

POSTANOWIENIE
z dnia 6 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Małgorzata Matecka
Aneta Mlącka

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 6 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2021 r. przez wykonawcę: **Bluehill Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Stępińska 22 30 00-739 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polska Agencja Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Krucza 50, 00-025 Warszawa),

przy udziale wykonawcy: **East Analytics P. F. Ł. F. s.c. z siedzibą w Krakowie** (ul. Studencka 6/8, 31-116 Kraków) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Bluehill Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Stępińska 22 30 00-739 Warszawa) kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 31 maja 2021 r. na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.; dalej: „nPzp”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp” przez Zamawiającego: Polska Agencja Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Kompleksowa organizacja etapu krajowego wraz z organizacją logistyczną warsztatów oraz świadczenie usługi merytorycznej oceny wniosków i oceny strategii ekspansji w projekcie PMT na 12 rynkach”,- dalej: „Postępowanie”. Numer referencyjny: EZ-p/PNO/p-214/12/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 25 maja 2021 r. pod pozycją: nr 2020-079849. Przedmiotowe zamówienie zostało podzielone na części. Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą sześciu części zamówienia (Części I-VI).

Wnoszący odwołanie wykonawca Bluehill Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) wskazał na naruszenie przepisów ustawy Pzp polegających na:

- 1) zaniechaniu wykluczenia z Postępowania w Części V wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - przedsiębiorców tworzących spółkę cywilną działającą pod firmą: P. F. Ł. F. East Analytics spółka cywilna, ul. Studencka 6/8, Kraków, dalej również jako konsorcjum EA” lub „spółka cywilna EA” z uwagi na przedstawienie Zamawiającemu nieprawdziwych informacji w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego doświadczenia
- 2) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum EA z Postępowania w Częściach I-IV i VI również z uwagi na przedstawienie Zamawiającemu nieprawdziwych informacji w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego doświadczenia, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum EA; ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia zarzutu ujętego powyżej)
- 3) zaniechaniu wezwania do uzupełnienia JEDZ Konsorcjum EA i dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego doświadczenia;
- 4) zaniechaniu udostępnienia przez Zamawiającego po wyborze oferty najkorzystniejszej w Częściach I - VI dokumentacji postępowania, tj. protokołu Postępowania i załączników do protokołu Postępowaniu w postaci m.in. wszelkiej korespondencji prowadzonej pomiędzy

Zamawiającym a Wykonawcami i wszelkich innych dokumentów i oświadczeń, wezwań, czy pism Zamawiającego kierowanych do wykonawców przez Zamawiającego i pochodzących od wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym Postępowaniu, a kierowanych do Zamawiającego w zakresie niezastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa w celu realizacji zasady jawności postępowania i skorzystania przez Odwołującego z środków ochrony prawnej;

Zdaniem Odwołującego wskazane czynności i zaniechania zostały podjęte z naruszeniem następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum EA z Postępowania pomimo, że Konsorcjum EA wprowadziło (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia, ewentualnie
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum EA z Postępowania w związku z tym, że Konsorcjum EA przedstawiło (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego a powyższe miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, tj. na wybór oferty Konsorcjum EA, jako najkorzystniejszej w Części V i niewykluczenie Konsorcjum również z tego powodu w Częściach I-IV i VI ewentualnie
- 3) art. 26 ust. 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum EA do uzupełnienia JEDZ i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp pomimo, że wykonawca ten ani w JEDZ, ani w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego doświadczenia, określonego w pkt VII SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału I. warunki udziału w postępowaniu dla części I-XII) a konsekwencji powyższych
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w Części V oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia — Konsorcjum EA podlegających wykluczeniu, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, bowiem najkorzystniejszą, niepodlegającą odrzuceniu ofertę złożył Odwołujący;
- 5) art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z par. 4 ust. 1-2 i 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. poz. 1128) poprzez

zaniechanie udostępnienia, pomimo wielokrotnych wniosków o udostępnienie, protokołu i załączników do protokołu po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym w szczególności m.in. wszelkiej korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami i wszelkich innych dokumentów i oświadczeń, wezwań, czy pism Zamawiającego kierowanych do wykonawców przez Zamawiającego i pochodzących od wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym Postępowaniu, a kierowanych do Zamawiającego w zakresie niezastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa w celu realizacji zasady jawności postępowania i skorzystania przez Odwołującego z środków ochrony prawnej.

Mając na względzie wyżej wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) powtórzenia czynności oceny ofert oraz uznanie, iż Konsorcjum EA podlega wykluczeniu w Częściach I-VI, ewentualnie, że: (2) Konsorcjum EA powinno zostać wezwane do uzupełnienia JEDZ i dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej odnoszącej się do doświadczenia, (3) udostępnienia Odwołującemu protokołu i załączników do protokołu, w tym wszelkiej korespondencji pomiędzy konkurencyjnymi wykonawcami, a Zamawiającym w Postępowaniu celem umożliwienia weryfikacji poprawności działań Zamawiającego i ewentualnego wniesienia środków ochrony prawnej;
- 2) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z przedłożonym na rozprawie rachunkiem.

Wykonawca wskazał, że „Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu ustawy PZP i nowej ustawy Pzp, nie podlega wykluczeniu i złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę w Postępowaniu. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania - w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego w zakresie Części V Postępowania (dot. rynku Senegalu) oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą — z informacji o wyborze z dnia 21.05.2021 r. wynika, że w ramach Części V wykonawca Bluehill zajmuje drugą pozycję w rankingu (oferta Konsorcjum EA została wybrana jako najkorzystniejsza). W sytuacji więc, gdyby Zamawiający nie dopuścił się działań i zaniechań naruszających przepisy ustawy PZP opisanych powyżej, oferta Odwołującego zostałaby w Części V oceniona najwyżej i Bluehill miałby realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i osiągnięcie zysków z jego realizacji (w przypadku uwzględnienia zarzutu ewentualnego, Bluehill mógłby uzyskać zamówienie, gdyby Konsorcjum EA nie uzupełniło JEDZ/dokumentów lub oświadczeń na spełnienie warunku udziału w postępowaniu).

Niezgodne z przepisami ustawy PZP działania i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu pozyskanie niniejszego Zamówienia w Części V, pomimo że złożył on jedyną ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę w Postępowaniu. W konsekwencji niezgodnych z przepisami ustawy PZP działań Zamawiającego Odwołujący, nie uzyskując zamówienia, poniesie szkodę przejawiającą się utratą korzyści, z jakimi wiązałoby się uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wykazane powyżej okoliczności jednoznacznie przesądzą o uprawnieniu Odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania oraz konieczności rozpatrzenia podniesionych w nim zarzutów. Również zaniechania Zamawiającego w zakresie udostępnienia dokumentacji postępowania naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia — gdyż nie może on bronić swoich interesów i wnieść odwołania, wskazując np. inne możliwe podstawy wykluczenia/odrzucenia konkurentów w Części V i w pozostałych rozstrzygniętych Częściach Postępowania, co bezpośrednio przekłada się na możliwość poniesienia szkody w postaci nieuzyskania zamówienia i nieosiągnięcia zysków z jego realizacji, Odwołujący nie może bowiem wykluczyć, że nieprzekazana dokumentacja postępowania, w tym załączniki do protokołu, korespondencja konkurentów z Zamawiającym wskazywać będą na inne działania/zaniechania Zamawiającego sprzeczne z ustawą Pzp, które stanowić mogłyby podstawę do wykluczenia wykonawców konkurencyjnych, czy odrzucenia ich ofert, a których Odwołujący nie może podnieść w niniejszym odwołaniu, z uwagi na brak dostępu do ww. dokumentacji, co wprost godzi w jego interesy i możliwość uzyskania Zamówienia kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody. Również w zakresie Części I-IV i VI Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, że przedmiotowe Zamówienie nie zostało jeszcze udzielone (nie została zawarta umowa), a wybór oferty Odwołującego może nie mieć charakteru ostatecznego, gdyż z informacji Odwołującego wynika, że Konsorcjum EA wniosło odwołanie, w którym prawdopodobnie kwestionuje swoje wykluczenie i odrzucenie z Postępowania (Odwołującemu na dzień wniesienia niniejszego odwołania nie została jeszcze przez Zamawiającego przekazana treść niniejszego odwołania Konsorcjum EA wraz z wezwaniem do przystąpienia, a jedynie pozyskał w Krajowej Izbie Odwoławczej informacje o jego wniesieniu w Postępowaniu), co powoduje, że istnieje realne ryzyko, że w przypadku uwzględnienia odwołania Konsorcjum EA oferta ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zostanie przywrócona do Postępowania i będzie podlegać badaniu i ocenie, konsekwencją czego z kolei jest ryzyko, że zostanie ona oceniona jako najkorzystniejsza, co doprowadziłoby do utraty możliwości uzyskania Zamówienia w Częściach I-IV i VI przez Odwołującego i szkody polegającej na nieosiągnięciu zysków z realizacji przedmiotowego kontraktu. Odwołujący wskazuje również, że w przypadku, gdyby odwołanie Konsorcjum EA zostało uwzględnione i Konsorcjum EA zostało przywrócone do Postępowania i jego oferta zostałaby wybrana jako

najkorzystniejsza, istnieje istotne ryzyko, że Izba uznałaby odwołanie wniesione przez Odwołującego po ponownym wyborze za spóźnione z uwagi na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej i możliwość podniesienia zarzutów już na tym etapie. Możliwość wnoszenia odwołania na oferty konkurentów niżej sklasyfikowanych/wykluczonych, czy odrzuconych przez wykonawców, którzy wygrali/uplasowali się wyżej potwierdza również orzecznictwo KIO (...) Interes w uzyskaniu zamówienia Odwołującego jest więc zagrożony oraz Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, tym samym Odwołujący jest legitymowany, aby skutecznie skorzystać ze środków ochrony prawnej, o których mowa w nowej ustawie Pzp (...).”.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: East Analytics P. F. Ł. F. s.c. z siedzibą w Krakowie wnosząc o oddalenie odwołania.

Wnoszący odwołanie wykonawca w piśmie z dnia 7 czerwca 2021 r. oświadczył: „Odwołujący Bluehill Sp. z o.o. w dniu 31.05.2021 r. wniósł odwołanie w Postępowaniu, stawiając wskazane w odwołaniu zarzuty co do Części I-VI Postępowania. Niniejszym, działając w imieniu Odwołującego Bluehill Sp. z o.o. jako Prezes Zarządu uprawniony do jednoosobowej reprezentacji spółki zgodnie z załączonym odpisem z rejestru, oświadczam, że na podstawie art. 520 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych **cofam odwołanie w zakresie odnoszącym się do Części I, II i VI Postępowania**. Odwołujący Bluehill Sp. z o.o. podtrzymuje w całej rozciągłości zarzuty wskazane w odwołaniu co do Części III, IV i V Postępowania. Jednocześnie informuję, że niniejsze pismo zawierające oświadczenie o cofnięciu odwołania spółki Bluehill Sp. z o.o. w części (co do Części I, II i VI Postępowania) zostało przekazane również do Zamawiającego”.

Zamawiający w piśmie z dnia 29 czerwca 2021 r. w odpowiedzi na odwołanie oświadczył: „Działając na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień Publicznych (...) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo zamówień publicznych, w związku z odwołaniem z dnia 31 maja 2021 r. wniesionym przez Bluehill Sp. z o.o., niniejszym uwzględniam w całości zarzuty przedstawione w tym odwołaniu, dot. części III, IV i V Postępowania, i wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron — w przypadku gdy zrealizowane zostaną przesłanki wskazane w 522 ust. 1 PZP.” W uzasadnieniu wskazał: „Zamawiający prowadzi postępowanie pn. „Kompleksowa organizacja etapu krajowego wraz z organizacją logistyczną warsztatów oraz świadczenie usługi

merytorycznej oceny wniosków i oceny strategii ekspansji w projekcie PM T na 12 rynkach”- nr referencyjny: BPR.CZP.25.07/2020 podzielone na XIII Części. W dniu 21.05.2021 r. Zamawiający rozstrzygnął części I-VI Postępowania. Zamawiający potwierdza okoliczność podniesioną przez Odwołującego w odwołaniu, tj. że wybrany Wykonawca — East Analytics spółka cywilna, ul. Studencka 6/8, Kraków, przedstawiając Zamawiającemu JEDZ o przedstawionej treści, wprowadził (w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd dotyczący informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej. Okoliczność ta stanowi o wykluczeniu tego Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. Wobec powyższego, Zamawiający uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w Odwołaniu Bluehill Sp. z o.o.”

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca East Analytics P. F. Ł. F. s.c. z siedzibą w Krakowie w piśmie z dnia 2 lipca 2021 r. w jego punkcie 4 oświadczył, że:

„4) nie zgłaszam sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w tym odwołaniu wykonawcy Bluehill sp. z o. o. w dniu 31 maja 2021 r., dla którego prowadzone jest postępowanie odwoławczego pod sygn. akt KIO 1661/21, w związku z czym wnoszę o umorzenie tego postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym, bez udziału stron.”

Izba ustaliła,

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) (dalej: nPzp).

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 31 maja 2021 r. Izba zatem wydając postanowienie w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r., a mianowicie art. 522 ust.1 tej ustawy. Zarzuty podnoszone w przedmiotowym odwołaniu dotyczyły części I, II, III, IV, V i VI zamówienia.

W niniejszej sprawie zostały złożone – jak wyżej podano - trzy oświadczenia.

Pierwsze oświadczenie zostało złożone w piśmie z dnia 7 czerwca 2021 r. przez Odwołującego, w którym ten cofa odwołanie, w zakresie zarzutów dotyczących Części I, II i VI. W pozostałym zakresie dotyczącym Części III, IV i V wykonawca podtrzymał zarzuty.

Drugie z kolei oświadczenie zostało złożone przez Zamawiającego w piśmie z dnia 29 czerwca 2021 r., w którym ten stwierdził, że uwzględnia zarzuty odnoszące się do Części III, IV i V przedmiotowego zamówienia.

Trzecie z kolei oświadczenie zostało złożone w piśmie z dnia 2 lipca 2021 r. przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w którym ten oświadczył, że nie zgłasza sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w tym odwołaniu wykonawcy Bluehill sp. z o. o. dla którego prowadzone jest postępowanie odwoławczego pod sygn. akt KIO 1661/21.

Izba w stanie faktycznym tej sprawy postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze na podstawie art. 522 ust. 3 n_ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie należało zastosować odpowiednio wskazany art. 522 ust. 3 n_ustawy Pzp, w myśl którego: *„3. 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.”*

Orzekając zatem o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza także miała na uwadze § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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) zgodnie z którym koszty stron znosi się wzajemnie oraz Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu w całości.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....

.....

.....