Sygn. akt: KIO 549/23

POSTANOWIENIE

z dnia 15 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 marca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023 roku przez wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:

1) Zduńskowolskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą Zduńskiej Woli,

2) Żyrardowskie Powiatowe Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z w Żyrardowie, 3) Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Wielkopolskiego z siedzibą w Poznaniu,

4) Rejonowe Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe w Lublinie z siedzibą w Lublinie,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego „SOLPARK KLESZCZÓW" Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kleszczowie

przy udziale wykonawcy FUNDACJA WODNA SŁUŻBA RATOWNICZA z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego kwoty 7 500,00 zł (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego -wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:

1) Zduńskowolskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą Zduńskiej Woli,

2) Żyrardowskie Powiatowe Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z w Żyrardowie,

3) Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Wielkopolskiego z siedzibą w Poznaniu,

4) Rejonowe Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe w Lublinie z siedzibą w Lublinie uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 549/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: „SOLPARK KLESZCZÓW" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kleszczowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie kompleksowej usługi ratownictwa wodnego w kompleksie basenów w obiekcie „SOLPARK KLESZCZÓW" Sp. z o.o.". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych - Ogłoszenie nr 2022/BZP 00468088/01 z dnia 2022-1130.

Dnia 27 lutego 2023 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w prowadzonym postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp") odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia : (1)

Zduńskowolskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Zduńskiej Woli, (2) Żyrardowskie Powiatowe Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Żyrardowie, (3) Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Województwa Wielkopolskiego z siedzibą w Poznaniu, (4) Rejonowe Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe w Lublinie z siedzibą w Lublinie, dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

1) wyboru oferty złożonej przez Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą ze Wrocławiu (dalej „Fundacja WSR"), jako najkorzystniejszej oferty;

2) czynności badania i oceny ofert;

3) odrzucenia oferty Odwołującego;

4) zaniechania podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

5) zaniechania odtajnienia dokumentów złożonych przez Fundację WSR i zastrzeżonych jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawiał następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego oraz poprzez brak podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, co skutkuje brakiem możliwości formułowania precyzyjnej obrony oferty Odwołującego, przez co w konsekwencji postępowanie straciło walor przejrzystości;

b) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „ustawa ZNK") w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia dokumentów potwierdzających kwalifikacje osób ujętych w wykazie osób (tj. - Zaświadczenie o ukończeniu szkolenia ratowników wodnych, - Ważne zaświadczenie o ukończeniu kursu w zakresie kwalifikowanej pierwszej pomocy i uzyskał tytuł ratownika, - Dokument potwierdzający posiadanie kwalifikacji przydatnych w ratownictwie wodnym), zastrzeżonych przez wykonawcę Fundacja WSR jako tajemnica przedsiębiorstwa w całości i bez żadnych wyłączeń, pomimo że wykonawca Fundacja WSR nie dochował obowiązków ustawowych dla wykazania, że dokumenty faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym, informacje te są jawne i powinny zostać uznane przez Zamawiającego za podlegające udostępnieniu;

c) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Fundacja WSR, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1) unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Fundacja WSR jako najkorzystniejszej oferty;

2) unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego;

3) dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert;

4) odtajnił (ujawnił) i niezwłocznie udostępnił Odwołującemu dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Fundacja WSR, tj. dokumenty potwierdzające kwalifikacje osób ujętych w wykazie osób takie jak: - Zaświadczenie o ukończeniu szkolenia ratowników wodnych, - Ważne zaświadczenie o ukończeniu kursu w zakresie kwalifikowanej pierwszej pomocy i uzyskał tytuł ratownika, - Dokument potwierdzający posiadanie kwalifikacji przydatnych w ratownictwie wodnym;

5) dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada warunkom zamówienia, wstępnie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Ponadto Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to nie dokonałby

wyboru oferty Fundacja WSR, nie dokonałby odrzucenia oferty Odwołującego (względnie – w przypadku odrzucenia oferty podałby wyczerpujące uzasadnienie faktyczne dokonanej czynności, z którym Odwołujący miałby szanse polemizować), lecz wybrałby ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą. Nadto, Zamawiający nie uznałby, iż wskazane przez wykonawcę Fundacja WSR uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa faktycznie dowodzi, że

informacje zastrzeżone mają taki walor. W rezultacie Zamawiający uznałby, że dokumenty potwierdzające kwalifikacje osób ujętych w wykazie osób, niezbędne do oceny ofert – jako jawne – również podlegają udostępnieniu i nie odmówiłby ich udostępnienia, z uwagi na rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans).

O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 22 lutego 2023 r., kiedy Wykonawca został poinformowany o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołanie wniesiono zatem w terminie, kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlegało odrzuceniu, spełniało wymogi formalne i możliwe było jego merytoryczne rozpoznanie.

Ustalono, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, która została odrzucona przez Zamawiającego wybór oferty innego wykonawcy powoduje, że nie może on uzyskać zamówienia. W konsekwencji działań Zamawiającego istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego tj. utraty zamówienia publicznego.

Ustalono także, że do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca FUNDACJA WODNA SŁUŻBA RATOWNICZA z siedzibą we Wrocławiu. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

Ustalono następnie, że 9 marca 2023 roku, w dniu wyznaczonego terminu posiedzenia i rozprawy przed Izbą, Zamawiający w złożył odpowiedź na odwołanie – reasumpcję stanowiska, w której uwzględnił jego zarzuty w całości. Zamawiający przyznał, że sprawie występował brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego – Zamawiający wskazał jedynie, iż Konsorcjum nie spełniło warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, bez szczegółowego opisu na czym ten brak polegał. Ze względu zatem na brak tych informacji nie można jednoznacznie potwierdzić, czy czynność odrzucenia oferty Odwołującego była poprawna.

Zamawiający wnosił o umorzenie postępowania i wydanie postanowienia na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i bez konieczności przeprowadzenia postępowania dowodowego w sprawie. Zamawiającego zaznaczył, że zasadne jest nieobciążanie Zamawiającego kosztami postępowania.

Zamawiający poinformował, że w dniu 8 marca 2023 roku na stronie internetowej zamówienia zamieścił informację o dokonanym:

a) unieważnieniu zaskarżonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Fundacja WSR jako najkorzystniejszej oferty;

b) unieważniał czynność odrzucenia oferty Odwołującego;

c) odtajnił (ujawnił) i przekazał w ramach informacji publicznej Odwołującemu dokumenty potwierdzające kwalifikacje osób ujętych w wykazie osób takie jak: Zaświadczenie o ukończeniu szkolenia ratowników wodnych, Ważne zaświadczenie o ukończeniu kursu w zakresie kwalifikowanej pierwszej pomocy i uzyskania tytułu ratownika, dokumenty potwierdzające posiadanie kwalifikacji przydatnych w ratownictwie wodnym.

Po zakończeniu postępowania przez KIO Zamawiający przystąpi do ponownego badania ofert.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w dniu 8 marca 2023 roku został Odwołującemu udostępniony wykaz ratowników wodnych Fundacji Wodna Służba Ratownicza z zanonimizowanymi danymi ratowników wodnych, jak imię i nazwisko, numer PESEL czy data urodzenia.

Wobec braku stawiennictwa Przystępującego na posiedzeniu przed Izbą (powiadomienie o terminie w dniu 6 marca 2023 r.), Wykonawca zarządzeniem składu orzekającego został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu (przesłanie wezwania w dniu 9 marca 2023 roku). Termin na zgłoszenie sprzeciwu upływał w dniu 13 marca 2023 roku. Do dnia wydania niniejszego postanowienie w aktach sprawy nie ujawniono oświadczenia o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania. Wobec czego należało uznać, że Przystępujący z przysługującego mu uprawnienia nie będzie korzystał.

Skoro zatem Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił sprzeciwu, to mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym

w odwołaniu.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 2 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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).

Przewodniczący: ……