

WYROK

Warszawa, dnia 12 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Maria Kacprzyk
Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MAXTO Technology sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczce, PROASISSTANS sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centralny Ośrodek Sportu z siedzibą w Warszawie, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy NTS Polska S.A. z siedzibą w Raszynie,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dalsze jego prowadzenie, w tym badanie i ocenę ofert;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania; kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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 1782/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Ośrodek Sportu z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Wykonanie Systemu Telewizji Dozorowej w obiekcie Torwar I w Centralnym Ośrodku Sportu w Warszawie przy ul. Łazienkowskiej 6a”; znak sprawy: NZ/P/26/2023, dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00489864 z dnia 13 listopada 2023 r. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „Pzp”.

W dniu 20 maja 2024 roku Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MAXTO Technology sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczce, PROASISSTANS sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”), działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia Postępowania.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 255 pkt 6 w zw. art. 56 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że Postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 2) art. 260 ust. 1 Pzp poprzez ogólne, lakoniczne i nieprecyzyjne podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o unieważnieniu Postępowania;
- 3) art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty oraz nieproporcjonalny.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania; nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia badania i oceny

ofert w Postępowaniu.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wyjaśnił, że przywołane przez Zamawiającego przepisy: art. 255 pkt 6 i art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp nie przewidują możliwości unieważnienia postępowania w oparciu o tego rodzaju okoliczności, jak podniesione przez Zamawiającego, lecz dotyczą innego rodzaju „uchybień”. Sam fakt, że w toku Postępowania były podejmowane czynności przez „osoby, od których nie zostały odebrane oświadczenia, o których mowa w art. 56 ust. 4, 5, 6 Pzp, nie stanowi żadnej wady Postępowania, ponieważ Zamawiający może przecież te oświadczenia jeszcze odebrać – czemu nie przeczy, zaś oświadczenie z art. 56 ust. 5 Pzp składa się niezwłocznie po powzięciu wiadomości o ich istnieniu, a oświadczenie o braku istnienia tych okoliczności nie później niż przed zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie podniósł, ani tym bardziej nie wykazał, aby którakolwiek z osób, co do których nie odebrał oświadczeń, podlegała wyłączeniu z powodu konfliktu interesów lub karalności. Zdaniem Odwołującego, co do osoby, względem której Zamawiający powziął wątpliwość co do realizacji przesłanki konfliktu interesów, która odmówiła złożenia oświadczeń, Zamawiający w ogóle nie wyjaśnił w czym upatruje podstawy stwierdzenia, że zostały naruszone przepisy ustawy Pzp w stopniu skutkującym unieważnieniem Postępowania. Sam fakt powzięcia wątpliwości względem jednej z tych osób, co do realizacji przesłanki konfliktu interesów, o której mowa w art. 56 ust. 2 pkt 3 lub 4 Pzp nie stanowi podstawy do uznania, że taki konflikt zachodzi. Sama wątpliwość Zamawiającego nie może stanowić podstawy do unieważnienia Postępowania zdaniem Odwołującego, taki skutek mogą wywołać jedynie okoliczności konkretnie ustalone i dowiedzione. Odwołujący przytoczył także orzecznictwo Izby na poparcie swoich twierdzeń.

W ustawowym terminie zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca NTS Polska S.A. z siedzibą w Raszynie.

W dniu 10 czerwca 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości. Przytoczył okoliczności faktyczne, związane ze współpracą z p. G.C., jak również zakres czynności, jakie podejmował w trakcie prowadzonego Postępowania. Podkreślił, że ustawodawca przewidział dwie podstawy unieważnienia, do których odwołuje się w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj: zawarcie umowy z naruszeniem Pzp oraz zaniechanie obowiązków ogłoszeniowych. Przytoczył orzecznictwo w tym zakresie. Zamawiający wskazał, że udział p. G.C. w procesie odpowiedzi na pytania do SWZ oraz w ocenie ofert złożonych w Postępowaniu – w warunkach potencjalnej realizacji przesłanki konfliktu interesów oraz odmowy złożenia oświadczeń z art. 56 Pzp – zaktualizował regulację z art. 56 ust. 7 Pzp. Biorąc pod uwagę stopień zaawansowania Postępowania, brak było możliwości wdrożenia czynności naprawczych – nie sposób było cofnąć czynności udzielania wyjaśnień oraz przesyłania ofert p. G.C. do weryfikacji. W ocenie Zamawiającego wybór tej oferty niósłby ryzyko unieważnienia umowy z Konsorcjum MAXTO na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów na fakt zakresu współpracy z p. G.C.:

- 1)kopii umowy na projekt wykonawczy;
- 2)kopii protokołu odbioru projektu wykonawczego z dnia 19 lipca 2023 r.;
- 3)kopii umowy na nadzór inwestorski razem z zapytaniem ofertowym i ofertą p. A.S. zawierającą wykaz osób;
- 4)zbiorczej korespondencji e-mail w sprawie odpowiedzi na pytania do SWZ;
- 5)e-mail p. D.T. z dnia 18 października 2023 r.;
- 6)e-mail p. A.S. z dnia 23 października 2023 r.;
- 7)e-mail p. G.C. z dnia 23 października 2023 r.;
- 8)zbiorczej korespondencji e-mail z okresu 12– 18 grudzień 2024 r.
- 9)kopii pisma P.B. z dnia 26 marca 2024 r. wraz z wydrukiem z portfolio MAXTO Technology;
- 10)kopii wezwania z dnia 6 maja 2024 r.;
- 11)zbiorczej korespondencji e-mail z okresu 6 – 7 maj 2024 r.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów udostępnionych przez Zamawiającego na wnioski na fakt nieprzekazania przez zamawiającego wszystkich dokumentów objętych wnioskiem tj. korespondencji z Panem G.C. na etapie wyjaśnień treści SWZ.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem Postępowania jest zamówienie na „Wykonanie Systemu Telewizji Dozorowej w obiekcie Torwar I w Centralnym Ośrodku Sportu w Warszawie przy ul. Łazienkowskiej 6a”.

Zamawiający w dniu 13 maja 2024 r. unieważnił Postępowanie z powodu obarczenia Postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu wskazanej czynności Zamawiający wskazał, że w toku Postępowania Zamawiający powziął informację o ryzyku wystąpienia po stronie jednej z osób zaangażowanych w prowadzenie Postępowania okoliczności, o której mowa w art. 56 ust. 2 pkt 3 lub 4 Pzp. Osoba ta nie zgłosiła Zamawiającemu faktu realizacji przesłanki wystąpienia konfliktu interesu. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6.05.2024 r. do złożenia odpowiednich oświadczeń, w dniu 07.05.2024 r. osoba ta odmówiła ich złożenia.

W dniu 5 czerwca 2023 r. została zawarta umowa nr 91/WA/2023 pomiędzy Zamawiającym, a p. G.C. na zadanie pn. „Wykonanie aktualizacji projektu wykonawczego Systemu Telewizji Dozorowej dla Centralnego Ośrodka Sportu w Warszawie w zakresie obiektu Torwar I”. Zakres obowiązków p. G.C. wynikający z tej umowy obejmował wykonanie aktualizacji projektu wykonawczego Systemu Telewizji Dozorowej dla Centralnego Ośrodka Sportu w Warszawie w zakresie obiektu Torwar I. W dniu 19 lipca 2023 r. p. G.C. przekazał projekt wykonawczy Zamawiającemu, co zostało potwierdzone protokołem obioru. Pomimo braku postanowień umownych, p. G.C. na prośbę Zamawiającego udzielał mu wsparcia na etapie udzielania wyjaśnień do treści SWZ oraz przy ocenie ofert. Zamawiający przesłał do ww. osoby wnioski o wyjaśnienie treści SWZ (bez ujawniania wnioskodawcy), jak również niektóre z otrzymanych ofert celem oceny ich zgodności z warunkami zamówienia. Wobec powziętych przez Zamawiającego informacji o współpracy p. G.C. z firmą Maxto, wezwaniem do złożenia oświadczeń, o których mowa w art. 56 Pzp. W dniu 6 maja 2024 r. p. G.C. odmówił mailowo złożenia ww. oświadczeń. W dniu 7 maja 2024 r. Zamawiający ponowił wezwanie do p. G.C., zaś p. G.C. ponownie odmówił złożenia oświadczeń. W protokole Postępowania, Zamawiający nie wskazał danych p. G.C. jako osoby zaangażowanej w przygotowanie Postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości, ponieważ podniesione zarzuty potwierdziły się. Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzuty podniesione przez Odwołującego, chociaż rozdzielone na trzy osobne, podlegały łącznemu rozpoznaniu i sprowadzały się do zakwestionowania w całości czynności unieważnienia Postępowania. Jednocześnie, stan faktyczny ustalony w sprawie jest bezsporny pomiędzy Stronami, sporna jest jedynie interpretacja ustalonych faktów i subsumpcja dokonana przez Zamawiającego.

Przepisy Pzp ograniczają katalog okoliczności, w których zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie, do przesłanek opisanych w art. 255 Pzp lub też przykładowo w art. 256 Pzp albo 257 Pzp. Zamknięty katalog przesłanek unieważnienia postępowania, które jest wyjątkiem od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy, nie może być poddawany wykładni rozszerzającej. Dalej, stosownie do art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Przesłanka z art. 255 pkt 6 Pzp, zastosowana przez Zamawiającego dotyczy okoliczności, w której postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei zgodnie z art. 457 ust. 1. Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1)z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;
- 2)zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 3)zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;
- 4)z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;
- 5)z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, chodzi o wadę na tyle poważną, że ma ona uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, musi być to naruszenie kwalifikowane, czy też rażące (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28.03.2024 r., sygn. akt XXIII Zs 7/24). Czynność unieważnienia postępowania, która niweczy cel wszczęcia postępowania, jakim jest udzielenie zamówienia publicznego, wiąże się z wykazaniem wszystkich elementów przesłanki, w tym uzasadnienia, dlaczego w razie zawarcia umowy w wyniku tego postępowania, zaistniałaby podstawa do jej unieważnienia. Nie każda bowiem nieprawidłowość zaistniała w toku postępowania stanowi podstawę do żądania unieważnienia umowy. Ciężar dowodu w zakresie wykazania przesłanek spoczywa na Zamawiającym, bowiem to on wywodzi z tego skutki prawne, zaś zgodnie z art. 260 ust. 1 Pzp, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne; udostępnia również te informacje na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, wada ta nie wystąpiła. Sam fakt, że Zamawiający nie uzyskał oświadczeń, o których mowa w art. 56 Pzp stanowi naruszenie przepisów, ponieważ zgodnie z ich treścią osoby wskazane w ust. 1, tj. kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub osoby udzielające zamówienia składają oświadczenia opisane szczegółowo w ust. 3 oraz 4, tj. dotyczące karalności oraz o istnieniu albo braku istnienia konfliktu interesów.

Jednakże odmowa złożenia oświadczenia przez jedną z osób, która doradzała Zamawiającemu na etapie wyjaśnień treści SWZ oraz w ramach oceny i badania ofert, nie stanowi przesłanki unieważnienia Postępowania. Przede wszystkim, tego rodzaju wada nie skutkowałaby zawarciem niepodlegającej unieważnieniu umowy, co potwierdził sam Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie, wskazując jedynie na potencjalny charakter wzruszalności umowy. Tymczasem przesłanka, którą zastosował, wymaga wskazania związku przyczynowego pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, co tak jak wskazywał Odwołujący, powinno znaleźć się w informacji o unieważnieniu Postępowania.

Istotnym z punktu widzenia przedmiotowej sprawy jest kwestia, że przepisy regulują sposób postępowaniach w sytuacjach, w którym osoba w konflikcie interesów podejmowała czynności w toku postępowania – tj. sytuacje dalej idące. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której dojdzie do nieuprawnionego podjęcia przez osobę podlegającą wyłączeniu czynności w postępowaniu. Zgodnie z art. 57 ust. 7 Pzp, czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania. Dalej, przepisy także regulują sytuację, w których wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275, z 2022 r. poz. 2581 i 2640 oraz z 2023 r. poz. 852), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zakładając jako najdalej idące skutki - ewentualne wykluczenie wykonawcy z Postępowania, jeśli nie jest możliwe wyeliminowanie zakłócenia konkurencji w inny sposób.

W przedmiotowej sprawie, materiał dowodowy wykazał, że wszystkie czynności w Postępowaniu podejmował kierownik zamawiającego, zaś p. G.C. udzielał Zamawiającemu merytorycznego wsparcia na etapie wyjaśnień treści SWZ, przygotowując propozycje wyjaśnień, na podstawie pytań otrzymanych bez ujawniania źródła zapytania. W konsekwencji w takich okolicznościach nie mógł mieć świadomości, podobnie jak na etapie realizacji umowy o projekt wykonawczy,

jaki krąg wykonawców może ubiegać się o udzielenie zamówienia oraz czy pozostaje z nim w konflikcie interesów. Jest to zatem czynność, której nie ma obowiązku powtórzenia w rozumieniu art. 57 ust. 7 Pzp. Z kolei czynność badania i oceny ofert – w której także p. G.C. pośrednio uczestniczył, przedstawiając swoje stanowisko co do merytorycznej zgodności treści niektórych z ofert z warunkami zamówienia, jest czynnością powtarzalną, więc abstrahując od okoliczności, że nie znajduje się w materiale dowodowym, które z ofert otrzymał p. G.C., jak również czy były to złożone oferty w całości, czy też jedynie w części dokumentów przedmiotowych służących ocenie, czy zaoferowane rozwiązanie jest zgodne z warunkami zamówienia, czynność ta może zostać przez Zamawiającego ponownie dokonana. Istotnym jest także, że ostateczne czynności w Postępowaniu podejmuje kierownik zamawiającego wraz z komisją przetargową, zaś korzystanie z merytorycznego wsparcia może, ale nie musi mieć ostatecznie wpływu na wynik postępowania. W konsekwencji, w tak ustalonych okolicznościach, Izba nakazała unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania, oraz jego dalsze prowadzenie.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia. Do kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z § 5 ww. rozporządzenia, Izba zaliczyła wpis oraz stosownie do pkt 2 uzasadnione wydatki strony na podstawie przedłożonych do akt rachunków, obejmujących wynagrodzenie jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....