

Sygn. akt: KIO 1922/14

POSTANOWIENIE
z dnia 29 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu w Warszawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników w dniu 29 września 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2014 r. przez wykonawcę - SYNTEA Spółka Akcyjna, Lublin 20 – 704, ul. Wojciechowska 9A w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Krajowy Ośrodek Wspierania Edukacji Zawodowej i Ustawicznej, Warszawa 02-637, ul. Spartańska 1 B

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża SYNTEA Spółka Akcyjna, Lublin 20 – 704, ul. Wojciechowska 9A i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SYNTEA Spółka Akcyjna, Lublin 20 – 704, ul. Wojciechowska 9A tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Krajowy Ośrodek Wspierania Edukacji Zawodowej i Ustawicznej, Warszawa 02-637, ul. Spartańska 1 B wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „organizację szkoleń stacjonarnych dla min. 12.110 max. 13.630 osób w ramach projektu „Edukacja dla pracy - etap 2”, realizowanego przez Krajowy Ośrodek Wspierania Edukacji Zawodowej i Ustawicznej, współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (znak sprawy: 2/2014).

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 11 czerwca 2014r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 110-194551.

W dniu 9 września 2014 roku Zamawiający poinformował Odwołującego: SYNTEA Spółka Akcyjna, Lublin 20 – 704, ul. Wojciechowska 9A o:

- 1) unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13.08.2014 r.;
- 2) unieważnieniu czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k.;
- 3) informacji o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k.

W tym samym piśmie Zamawiający zawarł informację, iż wykonując orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2014 r. unieważnił swoją wcześniejszą czynność wykluczenia Wykonawcy Syntea S.A. z postępowania oraz uznał ofertę wykonawcy Syntea SA za spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego i ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp oraz przyznał ofercie Syntea S.A. 99, 29 pkt w oparciu o kryteria oceny ofert ustalone w przedmiotowym postępowaniu, tj. w oparciu o kryterium „łączna cena ofertowa (brutto) -100%”.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołujący w dniu 19 września 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej – jego zdaniem - z prawem czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia

Biznesu Sp. k., AL. Jana Pawła II 25, 00-854 Warszawa i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k., ul. Legionowa 28 lok 10, 15-281 Białystok.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawców Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k., mimo niewykazania przez w/w wykonawcę braku podstaw do wykluczenia;

II. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawców Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k., mimo braku wykazania przez w/w wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia;

III. art. 26 ust 3 ustawy Pzp, poprzez kolejne (drugie/ponowne) wezwanie wykonawcy Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k do uzupełnienia takich samych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotu trzeciego, na zasobach, którego polegał Wykonawca wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust 2b ustawy Pzp;

IV. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu spośród wszystkich niepodlegających odrzuceniu ofert;

V. art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie zdaniem Odwołującego pozornej i nieprawidłowej ponownej oceny i badania oferty Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k.;

VI. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami Ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o:

I. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty Wykonawców Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k., jako najkorzystniejszej;

II. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert, a w jego konsekwencji wykluczenie Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k., z postępowania z powodu niewykazania przez w/w wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu i uznania oferty Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k. za odrzuconą;

III. nakazanie Zamawiającemu w konsekwencji powtórzenia badania i oceny ofert

dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

IV. obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący oświadczył, że nie kwestionuje samego faktu ponownego badania ofert zgodnie z żądaniem zawartym w „pierwotnym” odwołaniu Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k, do czego Zamawiający był zobligowany.

Nie mniej jednak w ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał tej czynności wadliwie z pominięciem istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest zawarcie ważnej umowy z wykonawcą, spełniającym wszystkie warunki udziału w postępowaniu i niepodlegającym wykluczeniu.

Przy czym stwierdził, iż Zamawiający dokonał pozornej i nieprawidłowej ponownej oceny i badania oferty Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k. i w jego konsekwencji wyboru oferty w/w Wykonawcy, jako najkorzystniejszej, a to z powodów następujących:

1. Zamawiający po raz kolejny (drugi) wezwał wykonawcę Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k do uzupełnienia takich samych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotu trzeciego na zasobach, którego polega Wykonawca wykazując spełnianie warunku w trybie art. 26 ust 2b Ustawy Pzp tj. aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4—8, 9 oraz 10 i 11 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

2. Zdaniem Odwołującego Zamawiający słusznie argumentował swoją decyzję z dnia 13 sierpnia 2014 r. o wykluczeniu Wykonawcy Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k. iż „(...) ponowne wezwanie do uzupełnienia dokumentów w tym samym, co za pierwszym razem zakresie jest niedopuszczalne, i stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców” oraz że „(...) niezłożenie przez Wykonawcę właściwych dokumentów podmiotowych odnoszących się do podmiotu trzeciego, wymaganych przez Zamawiającego w zakresie okoliczności wskazanych w art. 24 ust 1. ustawy Pzp, skutkuje obowiązkiem wykluczenia Wykonawcy z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

3. Zamawiający podjął decyzję o uwzględnieniu odwołania Wykonawcy Konsorcjum:

MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k. wyłącznie ze względów „finansowych”, nie chcąc narażać się na koszty postępowania, ponieważ jak sam stwierdził w odpowiedzi na odwołanie „KOWEZIU nie posiada środków na pokrycie kosztów postępowania odwoławczego przed KIO, gdyby w wyniku rozstrzygnięcia obowiązek zapłaty został na nas nałożony.”

Zauważył, że w tym samym piśmie stwierdzono dalej, iż „podtrzymuje w całości argumentację zawartą w piśmie z dnia 13 sierpnia 2014 r.” (pierwsza decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej - przyp. Syntea) na podstawie, której „Zamawiający zmuszony był wykluczyć w/w Wykonawców” w oparciu o argumentację szczegółowo przedstawioną w piśmie.

Podniósł, że uwzględnienie odwołania Wykonawcy Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k. nastąpiło automatycznie i w niezrozumiałym przez Odwołującego oderwaniu od argumentacji zawartej w przywołanych wyżej pismach.

Pismem z dnia 22 września 2014r. Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k. dokonało skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym na podstawie art.189 ust.2 pkt.5 w związku z art.189 ust.3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających dotyczących możliwości wystąpienia przesłanek określonych w przepisie art.189 ust.2 ustawy Pzp.

W wyniku przeprowadzenia powyższych czynności Izba doszła do przekonania, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, z tego powodu, że odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, w warunkach uwzględnienia odwołania w całości.

W postępowaniu odwoławczym(odwołanie z dnia 22 sierpnia 2014r., sygn. akt KIO 1725/14) poprzedzającym przedmiotowe odwołanie inny Odwołujący - Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k. podniosło niezgodność

z ustawą czynności Zamawiającego(dokonanych w dniu 13 sierpnia 2014r.) polegających na:

1. dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Combidata Poland Sp. z o.o., ul. Żwirki i Wigury 15, 81-387 Gdynia.
2. wykluczeniu Odwołującego - Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k. z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą;
3. zaniechaniu wezwania Odwołującego - Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k. do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Odwołujący - Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k. zarzuciło, wtedy Zamawiającemu, że powyższe czynności (zaniechania) zostały dokonane bezpodstawnie, z naruszeniem art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i innych przepisów podanych w uzasadnieniu, co z kolei doprowadziło do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę, na którą składają się koszty przygotowania oferty oraz niezyskany dochód z tytułu wykonania umowy.

Wobec powyższego Odwołujący- Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k. wnosił, wtedy wyraźnie o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania oferty z odrzuconą;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2014r.obecny Odwołujący: SYNTEA Spółka Akcyjna, Lublin 20 – 704, ul. Wojciechowska 9A zgłosił w tamtym postępowaniu przystąpienie do postępowania odwoławczego wszczętego na skutek odwołania z dnia 22 sierpnia 2014r.po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 3 września 2014r. Zamawiający uwzględnił w całości przedmiotowe odwołanie.

W tamtej sprawie Izba ustaliła również, że nikt nie wniósł sprzeciwu.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 9 września 2014r. umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1725/14.

Należy podkreślić, że Odwołujący w chwili obecnej kwestionuje zasadność ponownego wezwania przez Zamawiającego konkurenta do uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, będącego następstwem czynności Zamawiającego uwzględnienia w całości odwołania z dnia 22 sierpnia 2014r. ze skutkiem w postaci obowiązku powtórzenia czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego - Konsorcjum: MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. i PM Group Laax Sp. z o.o. Sp. k..

Wymaga zauważenia, że Odwołujący nie wnosząc sprzeciwu w poprzednim postępowaniu odwoławczym godził się ze wszystkimi zarzutami i wnioskami(żądaniem) odwołania i musiał liczyć się z możliwością konwalidacji czynności Zamawiającego polegającej na ponownym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, także w zakresie oferty konkurencyjnej.

Zgodnie z art.186 ust. 3 ustawy Pzp 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.

Izba reprezentuje pogląd, że powyższy przepis ustawy ma znaczenie naprawcze działań i zaniechania zamawiającego stosownie do zgłoszonych żądań Odwołującego.

Sytuacja powyższa nakłada na Zamawiającego obowiązek dostosowania własnych decyzji w przetargu do żądań wykonawcy(Odwołującego), a w stosunku do strony posiadającej status przystępującego, która nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego nakłada na niego obowiązek znoszenia tego stanu rzeczy, skoro podmiot ten nie podjął żadnych środków na etapie poprzedniego postępowania odwoławczego.

W powołanym wyżej stanie faktyczno – prawnym Izba uznała, że odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał, w warunkach uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, a zatem istnieje podstawa prawna do odrzucenia przedmiotowego odwołania na zasadzie art. 189 ust.2 pkt.5 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....