

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 4.06.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 4 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2024 r. przez Odwołującego: **Sky Club Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Rzeszowie** (Ul. Monte Cassino 8/27, 35305 Rzeszów) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **41. Baza Lotnictwa Szkolnego z/s w Dęblinie** (ul. Brygady Pościgowej 5, 08521 Dęblin),

- Uczestnik po stronie Zamawiającego: **P.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GRUPA SPADOCHRONOWA REAKTOR 24 PIOTR PRZYBYŁA z/s w Krośnie** (38-400 Krosno, ul. Krzysztofa Kamila Baczyńskiego 48),

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego: **Sky Club Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Rzeszowie** (Ul. Monte Cassino 8/27, 35305 Rzeszów) kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczonego przez odwołującego od odwołania;

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.

.....

Sygn. akt: 1665/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2024 r. przez wykonawcę: Sky Club Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Rzeszowie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez zamawiającego: 41. Baza Lotnictwa Szkolnego z/s w Dęblinie.

Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Przeprowadzenie usługi szkolenia lotniczego spadochronowego i szybowcowego dla uczniów Ogólnokształcącego Liceum Lotniczego w Dęblinie” Numer ogłoszenia o zamówieniu: Ogłoszenie nr 2024/BZP 00261705/01. Data publikacji ogłoszenia: 27 marca 2024 r.

Wykonawca podał: (...) wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu pn. "Przeprowadzenie usługi szkolenia lotniczego spadochronowego i szybowcowego dla uczniów Ogólnokształcącego Liceum Lotniczego w Dęblinie", polegających na:

1) wyborze w dniu 8 maja 2024 roku, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, oferty złożonej przez firmę Pana P.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Grupa Spadochronowa Reaktor24 P.P., ul. Baczyńskiego 48, 38-400 Krosno,

2) zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy - P.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Grupa Spadochronowa Reaktor24 P.P., pomimo, iż oferta ta zawierała błąd w obliczeniu ceny, który nie podlegał konwalidacji w trybie sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej (względnie, zaniechaniu odrzucenia oferty ww. Wykonawcy, pomimo, iż jego oferta jest niezgodna z przepisami ustawy oraz warunkami zamówienia).

Uchybienia te były wynikiem niezgodnej z przepisami prawa i skrajnie wadliwej poprawy w dniu 16 kwietnia 2024 r. przez Zamawiającego „innej omyłki” w treści oferty ww. Wykonawcy, w której to Zamawiający w sposób całkowicie dowolny wybrał kwotę - spośród dwóch podanych, na jaką opiewać może złożona oferta. Co przy tym istotne, podana w treści informacji o sprostowaniu „innej omyłki” kwota nie odpowiada wartościom podanym wprost przez Wykonawcę w treści wyjaśnień w przedmiocie wartości netto oferty. Już tylko z tej przyczyny odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Niezależnie od powyższego, zarzucam Zamawiającemu:

3) zaniechanie wykluczenia Wykonawcy — P.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Grupa Spadochronowa Reaktor24 P.P., z prowadzonego postępowania (a w konsekwencji, odrzucenia jego oferty, w trybie art.

226 ust. 1 pkt. 2a PrZamPubl), pomimo, iż wykonawca ten nie spełniał warunków udziału w postępowaniu w zakresie konieczności legitymowania się odpowiednim doświadczeniem.

Do ww. uchybienia doszło z uwagi na całkowite odstępianie od rzeczowej weryfikacji doświadczenia ww. Wykonawcy, pomimo, iż prezentowany przez firmę Reaktor24 wykaz i referencje budziły uzasadnione wątpliwości co do faktycznego spełniania warunku udziału w postępowaniu, a w treści ww. dokumentów nie podano nawet nazwy i daty umowy, w ramach której rzekomo zdobyto wymagane doświadczenie.

4) prowadzenie negocjacji z ww. wykonawcą w przedmiocie deklarowanej ceny oferty, w sposób opisany poniżej, które skutkowały wyborem ceny niższej niż deklarowana przez Wykonawcę w składanych przez niego wyjaśnieniach, a także, poprawienie oczywistej omyłki w ofercie ww. Wykonawcy, co w świetle przedstawionej w niniejszym odwołaniu argumentacji nie było dopuszczalne.

1. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego, Odwołujący zarzuca naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 PrZamPubl poprzez dokonanie jako najkorzystniejszej wyboru oferty wykonawcy - P.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Grupa Spadochronowa Reaktor24 P.P., podczas gdy oferta ta nie została zweryfikowana przez Zamawiającego w zakresie wykazania przez ww. wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia;

2) art. 223 ust. 1 PrZamPubl oraz art. 223 ust. 2 pkt. 3 PrZamPubl poprzez instrumentalne wykorzystanie ww. trybu do prowadzenia z wybranym wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, i zmianę, w formie korekty omyłki, ceny oferty w sposób sprzeczny ze złożonymi przez Wykonawcę wyjaśnieniami. Sposób działania Zamawiającego w sposób rażący wypacza sens i cel wyżej wymienionych przepisów.

3) art. 223 ust. 1 PrZamPubl oraz art. 223 ust. 2 pkt. 3 PrZamPubl poprzez poprawę oferty Wykonawcy w ww. trybie pomimo, iż dokonana zmiana miała charakter istotny, a sposób poprawy ceny był całkowicie dowolny. W ocenie skarżącego, dostrzeżony w ofercie błąd miał charakter nieusuwalny i nie podlegał konwalidacji w ww. trybie.

4) art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b PrZamPubl oraz 226 ust. 1 pkt. 3 i 10 PrZamPubl w zw. z art. 218 ust. 1 PrZamPubl, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy - P.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Grupa Spadochronowa Reaktor24 P.P., względnie, poprzez zaniechanie wykluczenia ww. z prowadzonego postępowania

5) a w konsekwencji - naruszenie przepisu art. 16 pkt 1 PrZamPubl poprzez przeprowadzenie postępowania w odniesieniu do dokonanego wyboru oferty wykonawcy - P.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Grupa Spadochronowa Reaktor24 P.P., w sposób niezapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

6) art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) PrZamPubl w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ww. Wykonawcę, gdyż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a to z uwagi na nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia Wykonawcy w przedmiocie wartości wykonanych usług.

II. W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 PrZamPubl wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty - P.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Grupa Spadochronowa Reaktor24 P.P. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;

b) wykluczenie Wykonawcy - P.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Grupa Spadochronowa Reaktor24 P.P., względnie, odrzucenie złożonej przez niego oferty, z przyczyn wyżej opisanych,

c) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny i wyboru ofert;

d) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa radcy prawnego, wedle przedłożonego podczas rozprawy spisu kosztów

IV. Wykazanie interesu we wniesieniu odwołania:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym w branży objętej przedmiotem zamówienia, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. W przypadku, w którym kwestionowana niniejszym odwołaniem Oferta zostałaby odrzucona, Odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Co przy tym istotne, Oferta odwołującego nie została odrzucona z przedmiotowego postępowania, a Odwołujący w dalszym ciągu wyraża wolę realizacji zamówienia.

Pozbawienie możliwości udzielenia zamówienia - poprzez wybór tańszej oferty, nie spełniającej wymagań SWZ, w sposób oczywisty godzi zatem w interesy Odwołującego i może powodować szkodę majątkową po jego stronie, rozumianą jako utrata możliwości pozyskania zamówienia publicznego. Mając na uwadze powyższe, przesłanki formalne legitymujące Spółkę do wniesienia Odwołania, określone w art. 505 ust. 1 Ustawy PrZamPubl, zostały spełnione.

V. Wykazanie dotrzymania terminu na wniesienie odwołania

Zgodnie z ogólną zasadą wynikającą z art. 515 ust. 2 pkt. 1 lit. a. PrZamPubl, Odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od

dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, Informację o wyborze oferty P.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Grupa Spadochronowa Reaktor24 P.P. Spółka otrzymała w dniu 8 maja 2024 r. Mając na uwadze powyższe, niniejsze pismo wniesione zostało z zachowaniem ustawowego terminu.

VI. Doręczenia

Kopia niniejszego odwołania została, stosownie do dyspozycji art. 514 ust. 2 PrZamPubl przekazana Zamawiającemu na podany przez niego adres e-mail oraz za pośrednictwem wyżej wskazanej platformy, na dowód powyższego wraz z niniejszym odwołaniem Spółka przedstawia potwierdzenie doręczenia odpisu odwołania."

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 31/05/24) wskazując na art. 521 ust.1 i art. 522 ustawy Pzp podał: (...) oświadczam o uznaniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Odwołującego i wnoszę o umorzenie postępowanie odwoławczego na posiedzeniu niejawnym. 41. Baza Lotnictwa Szkolnego w Dęblinie otrzymała w dniu 28 maja 2024 r. od Odwołującego informację potwierdzoną dokumentami (pisemna informacja od Dyrektora Zespołu Szkół im. Komisji Edukacji Narodowej w Tymbarku), iż Wykonawca - Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie wykonał żadnych usług na rzecz Zespołu Szkół im. Komisji Edukacji Narodowej w Tymbarku. Wskazywane w wykazie usług, oświadczeniach własnych jak i referencjach szkolenia prowadzone były na podstawie umów zawieranych indywidualnie z rodzicami poszczególnych uczniów, a nie jednej umowy zawartej z Zespołem Szkół im. Komisji Edukacji Narodowej w Tymbarku jak pierwotnie wskazał Przystępujący w ww. dokumentach. W związku z tym oczywiste jest, iż Wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Warunek udziału w postępowaniu postawiony został w ten sposób, że wykonawca miał udowodnić, że wykonał co najmniej jedną (1) usługę na podstawie jednej (1) umowy w zakresie szkolenia spadochronowego teoretycznego i praktycznego zgodnie z „Programem szkolenia do uzyskania świadectwa kwalifikacji skoczka spadochronowego (PJ z uprawnieniem klasy wyszkolenia B – szkolenie metodą na linę (SL))” uzgodnionym przez Urząd Lotnictwa Cywilnego na kwotę co najmniej 70.000 zł. Tym samym bezzasadnym jest wnoszenie przez Zamawiającego o oddalenie przez KIO odwołania. Pomimo że Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prawidłowo i zgodnie z przepisami wykonywał wszystkie czynności to wobec ujawnienia nowych faktów, nie znanych dotychczas Zamawiającemu zasadne jest uwzględnienie odwołania. Zamawiający ze względu na ekonomikę procesową uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, pomimo że uważa, iż zarzut dot. poprawienia omyłki dot. ceny oferty jest niezasadny, gdyż w sytuacji jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego w SWZ, iż przedmiot zamówienia podlega ustawowemu zwolnieniu od podatku od towarów i usług, Zamawiający był uprawniony do uznania ceny netto podanej w ofercie jako obowiązującej i tym samym poprawienia ceny brutto do prawidłowo wskazanej ceny netto, na co Wykonawca wyraził jednoznaczną zgodę. Dodać należy, iż Zamawiający unieważnił czynność wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty (pismo z dnia 10.04.2024 r.) skierowanego do wykonawcy działającego pod firmą: Grupa Spadochronowa Reaktor24 P.P., a więc tym samym następne wyjaśnienia tego Wykonawcy należy uznać za nie wywołujące skutków prawnych w szczególności w kontekście wyrażonej następnie przez tego Wykonawcę zgody na poprawienie omyłki. Nieuznanie przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu dot. poprawienia omyłki nie doprowadziłoby finalnie do innego skutku i konstatacji, iż oferta Wykonawcy Grupa Spadochronowa Reaktor24 P.P. podlega odrzuceniu. Wynika to z faktu, iż nie uznanie odwołania w tym zakresie i następnie wydanie przez KIO orzeczenia potwierdzającego słuszność czynności Zamawiającego i oddalającego odwołanie w tym zakresie - nie zmienia faktu, iż wykonawca - Grupa Spadochronowa Reaktor24 P.P. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu „Przeprowadzenie usługi szkolenia lotniczego spadochronowego i szybowcowego dla uczniów Ogólnokształcącego Liceum Lotniczego w Dęblinie”. Oferta tego Wykonawcy i tak będzie podlegała odrzuceniu ze względu na niespełnianie warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę. Mając na uwadze powyższe Zamawiający uwzględnia odwołanie w całości i wnosi o umorzenie postępowanie odwoławczego na posiedzeniu niejawnym".

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca P.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GRUPA SPADOCHRONOWA REAKTOR 24 PIOTR PRZYBYŁA z/s Krośnie (Przystępujący lub Uczestnik). Uczestnik w piśmie z dnia 31 maja 2024 r. został wezwany na podstawie na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w terminie 3 dni od dnia doręczenia niniejszego wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego. Termin na zgłoszenie sprzeciwu upływał w dniu 3 czerwca 2024 r. Uczestnik w piśmie z dnia 31.05.2024 r. oświadczył: (...) w odpowiedzi na odwołanie, zważywszy, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a także w nawiązaniu do wezwania do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu Przystępujący oświadcza, że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w

odwołaniu i przychyła się do wniosku o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym. Mając na uwadze powyższe, przedłożenie stanowiska merytorycznego, w którym Przystępujący odniósłby się do każdego z zarzutów w tej sytuacji jest bezcelowe. Jedynie na marginesie Przystępujący zaznacza, że w pełni popiera stanowisko Zamawiającego przedstawione w treści pisma uwzględniającego odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego poprawienia innej omyłki. Biorąc pod uwagę unieważnienie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, do czego Zamawiający był uprawniony, poprawienie omyłki nie stanowiło czynu, który naruszałby przepisy ustawy Pzp. Ponadto Przystępujący podkreśla, że w jego ocenie dysponuje odpowiednim doświadczeniem, które pozwalałoby należycie zrealizować przedmiot zamówienia. W ramach swojej działalności przeszkolił, znaczne ilości osób, również uczniów w ramach porozumienia (realizowanego per facta concludentia) z Zespołem Szkół im. Komisji Edukacji Narodowej w Tymbarku, na co wskazywały referencje z dnia 25 kwietnia 2024r. , jednakże nie jest w stanie wykazać tego za pomocą pisemnych środków dowodowych, szczególnie w świetle pisma z dnia 20 maja 2024r. przedstawionego przez Odwołującego. Przystępujący podkreśla, że składając ofertę w postępowaniu, opierając się na posiadanej wiedzy i w późniejszym terminie dysponując również przedłożonymi referencjami, był przekonany, że wypełnia w całości warunki udziału w postępowaniu i nie miał na celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do posiadanego doświadczenia. Mając na uwadze powyższe, Przystępujący oświadcza, że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i przychyła się do wniosku o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie w niniejszej sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust.2 ustawy Pzp

Zgodnie ze wskazanym art. 522 ust. 2 Pzp: „2. Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli 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”.

Zamawiający w piśmie z dnia 31 maja 2024 r. jednoznacznie oświadczył, że uwzględni w całości podnoszone w odwołaniu zarzuty. Uczestnik po stronie zamawiającego (wykonawca P.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GRUPA SPADOCHRONOWAREAKTOR 24 PIOTR PRZYBYŁA z/s w Krośnicy) w piśmie z dnia 31 maja 2024 r. do zgłoszenia sprzeciwu w wyznaczonym terminie, który upływał w dniu 3 czerwca 2024 r., oświadczył, że takiego sprzeciwu nie zgłasza.

Działając zatem na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 522 ust. 2 ustawy Pzp Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza miała na uwadze okoliczność, że uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, dla których został wyznaczony termin na dzień 7/02//2024. Zatem koszty te stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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) znoszą się wzajemnie. W takim przypadku Izba orzeka również o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu w pełnej wysokości.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....