

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 28 listopada 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Emilia Garbala

**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 28 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2022 r. przez wykonawcę **BUTRAGO sp. z o.o., ul. 1 Maja 283, 41-710 Ruda Śląska,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polska Grupa Górnicza S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **Fundacja Wodna Służba Ratownicza, ul. Kleczkowska 50, 50-227 Wrocław,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: BUTRAGO sp. z o.o., ul. 1 Maja 283, 41-710 Ruda Śląska, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od odwołującego: BUTRAGO sp. z o.o., ul. 1 Maja 283, 41-710 Ruda Śląska, na rzecz zamawiającego: Polska Grupa Górnicza S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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

Zamawiający – Polska Grupa Górnicza S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie całodobowej obsługi Punktu Pierwszej Pomocy przez pielęgniarkę / ratownika medycznego dla PGG S.A. Oddział KWK ROW w okresie 12 miesięcy z podziałem na 4 zadania”, numer referencyjny: 482201098. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09.08.2022 r., nr 2022/S 152-435902.

W dniu 15.11.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę BUTRAGO sp. z o.o., ul. 1 Maja 283, 41-710 Ruda Śląska (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i przejrzystości, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który realizuje zamówienie na podstawie poprzedniego przetargu naruszając przepisy prawa — działał bez wymaganego ustawą wpisu do odpowiedniego rejestru,
- 2) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru Fundacji Wodna Służba Ratownicza niezgodnie z przepisami tej ustawy, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień dotyczących powodów braku wpisu Punktu Pierwszej Pomocy na terenie PGG S.A. Oddział KWK Ruda Ruch Halemba bez wymaganego zgłoszenia do Rejestru Podmiotów Prowadzących Działalność,
- 3) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie uzyskania od Fundacji rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty w zakresie sygnalizowanym przez BUTRAGO,
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp, poprzez wybór oferty w zakresie zadania 1 i 2, która została złożona przez podmiot podlegający wykluczeniu,
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu, którego dotychczasowa działalność świadczy o próbach uniemożliwienia prowadzenia kontroli przez odpowiednie służby publiczne w punktach pierwszej pomocy poprzez brak ujawnienia faktu i adresu prowadzenia takiej działalności w Rejestrze Podmiotów Prowadzących Działalność Leczniczą, co naraża na niebezpieczeństwo osoby zeń korzystające,

6) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wprowadzającej w błąd zamawiającego co do okoliczności, która może mieć znaczenie dla wykluczenia oferenta z zamówienia, a w konsekwencji możliwości wykluczenia Fundacji Wodna Służba Ratownicza i odrzucenia jej oferty.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„(...) Oferent, który został wyłoniony jako zwycięzca w przedmiotowym postępowaniu winien zostać wykluczony, a to z uwagi na wykonywanie na rzecz zamawiającego zadania pn. obsługa Punktu Pierwszej Pomocy na terenie PGG S.A. Oddział KWK Ruda Ruch Halemba bez wymaganego zgłoszenia do Rejestru Podmiotów Prowadzących Działalność Leczniczą. Zauważyć należy, iż zgodnie z ustawą z 15 kwietnia 2011r. o Działalności Leczniczej (tj. Dz. U. z 2022 poz. 633 ze zm.) zgłoszeniu podlega każdy punkt, każde miejsce, gdzie takowa działalność lecznicza jest wykonywana. O ile Fundacja, jako podmiot jest zgłoszona w przedmiotowym rejestrze, o tyle brak jest wpisów dotyczących punktów, w których faktycznie prowadzi ona taką działalność. Zarówno Zamawiający, jak i BUTRAGO Sp. z o.o. mają pewność, iż taka działalność prowadzona jest na terenie KWK „Halemba” należącej do PGG. (...) Działanie takie jest niezgodne z prawem i winno skutkować nałożeniem sankcji z art. 108 ust. 2 wspomnianej ustawy o działalności leczniczej, w których m.in. jest zakaz prowadzenia działalności leczniczej na okres 3 lat. Taka sytuacja doprowadzić musi Zamawiającego z dnia na dzień do pozbawienia zaopatrzenia medycznego na wszystkich punktach pierwszej pomocy spółki, które zostaną objęte w wyniku przetargu przez Fundację Wodna Służba Ratownicza Wrocław ul. Kleczkowska 50. Obowiązek wpisu do wspomnianego rejestru występuje w terminie 14 dni od rozpoczęcia świadczenia działalności w danym punkcie.

Istotą tego przepisu jest umożliwienie organom państwowym zajmującym się kontrolą instytucji medycznych podjęcia kontroli w zakresie przestrzegania prawa — jakości świadczonych usług, zgodności z przepisami, czy też ogólnego bezpieczeństwa dla pacjentów i zdrowia publicznego. Bez ujawnienia takiego miejsca służby państwowe nie mają wiedzy o tymże miejscu, a przez to jako ukryte nie może przejść stosownej kontroli stanowiąc potencjalne zagrożenia dla bezpieczeństwa — życia i zdrowia pacjentów. Ważkość tej normy prawnej wyrażona jest także w wysokości sankcji w postaci grzywny, ale także zakazu prowadzenia działalności leczniczej na okres do 3 lat, co ujęte zostało w art. 108 ust. 2 ustawy.

Istotą zarzutów odwołującego jest fakt, iż Fundacja przez cały okres wykonywania poprzedniego zamówienia na rzecz Zamawiającego wykonywała je wadliwie, z wadą prawną, której była świadoma, która miała kapitalne znaczenie ze względów wyżej wspomnianych, a która nie została nigdy sanowana. Takie działanie z premedytacją wbrew przepisom prawa powszechnie obowiązującego winno stanowić o negatywnej ocenie i

ocenie wystawienia referencji, tudzież ich cofnięcia przez Zamawiającego. Tak się jednak nigdy nie stało, a wybór w zakresie zadania z 1 i 2 Fundacji świadczy o braku rzetelnego sprawdzenia oferentów przez ten podmiot.

Okoliczność taka została zasygnalizowana Zamawiającemu dwukrotnie w pismach z dnia 8 i 12 września br., ale także po przeglądzie akt w piśmie z 17 października br., jednakże bezskutecznie. (...) Dodatkowo złożone zostało pismo do Wydziału Zdrowia Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego informujące o prowadzeniu działalności leczniczej od wielu miesięcy bez dokonania wpisu do rejestru. (...)

Z przedmiotowych okoliczności wyłania się jeszcze kolejna kwestia — posiadania ważnego ubezpieczenia Punktu Pierwszej Pomocy na KWK „Halemba”. Możliwość taka istnieje wówczas, kiedy w wymaganej przez Zamawiającego polisie OC widnieje wprost wymieniony adres świadczenia usługi w postaci prowadzenia przedmiotowego punktu, a to możliwe jest wyłącznie przy wspomnianym wpisie do Rejestru Podmiotów Prowadzących Działalność Leczniczą. W toku kontroli prowadzonej przez Urzędy Wojewódzkie porównywane jest zgłoszenie do Rejestru z punktami wskazanymi w polisie OC. A contrario w zakresie ochrony ubezpieczeniowej — brak zgłoszenia danego punktu, w którym świadczy się usługi medyczne skutkuje brakiem ochrony ubezpieczeniowej, co oczywiście naraża Zamawiającego na poważne konsekwencje odszkodowawcze. Wniesione poprzednio odwołanie miało na celu umożliwienie refleksji Zamawiającemu w zakresie dokonanej oceny ofert, co jednak nie zostało zweryfikowane aż do zakończenia przetargu.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) uchylecia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania spełnienia wymogów formalnych i oceny ofert,
- 3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) odrzucenia oferty złożonej przez Fundację Wodna Służba Ratownicza i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Pismem z dnia 21.11.2022 r. wykonawca Fundacja Wodna Służba Ratownicza, ul. Kleczkowska 50, 50-227 Wrocław (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 25.11.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie w oparciu o art. 528 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, a w razie nieuwzględnienia tego wniosku przez Izbę – o oddalenie odwołania.

W trakcie posiedzenia strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie całodobowej obsługi Punktu Pierwszej Pomocy przez pielęgniarkę/ratownika medycznego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK ROW w okresie 12 miesięcy z podziałem na 4 zadania: Zadanie nr 1: dla Ruchu Chwałowice, Zadanie nr 2: dla Ruchu Jankowice, Zadanie nr 3: dla Ruchu Marcel, Zadanie nr 4: dla Ruchu Rydułtowy. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy zadań nr 1 i 2.

Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 19.08.2022 r.

Pismem z dnia 05.09.2022 r. zamawiający poinformował, że zaprasza do aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. W dniu 12.09.2022 r. zamawiający poinformował o wynikach aukcji elektronicznej.

W dniu 20.09.2022 r. odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego i wezwania go do złożenia wyjaśnień w związku z brakiem zgłoszenia do Rejestru Podmiotów Prowadzących Działalność Leczniczą każdego punktu prowadzenia działalności leczniczej przez ww. wykonawcę.

W dniu 30.09.2022 r. odwołujący cofnął ww. odwołanie, wskutek czego postępowanie odwoławcze zostało umorzone (KIO 2481/22).

Pismem z dnia 28.09.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 126 ust.1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia w zakresie zadań nr 1 i 2 aktualnych podmiotowych środków dowodowych.

Przystępujący przedłożył m.in. zaświadczenie Wojewody Dolnośląskiego z dnia 11.12.2020 r. o wpisie do rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą oraz wykaz usług, w którym wymienił m.in. usługę wykonywaną dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Ruda, wraz z referencjami.

Pismem z dnia 10.11.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego w zadaniu nr 1 i 2.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że w sprawie ziszcila się przesłanka odrzucenia odwołania, wynikająca z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej i w dniu 05.09.2022 r. zaprosił do niej wszystkich wykonawców. Przy czym zamawiający, poza wysłaniem odrębnego zaproszenia do aukcji elektronicznej każdemu z wykonawców, przekazał też w tym samym dniu wszystkim wykonawcom informację, zgodnie z którą do udziału w aukcji „zostali zaproszeni wszyscy Wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu”. Oznacza to, że odwołujący w dniu 05.09.2022 r. powziął informację o tym, że przystępujący został zaproszony do aukcji elektronicznej.

Należy także zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 232 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu. Z przepisu wynika zatem, że przed aukcją elektroniczną zamawiający zobowiązany jest dokonać czynności badania ofert pod kątem ziszczenia się podstaw do ich odrzucenia (w takim zakresie, w jakim na tym etapie postępowania ewentualne okoliczności stanowiące podstawę odrzucenia są mu znane), tak by do aukcji zaprosić tylko tych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Jak słusznie podkreślał przy tym przystępujący, brak zgłoszenia punktów świadczenia pomocy medycznej do ogólnie dostępnego Rejestru Podmiotów Prowadzących Działalność Leczniczą, powinien być zamawiającemu znany, zatem możliwe było ewentualne podjęcie czynności odrzucenia oferty przystępującego. Skoro zatem zamawiający w dniu 05.09.2022 r. zawiadomił o zaproszeniu do aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, w tym przystępującego, to w związku z brzmieniem art. 232 ust. 1 ustawy Pzp, wiadomość ta stanowiła dla odwołującego informację o tym, że zamawiający nie odrzucił oferty przystępującego. Tym samym w dniu 05.09.2022 r. odwołujący powziął informację o braku odrzucenia oferty przystępującego i od tego dnia biegł 10-dniowy termin na wniesienie odwołania kwestionującego zaniechanie przez zamawiającego ww. czynności. Analogiczne stanowisko Izby zostało wyrażone m.in. w wyroku z dnia 09.08.2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1906/22 w zakresie części zarzutów podniesionych w tamtym odwołaniu.

W świetle powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że odwołanie z dnia 15.11.2022 r. dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie i dlatego podlega ono odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska zamawiającego, zgodnie z którym niniejsze odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. O ile należy zgodzić się z zamawiającym, że w niniejszym odwołaniu odwołujący powołuje się na te same okoliczności, co w odwołaniu wniesionym w dniu 20.09.2022 r. (sygn. akt KIO 2481/22), o tyle należy zauważyć, że odwołujący cofnął ww. odwołanie, wskutek czego podniesione przez niego okoliczności nie były wówczas przedmiotem rozstrzygnięcia Izby. Z uwagi na powyższe nie zachodzi podstawa odrzucenia obecnego odwołania w oparciu o art. 528 pkt 4 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący .....