Sygn. akt: KIO 1502/22

POSTANOWIENIE
z dnia 13 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 13 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca przez wykonawcę Fundacja D. T. Sport z siedzibą w Lesznie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Termy Cieplickie Sp. z o. o. z siedzibą w Jeleniej Górze
przy udziale wykonawcy MULTIGRUPA Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Fundacja D. T. Sport z siedzibą w Lesznie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset 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 2021 r., poz. 1129) 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: .....

Sygn. akt: KIO 1502/22

Zamawiający - Termy Cieplickie Sp. z o. o. z siedzibą w Jeleniej Górze - dalej jako: „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie kompleksowej usługi ratowniczej w obiektach zarządzanych przez Spółkę Termy Cieplickie w Jeleniej Górze w roku 2022". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00340330/01.

W dniu 6 czerwca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Fundacja D. T. Sport z siedzibą w Lesznie, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt. 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego

traktowania wykonawców wobec faktu, że wobec jednego wykonawcy są stosowane bardzo restrykcyjnie przepisy ustawy PZP, podczas gdy wobec wykonawcy wybranego - mimo jawnego złamania szeregu zapisów ustawy- przepisów ustawy nie stosuje się, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że dotyczy to złamania tych samych przepisów przez dwóch wykonawców, z czego jeden poniósł konsekwencje w postaci wykluczenia z postępowania a drugi został wybrany do realizacji przedmiotu zamówienia, zamiast również zostać wykluczonym; prowadzenie postępowania ma się bowiem zakończyć podpisaniem umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu lub w przypadku braku takiej oferty unieważnieniem postępowania, nie natomiast wyborem jakiejkolwiek oferty- w tym przypadku wykonawcy, podlegającego wykluczeniu,

2) art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 oraz 16 pkt. 1, 2 i 3 ustawy PZP w zw. art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez wybór najkorzystniejszej oferty przy zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Wybranego, który podlega wykluczeniu ponieważ sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów będących w jego posiadaniu, gdyż był właśnie tym zamawiającym na rzecz Wykonawca Wybrany realizował usługę w terminie 22.06.2021 31.08.2021 i w związku z tą realizacją zamawiający pisemnie wielokrotnie wzywał tego wykonawcę do zaprzestania naruszania postanowień umowy, wskazując rażące naruszenie obowiązków zawodowych poprzez m.in. brak odpowiedniej liczby osób obsady ratowniczej, którą wielokrotnie stwierdzono w trakcie czynności nadzoru i kontroli nad realizacją usługi, co świadczy o istotnym i uporczywym naruszaniu podstawowych obowiązków umownych, jakim jest zapewnienie bezpieczeństwa osób, korzystających z basenu, powtarzające się i stwierdzone w ramach nadzoru opuszczanie stanowisk pracy, opuszczanie obiektu przez ratowników, brak pełnienia funkcji nadzoru nad kąpiącymi w postaci przebywania przez ratownika w wodzie, brak obserwacji pozostałej części niecki, wrzucanie do wody siedziska ratowniczego, nieprzekazywaniu dokumentów określonych umową, rażące naruszenie obowiązków oraz przepisów bezpieczeństwa przez pracowników Wykonawcy Wybranego, co skutkowało wezwaniem do natychmiastowego zaprzestania świadczenia usługi przez te osoby na obiektach zamawiającego,

3) art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 oraz 16 pkt. 1,2,3 ustawy PZP w zw. art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP poprzez wybór najkorzystniejszej oferty przy zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Wybranego, który podlega wykluczeniu ponieważ Wykonawca Wybrany z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu oraz zakresie długotrwale nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do nałożenia na niego odszkodowania, gdyż Wykonawca Wybrany jak wynika z dokumentów, był pisemnie zawiadamiany o realizacji istotnych i kluczowych zobowiązań umownych w sposób błędny oraz niezgodny z umową, zamawiający wystosował również wezwanie do odsunięcia od wykonywania obowiązków ratowników, naruszających w rażący sposób obowiązki umowne, narażających na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia osoby przebywające na obiekcie, pisemnie wzywał do realizacji obowiązku umownego polegającego na zapewnieniu odpowiedniej liczby ratowników na obiektach, wobec faktu, że przykładowo w jednym z dwóch miesięcy świadczenia usługi notorycznie nie było pełnej obsady na basenach, jak również poprzez: brak odpowiedniej liczby ratowników, brak kompletu dokumentów dla tych ratowników, w tym tak istotnych jak aktualne badania lekarskie, uprawnienia do pracy na stanowisku ratownika, zaświadczenia o ich kwalifikacjach, lekceważenie obowiązków pracy przez ratowników, niestosowanie się do zaleceń i uwag pracownik zamawiającego w tym koordynatora zamawiającego, brak aktualnych harmonogramów pracy oraz niezgodności tych harmonogramów w momencie dostarczenia z dziennikiem dyżuru w pracy, poświadczanie nieprawdy w dokumentach realizacji zamówienia poprzez „dopisywania ratowników" nie pełniących rzeczywiście dyżuru, w osobie M. M. - prezesa zarządu Multigrupa Sp. z.o.o., przy braku rzeczywistej obecności tej osoby w tym czasie na terenie kąpieliska, do czego doszło po ujawnieniu nieprawidłowości w wyniku kontroli zamawiającego a miało zapewnić wypłatę nienależnego wykonawcy świadczenia finansowego; sam zamawiający potwierdził pisemnie nienależyte wykonanie umowy przez Wykonawcę Wybranego oraz kary finansowe jak również opisał szeroko nieprawidłowości w realizacji umowy z dnia 22.06.2021 r o nr TC.60.06.2021 w piśmie z dnia 29.04.2022r.,

4) art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 oraz 16 pkt. 1,2, 3 ustawy PZP w zw. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez wybór najkorzystniejszej oferty przy zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Wybranego, który podlega

wykluczeniu w związku ze złożeniem nieprawdziwych oświadczeń w załączniku nr 2 do SWZ o braku istnienia wobec niego podstaw do wykluczenia, w sytuacji, kiedy jak wykazano w pkt 1,2 i 3 wykonawca miał pełna świadomość spełniania przez niego przesłanek wykluczenia z postępowania z art. 109 ust 1 pkt 5, 7 i 10 ustawy PZP,

5) art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 oraz 16 pkt. 1,2,3 ustawy PZP w zw. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez wybór najkorzystniejszej oferty przy zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Wybranego, który podlega wykluczeniu w związku z przedstawieniem informacji, wprowadzających zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje, podejmowane przez zamawiającego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia- a mianowicie wskazanie w punkcie 4.9 oferty, że wykonawca wybrany zamierza powierzyć podwykonawcy część zamówienia, gdzie jako podwykonawcę wykonawca wskazał Fundację D.T. Sport, która to Fundacja nigdy nie wyraziła zgody na wykonywanie umowy jako podwykonawca dla Wykonawcy Wybranego, tym bardziej, że w takim wypadku na wykazie osób, stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ, powinni znaleźć się ratownicy wodni z Fundacji, gdyż miał on obejmować wszystkich ratowników wodnych skierowanych do realizacji umowy; wprowadza zamawiającego w błąd co do faktycznych możliwości realizacji umowy i posiadanego potencjału do wykonania przedmiotu umowy,

6) art. 254 pkt 2 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 oraz 16 pkt. 1,2, 3 ustawy PZP w zw. art. 255 pkt 2 ustawy PZP poprzez nieprawidłowe zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia, które zamawiający zakończył dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty prowadzącego do zawarcia umowy, zamiast unieważnienia postępowania w związku z odrzuceniem wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, które to działanie powoduje nierówne traktowanie wykonawców, bo jednego zamawiający wyklucza, a ich ofertę odrzuca a innych w tych samych lub gorszych

warunkach wybiera do realizacji zamówienia, jak również powoduje udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP,

7) art. 255 pkt 2 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 oraz 16 pkt. 1,2, 3 ustawy PZP w zw. art. 254 pkt 2 ustawy PZP poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, który podlega wykluczeniu na bazie co najmniej 4 samodzielnych przesłanek, które to działanie powoduje nierówne traktowanie wykonawców, bo jednych zamawiający odrzuca a innych w tych samych lub gorszych warunkach wybiera do realizacji zamówienia, jak również powoduje udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP,

8) art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z z art. 17 ust. 2 oraz 16 ust. 1 ustawy PZP poprzez wybór oferty wykonawcy wybranego jako najkorzystniejszej i dokonywanie jej oceny pod kątem kryteriów oceny ofert w sytuacji, kiedy oferta ta, na podstawie przepisów ustawy powinna zostać odrzucona z powodu podlegania przez wykonawcę wykluczeniu, czyli w ogóle nie powinna być przedmiotem badania przez Zamawiającego, zgodnie bowiem z wytyczną art. 17 ust. 2 PZP zamówienie można powierzyć wyłącznie wykonawcy wybranemu z poszanowaniem przepisów PZP, co oznacza, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może zostać zawarta z innym podmiotem niż wykonawcą, który uczestniczył w postępowaniu przeprowadzonym w prawidłowym trybie, został poddany kwalifikacji podmiotowej oraz złożył niepodlegającą odrzuceniu, najkorzystniejszą ofertę, co w niniejszym wypadku nie ma miejsca, bo w pierwszej kolejności oferta podlega odrzuceniu,

9) art. 109 ust 3 ustawy PZP poprzez przyjęcie, że niniejszej sytuacji wykonawcy wybranego tj. skali i wagi naruszeń postanowień umownych, nałożenia kar za nienależyte wykonanie umowy można uznać, że wykluczenie tego wykonawcy z postępowania byłoby oczywiście nieproporcjonalne do naruszeń wykonawcy,

10) art. 128 ust. 1 i 4 ustawy PZP poprzez brak wezwania wykonawcy wybranego do wyjaśnień oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 ustawy PZP w sytuacji, kiedy zamawiający posiadał wiedzę na temat zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy, a dodatkowo został poinformowany pismem Odwołującego o podstawach wykluczenia wykonawcy z postępowania,

11) art. 253 ust.1 PZP poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru oferty wykonawcy wybranego, w tym w tym braku uzasadnienia ewentualnych podstaw do braku wykluczenia wykonawcy wybranego i odrzucenia jego oferty.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy

MULTIGRUPA Sp. z o. o. i odrzucenia jego oferty, unieważnienie postępowania oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Izba zważyła, co następuje:

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca MULTIGRUPA Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, zachowując ustawowy termin oraz wskazując na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

W przedmiotowej sprawie, zdaniem Izby, wniesione odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy PZP. Przepis ten stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy PZP, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Z przywołanych przepisów wynika, że nie jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej podmiot, który utracił w danym postępowaniu status wykonawcy.

Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie ma statusu wykonawcy i nie jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej, oferta Odwołującego została bowiem odrzucona na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2022 r.

o sygnaturze akt KIO 907/22, w którym Izba nakazała Zamawiającemu „(...) unieważnienie

czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy Fundacja D.T. Sport z siedzibą w Lesznie z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych".

Zgodnie z informacją z dnia 12 maja 2022 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy FUNDACJA D. T. SPORT z siedzibą w Lesznie dokonaną w dniu 25.03.2022 r. oraz przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem wytycznych z wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO 907/22).

Zgodnie z dokumentem znajdującym się w aktach sprawy, zatytułowanym „Informacja o wyniku postępowania", datowanym na 30 maja 2022 r., Zamawiający zgodnie z ww. wyrokiem Izby odrzucił ofertę Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Odwołujący utracił status wykonawcy w

postępowaniu.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy PZP środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że Odwołującemu nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Odwołujący definitywnie utracił status wykonawcy w tym postępowaniu.

W konsekwencji Izba uznała, że odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 8 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego

wynika, że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Przewodniczący: .....