuacji eliminacji kwestionowanej oferty, kolejną zgodnie z rankingiem ofert według przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, a jednocześnie ważną ofertą, będzie oferta Odwołującego. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym. Z ostrożności Odwołujący wskazuje również, iż posiada interes w unieważnieniu postępowaniu. Sytuacja taka mogłaby zaistnieć w przypadku uznania przez Izbę lub Zamawiającego, iż Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący, za wyrokiem Izby z dnia 27 września 2018 r., sygn. akt KIO 1759/18, wskazuje, że: „wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania. W wyroku wydanym w sprawie C-689/13 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałoby być unieważnienia postępowania. Wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o to zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i w ten sposób pośrednio je otrzymać”.

W piśmie z dnia 3 czerwca 2022 r. Odwołujący oświadczył, że (...) wycofuje zarzut ewentualny odwołania - zaniechania unieważnienia postępowania. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę w powyższym zakresie jako bezprzedmiotowego”. W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 6.06.22) wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przeprowadzenie postępowania dowodowego z dokumentów: (1) oświadczenia JEDZ - Lider Konsorcjum : Słupskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe, (2) oświadczenia JEDZ - Partner Konsorcjum: Wejherowskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe, (3) wykazu wykonanych usług złożonych przez Konsorcjum, 4) wyjaśnień z dnia 09.05.2022 r. oraz (5) referencji wydanych przez Zespół Basenów w Redzie sp. z o.o. i referencji wydanych przez Park Wodny Sopot sp. z o.o. (AquaPark w Sopocie) — na okoliczność, że Konsorcjum Firm - Lider: Słupskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe oraz Partner: Wejherowskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe - spełniają warunek udziału postępowania w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (pkt. 7.2.4 SWZ).

Odwołujący w piśmie z dnia 7 czerwca 2022 r. wskazując na przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług ratownictwa wodnego”, numer sprawy: 1/3F/2022 i wskazując na art. 520 ust.1 ustawy Pzp oświadczył, że cofa odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz wniósł o zwrot 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden z wykonawców. Termin na zgłoszenie przystąpienia - stosownie do postanowień art. 525 ust.1 Pzp - upływał w dniu 27 maja 2022 r.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp: „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu

zamknięcia rozprawy”.

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący w piśmie z dnia 7 czerwca br jednoznacznie oświadczył, że wycofuje odwołanie w całości.

Stosownie do postanowień art. 520 ust.2 Pzp: „2.Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby”.

Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie zostało na podstawie wskazanego art. 520 ust. 1 ustawy Pzp skutecznie wycofane przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron i rozprawy dla których termin został wyznaczony na dzień 8 czerwca 2022 r. Zgodnie zatem z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego od odwołania w wysokości 15.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.