

Sygn. akt: KIO 2180/21

POSTANOWIENIE
z dnia 3 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 3 września 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2021 roku przez wykonawcę **Centrum Kooperacji Recyklingu – Not For Profit System Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Badań Edukacyjnych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EPDR - Biuro Polityki Gospodarczej i Rozwoju Regionalnego Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, MABEA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** oraz **Abrys Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2180/21 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego **Centrum Kooperacji Recyklingu – Not For Profit System Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach** kwoty **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczonej tytułem wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Instytut Badań Edukacyjnych z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Wykonanie projektu sektorowej ramy kwalifikacji dla sektora odzysku materiałowego surowców w Polsce (SRK dla OMS)*. Numer referencyjny: IBE/2/2021, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 maja 2021 roku pod numerem 2021/S 093-243701. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca Centrum Kooperacji Recyklingu – Not For Profit System Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (zwany dalej: „odwołującym”) w dniu 19 lipca 2021 roku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EPDR - Biuro Polityki Gospodarczej i Rozwoju Regionalnego Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, MABEA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Abrys Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwanym dalej jako: „konsorcjum EPRD”) oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 116 ust. 1 ustawy Pzp przez badanie zdolności technicznej i zawodowej w sposób odmienny niż za pomocą ustanowienia warunku udziału w postępowaniu oraz odpowiadającym mu podmiotowym środkiem dowodowym,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego na podstawie braku spełniania warunku, który został wadliwie ustanowiony w postępowaniu, podczas gdy treść oferty odwołującego odpowiada warunkom zamówienia,

ewentualnie

odwołujący zarzucił również naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez brak wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów podlegających takiemu uzupełnieniu - wskazanych jako brakujące w czynności odrzucenia oferty odwołującego z 9 lipca 2021 r. - mających charakter podmiotowych środków dowodowych, a co najmniej nie mających charakteru materialnej treści oferty,

3) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez brak wezwania konsorcjum EPRD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w § 7 ust. 1 pkt 4 lit. A ppkt i oraz ii specyfikacji warunków zamówienia, w sytuacji gdy przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia tych warunków,

4) art. 117 ust. 3 oraz 4 ustawy Pzp przez pozytywną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum EPRD, w sytuacji braku złożenia przez to konsorcjum oświadczenia, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy, a więc i braku badania czy w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego z 9 lipca 2021 r.,

3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach nakazanie zamawiającemu:

a. wezwania konsorcjum EPRD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w § 7 ust. 1 pkt 4 lit A ppkt i oraz ii specyfikacji warunków zamówienia,

b. pominięcia na etapie badania ofert wadliwych wymogów odnoszących się do dysponowania zespołem ekspertów oraz do składania dokumentów wykazujących dysponowanie zespołem ekspertów,

ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów wskazanych jako brakujące w czynności odrzucenia oferty odwołującego z 9 lipca 2021 r.

Ponadto, odwołujący wnosił o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W dniu 20 lipca 2021 roku zamawiający – drogą elektroniczną - przekazał wykonawcom kopię odwołania.

W dniu 23 lipca 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EPDR - Biuro Polityki Gospodarczej i Rozwoju Regionalnego Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, MABEA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Abrys Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwani dalej łącznie: „przystępującym”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 29 lipca 2021 roku (data pisma 28 lipca 2021 roku) - przed otwarciem rozprawy – zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni

w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, tj. w odniesieniu do zarzutu wskazanego w pkt 3 odwołania, czyli naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez brak wezwania konsorcjum EPRD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w § 7 ust. 1 pkt 4 lit. A ppkt i oraz ii specyfikacji warunków zamówienia, w sytuacji, gdy przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia tych warunków.

W odniesieniu do zarzutów nr 1 i 2 odwołania zamawiający wskazywał, że odwołanie w tym zakresie jest spóźnione. Ponadto, zamawiający przedstawił swoją argumentację w odniesieniu do zarzutów nr 1, 2 i 4 wskazując na ich bezzasadność.

Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez osobę prawidłowo umocowaną do reprezentowania zamawiającego (podpis elektroniczny).

W dniu 2 sierpnia 2021 roku odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów w zakresie nieuwzględnionym w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie. Oświadczenie zostało podpisane przez osobę prawidłowo umocowaną do reprezentowania odwołującego.

W dniu 25 sierpnia 2021 roku przystępujący został wezwany do złożenia oświadczenia – w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania - w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jeżeli odwołujący w pozostałej części wycofał zarzuty odwołania.

Przystępujący w wyznaczonym terminie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów przez zamawiającego.

Dodatkowo, w dniu 31 sierpnia 2021 roku zamawiający złożył drugą odpowiedź na odwołanie wskazując, iż uwzględnia odwołanie w kolejnej części, tj. w odniesieniu do zarzutu wskazanego w pkt 4 odwołania.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Z kolei art. 568 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż Izba umarza postępowania odwoławcze,

w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522.

Mając powyższe na uwadze, wobec oświadczenia zamawiającego z dnia 29 lipca 2021 roku o uwzględnieniu w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i oświadczenia odwołującego o wycofaniu zarzutów w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego oraz braku sprzeciwu przystępującego wobec uwzględnienia części zarzutów przez zamawiającego w ramach pierwszej odpowiedzi na odwołanie, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

Dodać należy, że druga odpowiedź na odwołanie z dnia 31 sierpnia 2021 roku i oświadczenie zamawiającego dotyczące uwzględnienia odwołania w kolejnej części, tj. w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 4 odwołania, nie miała wpływu na rozstrzygnięcie w tej sprawie, z uwagi na to, że odwołujący uprzednio wycofał wszystkie pozostałe zarzuty w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego w ramach pierwszej odpowiedzi na odwołanie. Należy też podkreślić, że zarówno czynność wycofania odwołania w całości, jak i wycofania poszczególnych zarzutów odwołania, jest czynnością w pełni dyspozytywną wykonawcy odwołującego się.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Stosownie zaś do treści art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia określa wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi o wartości równej progom unijnym, określonym w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp, lub przekraczającej te progi, na kwotę 15.000,00 zł.

Z § 5 pkt 1 powołanego rozporządzenia wynika, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis.

Zgodnie zaś z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi

się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu

- w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Działając na podstawie powyżej powołanych przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia, Izba nakazała zwrot na rzecz odwołującego kwoty 15,000,00 zł uiszczonej tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: