Sygn. akt: KIO 821/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu12 marca 2024 r. przez wykonawcę AMSA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawiew postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z siedzibą w Warszawie
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy B.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe SOS Barwit - B.J. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym badania podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do wykonawcy B.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe SOS Barwit - B.J. z siedzibą w Warszawie.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
   2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 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 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto 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 821/24

Uzasadnienie

Zamawiający Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie w okresie 12 miesięcy usług sprzątania i czyszczenia w pomieszczeniach zajmowanych przez zamawiającego głównie w budynku położonym przy Alejach Jerozolimskich 181c w Warszawie (dalej: „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 lutego 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00207982.

I. W dniu 12 marca 2024 r. wykonawca AMSA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w Postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp"):

1) art. 226 ust. 1 pkt 2) a) poprzez zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy B.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe SOS Barwit - B.J. z siedzibą w Warszawie (dalej także jako: „Wykonawca Barwit"), mimo że Wykonawca Barwit podlega wykluczeniu na podstawie:
   a) art. 109 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp, gdyż Wykonawca Barwit wykonał nienależycie co najmniej cztery umowy, w przypadku których naliczono kary umowne, a zatem powinien podlegać wykluczeniu;
   b) art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, gdyż Wykonawca Barwit celowo wprowadził w błąd Zamawiającego, co

najmniej poprzez zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo poprzez przedstawienie informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp, co jest ewidentnie nieprawdą i ma wpływ na wynik postępowania,

jako zarzut ewentualny:

2)art. 109 ust.1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Barwit, który co najmniej w wyniku lekkomyślności przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp, co jest ewidentnie nieprawdą i ma wpływ na wynik postępowania,

3)art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów, to jest w szczególności do następujących podmiotów:

–Rzecznik Finansowy, ul. Nowogrodzka 47 a, Warszawa,

–Państwowe Muzeum Etnograficzne, Warszawa,

–Polska Organizacja Turystyczna,

–Urząd Dzielnicy Wola m.st. Warszawy

pomimo tego, że Zamawiający dysponował informacjami od Odwołującego, które zostały przekazane mu pismem z dnia 7.03.2024 roku, że w postępowaniach dotyczących ww. podmiotów Wykonawca Barwit nienależycie wykonywał umowy,

4)art. 252 ust.1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy Barwit, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu i powinna zostać odrzucona.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Barwit,

2)odrzucenia oferty Wykonawcy Barwit na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp,

3)ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty bez oferty Wykonawcy Barwit.

w zakresie zarzutów ewentualnych:

1)zwrócenia się bezpośrednio do wskazanych powyżej podmiotów o informacje w zakresie nienależytego wykonania przez Wykonawcę Barwit umów w sprawie zamówienia publicznego, co ma znaczenie w kontekście niepodlegania wykluczeniu, zarówno na podstawie art. 109 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp, jak i w konsekwencji na podstawie art. 109 ust.1 pkt 8) lub 10) ustawy Pzp.

Na rozprawie Odwołujący oświadczył, że jako zarzut ewentualny postawiony został zarzut naruszenia art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. Ponadto, Odwołujący oświadczył, że w przypadku zarzutów dotyczących wprowadzenia w błąd Zamawiającego zarzutem głównym jest zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, natomiast ewentualnym jest zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Odwołujący oświadczył, że wnosi o rozpoznanie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 5 ustawy Pzp w przypadku uznania niezasadności któregokolwiek z zarzutów naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7, 8, 10 ustawy Pzp, a w przypadku zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wnosi o rozpoznanie tego zarzutu w przypadku uznania niezasadności zarzutu naruszenia art. 109 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp.

II. Pismem wniesionym w dniu 22 marca 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Barwit. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W dniu 7 marca 2024 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Wykonawcy Barwit jako oferty najkorzystniejszej.

Tego samego dnia Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przeprowadzenie ponownej oceny ofert wskazując na cztery przypadki nienależytego wykonania przez Wykonawcę Barwit istotnych zobowiązań wynikających z umów w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 8 marca 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy Barwit o przedstawienie wyjaśnień w zakresie trzech przypadków wskazanych przez Odwołującego w piśmie z dnia 7 marca 2024 r. jako nienależyte wykonanie przez

Wykonawcę Barwit istotnych zobowiązań wynikających z umów w sprawie zamówienia publicznego.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca Barwit udzielił za pismem z dnia 12 marca 2024 r. przedstawiając wyjaśnienia wraz z dowodami.

W dniu 18 marca 2024 r. Zamawiający zwrócił się na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp do trzech podmiotów (Urzędu Dzielnicy Wola m. st. Warszawa, Rzecznika Finansowego z siedzibą w Warszawie oraz Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie) z prośbą o udzielenie informacji i ewentualne przesłanie dokumentów dotyczących nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę Barwit, jednocześnie zadając następujące pytania:

1)Na czym polegało nienależyte wykonanie umowy, określone w ww. ogłoszeniu?

2)Na jakiej podstawie nałożono na wykonawcę karę lub kary umowne?

3)Jaka była/y przyczyna/y oraz podstawa/y wypowiedzenia umowy i czy w treści wypowiedzenia wskazane zostało nienależyte wykonanie umowy, tak jak w ww. ogłoszeniu?

4)Czy wykonawca kwestionował przyczyny nałożenia kar umownych, podane przez Państwa?

5)Czy wykonawca kwestionował Państwa czynności w zakresie wypowiedzenia umowy?

6)Czy po wypowiedzeniu umowy prowadzone były jakiekolwiek uzgodnienia, negocjacje z wykonawcą, czy wykonawca kierował do Państwa wezwania przesądowe?

7)Czy sprawy związane z realizacją umowy są lub były przedmiotem sporu sądowego, a jeżeli tak, to jakie są żądania skierowane wobec Państwa, a w przypadku gdy zapadło prawomocne rozstrzygnięcie, jaka jest jego treść?

Do dnia przeprowadzenia rozprawy odpowiedź na ww. prośbę Zamawiającego została przekazana wyłącznie przez Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Wydział Administracyjno-Gospodarczy dla Dzielnicy Wola (pismo z dnia 19 marca 2024 r.)

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego sprawy Zamawiający częściowo przychylił się do zarzutów odwołania i wszczął postępowanie wyjaśniające co do występowania wobec Wykonawcy Barwit podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Mając na uwadze materiał dowodowy przedstawiony przez Odwołującego skład orzekający Izby również dostrzega potrzebę przeprowadzenia takiego postępowania wyjaśniającego. Działanie Zamawiającego w tym zakresie co do zasady jest zgodne z przepisami ustawy Pzp- z jednym, lecz niezwykle istotnym wyjątkiem. Prowadzone obecnie przez Zamawiającego czynności stanowią element etapu postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest badanie i ocena ofert. W związku z tym nie mogą być dokonywane po wyborze oferty najkorzystniejszej. Ponieważ Zamawiający jest obecnie w trakcie prowadzenia ww. postępowania wyjaśniającego to orzekanie przez Izbę o zarzutach dotyczących zaniechania wykluczenia Wykonawcy Barwit z Postępowania i w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy byłoby przedwczesne. Zamawiający nie zakończył jeszcze badania oferty Wykonawcy Barwit pod kątem występowania podstawy do wykluczenia z Postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ponieważ jednak Zamawiający zaniechał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej konieczne stało się nakazanie Zamawiającemu dokonania tej czynności tj. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym badania podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w odniesieniu do Wykonawcy Barwit. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego nie istnieje konieczność unieważniania całego postępowania o udzielenie zamówienia, a jedynie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający powinien zbadać, czy względem Wykonawcy Barwit zachodzi podstawa wykluczenia z postępowania, mając na uwadze wszystkie przesłanki wymienione w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu wymaga zatem wykazania łącznego ziszczenia się wszystkich przesłanek wskazanych w tym przepisie, tj. może mieć miejsce gdy:

1.wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji,

2.niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie zobowiązania miało miejsce w znacznym stopniu lub zakresie,

3.niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie dotyczyło istotnego zobowiązania umownego,

4.niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,

5.niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie zobowiązania, o którym mowa w punktach powyżej, doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Kierując się powyższą argumentacją, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: