

Sygn. akt: KIO 2803/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 21 sierpnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz
Katarzyna Poprawa
Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym, z udziałem stron, w dniu 21 sierpnia 2024 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2024 roku przez wykonawcę *Industria Project spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku* w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego *Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni*

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *Wuprohyd spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni* oraz *Ingeo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku*

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy *Industria Project spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku* kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.
Zasądza od wykonawcy *Industria Project spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku* na rzecz Zamawiającego *Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni* kwotę 3 859, 00 zł (słownie: trzy tysiące osiemset pięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:
.....
.....

Sygn. akt: KIO 2803/24

UZASADNIENIE

Zamawiający *Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej dla zadania pn. „Budowa Infrastruktury hydrotechnicznej na potrzeby inwestycji EJ1 w lokalizacji Lubiątko-Kopalino” wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego*” (numer postępowania: ZP.371.2.2024.ASz).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 stycznia 2024 r. Numer publikacji ogłoszenia: 42282-2024, numer wydania Dz.U. S: 15/2024.

5 sierpnia 2024 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych („Pzp”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- (1) wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. *WUPROHYD Sp. z o.o. („WUPROHYD”)* oraz *INGEO sp. z o.o. („INGEO”)* (łącznie jako: „Konsorcjum „Wykonawca”), mimo że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na okoliczności opisane w szczególności w treści odwołania;
- (2) brak wezwania Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w sytuacji w której co najmniej część tych dokumentów, w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, zostały przedłożona przez Konsorcjum w niewłaściwej formie, a zatem nie wykazano skutecznie braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy, co – przy braku uzupełnienia wspomnianych dokumentów – winno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum;
- (3) brak wezwania Konsorcjum do udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie Postępowania nie zakłóci

konkurencji.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznk w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że Wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie jego doradztwa/ zaangażowania w przygotowanie Postępowania, gdyż - mimo faktycznego udziału w przygotowanie dokumentów stanowiących Opis przedmiotu zamówienia – nie poinformował o tym, a wręcz zaprzeczył temu faktowi w złożonym przez siebie Jednolitym Europejskim Dokumentcie Zamówienia („JEDZ”), co jest nieprawdą, a co stanowi naruszenie dobrych obyczajów i zagraża interesom innych wykonawców, dlatego też należało uznać, iż oferta Wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 Pzp przez brak odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo iż podlega ono wykluczeniu z Postępowania z uwagi na zaangażowanie tego Wykonawcy w jego przygotowanie, co też prowadziło do zakłócenia konkurencji, także dlatego, że Zamawiający nie podjął odpowiednich środków w celu zapobieżenia takiej sytuacji, w tym w szczególności nie przekazał pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które dostępne są Konsorcjum, a do których dostęp powinien mieć również Zamawiający;

ewentualnie:

- 3.art. 85 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp przez brak wezwania Konsorcjum do udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie Postępowania nie zakłóci konkurencji;
- 4.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp w zw. z §5 ust. 1 i §15 Rozporządzenia dokumentowego (Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy („Rozporządzenie dokumentowe”) przez brak odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, w której Wykonawca ten nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z Postępowania, gdyż informacje z Krajowego Rejestru Karnego zostały przedłożone Zamawiającemu w formie niezgodnej z treścią Rozporządzenia dokumentowego, tj. w postaci skanów, a zatem brak jest podstaw do uznania, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu;
- 5.art. 128 ust 1 Pzp w zw. z art. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (informacji z KRK);
- 6.art. 16 pkt 1-3 Pzp przez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nakazujących prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z regułami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o:

1)na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp - o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- odrzucenie oferty Konsorcjum;
- wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych/ udowodnienia, że zaangażowanie Wykonawcy w przygotowanie Postępowania nie zakłóci konkurencji;

2)na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp – o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

3)na podstawie art. 573 Pzp - o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania - Odwołujący ubiega się o przedmiotowe zamówienia, złożył w Postępowaniu ofertę, dlatego ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania.

Oferta Konsorcjum została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą

w Postępowaniu. Oferta Odwołującego zajęła trzecie miejsce w rankingu ofert. Gdyby Zamawiający przeprowadził w Postępowaniu czynności zgodnie z Pzp, doszedłby

do przekonania, że oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu, a oferta Odwołującego zajęłaby drugie miejsce w rankingu. Jak wskazano natomiast w Dziale I pkt 4 SWZ, w niniejszym postępowaniu Zamawiający - działając na podstawie przepisu art. 139 Pzp – w pierwszej kolejności dokona wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie podejmie odpowiednie kroki w celu weryfikacji kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

Mając na uwadze, że Zamawiający, działając na podstawie art. 139 Pzp, przewidział w Postępowaniu zastosowanie „procedury odwróconej”, tzn. najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, w sytuacji odrzucenia oferty Konsorcjum/ uwzględnienia niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, nie jest wykluczone, że to oferta Odwołujący uznana zostanie przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, choćby z uwagi na odrzucenie oferty Transprojekt Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu. W tym zakresie ww. wykonawca będzie bowiem dopiero badany. Natomiast brak odwołania automatycznie powoduje, że taka sytuacja na pewno nie będzie mieć miejsca. Tym samym może się okazać, że w wyniku tego odwołania oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszym miejscu w rankingu, zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, co też prowadzić będzie do udzielenia zamówienia Industria Project. Tym samym należy uznać, że Odwołujący, w wyniku błędnych działań Zamawiającego, może ponieść szkodę – nie odrzucił on bowiem oferty Konsorcjum.

Na marginesie Odwołujący podał, że zgodnie z orzecznictwem Izby, interes Odwołującego przejawia się również „*wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy*

w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo)” - Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 296/08; KIO/UZP 303/08.

W związku z powyższym Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie podniesionych zarzutów w odwołaniu.

Izba ustaliła i zważyła:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.; dalej „ustawa”, „Pzp”) skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2024 roku przesłanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu Odwołujący złożył następujące oświadczenie:

*Działając w imieniu wykonawcy Industria Project sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (**Industria Project**, „**Odwołujący**”), w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (odpis pełnomocnictwa wraz z informacjami z Krajowego Rejestru Sądowego oraz dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu), w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej dla zadania pn. „Budowa Infrastruktury hydrotechnicznej na potrzeby inwestycji EJ1 w lokalizacji Lubiatowo-Kopalino” wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego” (numer postępowania: ZP.371.2.2024.ASz, „**Postępowanie**”), prowadzonym przez zamawiającego: Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni (**Zamawiający**”), niniejszym na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych:*

cofam odwołanie wniesione w Postępowaniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2024 r.

*W związku z powyższym, na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 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. poz. 2437), **wnoszę o zwrot 90% wpisu od odwołania** na rachunek bankowy, z którego dokonano wpłaty.*

Powyższy dokument w treści zawierał oznaczenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nazwy stron postępowania, podpisany przez Radcę prawnego J.G.działającą na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 sierpnia 2024 roku załączonego do odwołania

Izba stwierdza, że w tej sprawie odwoławczej odwołanie zostało skutecznie wycofane przed terminem rozpoczęciem posiedzenia i rozprawy z udziałem stron (21 sierpnia 2024 roku). Wymaga odnotowania, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy. Cofnięcie odwołania przez Odwołującego, zgodnie art. 568 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r.

w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. 2020 poz. 2453) oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Na podstawie § 9 ust. 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 wysokości wpisu od odwołania* (Dz. U. poz. 2437), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego

z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem należnego wpisu od odwołania. Izba zasądziła na rzecz Odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika 3 600,00 zł oraz koszty dojazdu na posiedzenie 259,00 zł.

Przewodniczący:

.....
.....