

KANCELARIA ADWOKACKA PAWEŁ WOJTASZEK

Mielec, dnia 12 grudnia 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17A

02-676 Warszawa

Odwołujący: Piotr Kuc, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą
Inwestycje Kapitałowe Profit Piotr Kuc, ul. Jurajska 277, 32-082 Bolechowice,
NIP: 5130012257, adres e-mail: pkuc@o2.pl, nr tel. 603 484 661

zastępowany przez pełnomocnika, adw. Pawła Wojtaszka,
Kancelaria Adwokacka Paweł Wojtaszek,
ul. Kościuszki 25/14A, 39-300 Mielec,
adres e-mail: pawel.wojtaszek@adwokatura.pl | nr tel. 792 528 111

Zamawiający: Infrastruktura Niepołomice Sp. z o.o.,
ul. Droga Królewska 27, 32-005 Niepołomice,
adres e-mail: zamowienia@infrastruktura.eu | nr tel. 12 28 12 423

ODWOŁANIE

Działając w imieniu odwołującego, zaskarżam w całości czynność zamawiającego w postaci wyboru w dniu 7 grudnia 2023 r. najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Kompleksowa obsługa w zakresie ratownictwa wodnego Krytej Pływalni w Niepołomicach, opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem referencyjnym ZP.IN.271.7.2023.

Zaskarżonej czynności zarzucam:

I. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 218 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nieprawidłowe zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Fundacja D.T. Sport w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z dokumentami zamówienia, które przewidywały, że wartość wyliczona w tabeli winna być tożsama z wartością wskazaną jako cena ofertowa za całość przedmiotu zamówienia, zaś oferta wykonawcy Fundacja D.T. Sport zawiera dwie różne ceny, tj. cenę ofertową za całość przedmiotu zamówienia w wysokości 405.233,55 zł oraz całkowitą wartość oferty, wskazaną w kolumnie 5 tabeli formularza

ul. Kościuszki 25/14A, 39-300 Mielec
tel. 792 528 111, pawel.wojtaszek@adwokatura.pl

ofertowego, w wysokości 383.843,55 zł, co w konsekwencji narusza zasady przejrzystości oraz świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji;

II. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez nieprawidłowe zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Fundacja D.T. Sport, podczas gdy z dokumentów zamówienia, a to załącznika nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia wynikał obowiązek złożenia oświadczenia dotyczącego istnienia przesłanek wykluczenia z postępowania, w tym na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 Ustawy prawo zamówień publicznych i wykonawca Fundacja D.T. Sport złożyła oświadczenie o istnieniu przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, a jednocześnie nie zachodziła żadna z negatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, w szczególności nie można uznać za udowodnione przez wykonawcę Fundację D.T. Sport spełnienia przesłanek, przewidzianych w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;

III. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez nieprawidłowe zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Fundacja D.T. Sport, podczas gdy z dokumentów zamówienia, a to załącznika nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia wynikał obowiązek złożenia oświadczenia dotyczącego istnienia przesłanek wykluczenia z postępowania, w tym na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 Ustawy prawo zamówień publicznych, a wykonawca Fundacja D.T. Sport w wyniku zamierzonego działania lub w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, wskazując wyłącznie jedną umowę, którą wykonał nienależycie (nr 16/K/2021 z Gminą Bukowno) i jednoczesnym zaniechaniu przedstawienia informacji o:

- wypowiedzeniu przez zamawiającego, z winy wykonawcy Fundacji D.T. Sport, umowy nr 1/12/2021 na świadczenie usług ratownictwa wodnego w krytej pływalni przy ul. Wrzosów 2 w Krapkowicach oraz świadczenie usług ratownictwa wodnego na basenie odkrytym przy ul. Olimpijskiej 1 w Krapkowicach;

- wypowiedzeniu przez zamawiającego, z winy wykonawcy Fundacji D.T. Sport, umowy 1A/2022/ZP dotyczącej Usługi służby ratowniczej na krytej pływalni Orka przy ul. Młynarskiej 17 w Radomiu oraz umowy nr 1B/2022/ZP dotyczącej Usługi służby ratowniczej na krytej pływalni Delfin przy ul. Piastowskiej 17 w Radomiu;

- odstąpieniu przez zamawiającego, z winy wykonawcy Fundacji D.T. Sport, od umowy o świadczenie usługi w zakresie bezpieczeństwa osób kąpiących się, utrzymania czystości, ładu i porządku oraz prowadzenia działań w zakresie edukacji i profilaktyki dotyczących bezpieczeństwa na obszarach wodnych na kąpielisku: „Owocowa Plaża” w Zborowie;

IV. naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez wybór oferty wykonawcy Fundacji D.T. Sport jako najkorzystniejszej, pomimo istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji brak wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe zarzuty wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia wykonawcy Fundacja D.T. Sport z postępowania i odrzucenie jego oferty;
2. zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa adwokackiego, według norm przepisanych.

Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, niniejsze odwołanie zostało przesłane zamawiającemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, na dowód czego załączam potwierdzenie.

UZASADNIENIE

Odwołujący jest podmiotem, który brał udział w przedmiotowym postępowaniu i złożył w nim ofertę, w związku z czym ma on interes w uzyskaniu zamówienia. Dokonana przez zamawiającego zaskarżona czynność, polegająca na wyborze oferty Fundacji D.T. Sport, prowadzić będzie po stronie odwołującego do powstania szkody, rozumianej jako brak wynagrodzenia wskutek braku udzielenia zamówienia. Wobec powyższego, odwołujący jest uprawniony do zainicjowania niniejszego postępowania.

Zgodnie z formularzem oferty, stanowiącym załącznik nr 10 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, „*wartość wyliczona w tabeli winna być tożsama z wartością wskazaną jako cena ofertowa za całość przedmiotu zamówienia”. Oferta wykonawcy Fundacji D.T. Sport zawiera natomiast dwie różne ceny. Jako cenę ofertową za całość przedmiotu zamówienia wykonawca podał cenę w wysokości 405.233,55 zł. Z kolei w tabeli formularza oferty, w kolumnie 5 tabeli wskazał całkowitą wartość oferty (jako iloczyn szacunkowej ilości godzin 10695 oraz ceny jednostkowej za 1h pracy ratownika w wysokości 35,89 zł) w kwocie 383.843,55 zł. Powyższe jednoznacznie świadczy o złożeniu przez wykonawcę oferty zawierającej dwie różne ceny. Co więcej, z treści oferty nie wynikają żadne dane, które pozwoliłyby na jednoznaczne ustalenie, która z cen jest ceną prawidłową. Taka treść oferty jest niezgodna z wymaganiami przewidzianymi w ww. dokumentach zamówienia, a zaniechanie jej odrzucenia oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób, który nie zapewnia przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Dowód: oferta Fundacji D.T. Sport

na okoliczność zawarcia w ofercie wykonawcy dwóch różnych cen ofertowych.

Powyższa argumentacja znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1040/21, zgodnie z którym „W ocenie Izby doszło do złożenia dwóch ofert - bowiem zaoferowano dwie różne ceny za realizację zamówienia.

W świetle powyższego, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Skoro Wykonawca M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.B. W. złożył dwie oferty w postępowaniu, jest to niezgodne z art. 218 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

W dalszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt przewidzenia przez zamawiającego fakultatywnego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust.1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynikający z obowiązku złożenia oświadczenia dotyczącego ww. przesłanek wykluczenia z postępowania. Obowiązek ten nie wynika bezpośrednio z treści ogłoszenia o zamówieniu czy Specyfikacji Warunków Zamówienia, jednak stosowne oświadczenie zostało zawarte w dokumentach zamówienia, tj. załączniku nr 3 do SWZ, gdzie każdy z wykonawców zobowiązany był do złożenia następującego oświadczenia:

„Oświadczam, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. ustawy Pzp (podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp). Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznością, na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp podjąłem następujące środki naprawcze i zapobiegawcze:
.....
.....”

Dowód: oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu,

na okoliczność przewidzenia przez zamawiającego fakultatywnego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie m.in. art. 109 ust.1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Prawo zamówień publicznych

Oczywistym jest, że ww. fakultatywne przesłanki wykluczenia nie muszą być przez zamawiającego przewidziane w danym postępowaniu. Jak wynika z art. 109 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, *jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia*. Załączniki do specyfikacji warunków zamówienia stanowią jej integralną część i jednocześnie stanowią jeden z dokumentów zamówienia. Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że zastrzeżenie wymogu złożenia oświadczenia o podleganiu wykluczeniu na podstawie m.in. art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawarte w załączniku do specyfikacji warunków zamówienia, spełnia wymóg wskazany w art. 109 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zastrzeżenie wymogu złożenia ww. oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału, zostało przewidziane w pkt 9.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia i zgodnie z opisem tam zawartym, miało stanowić wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w

postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Dokonując oceny wymogu złożenia ww. oświadczenia przewidzianego w załączniku nr 3 do SWZ, zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, należy dojść do jednoznacznego wniosku, że zamawiający przewidział możliwość wykluczenia z udziału w postępowaniu m.in. na podstawie *art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Prawo zamówień publicznych*. Gdyby bowiem nie przewidywał wykluczenia na ww. podstawie, to oświadczenie to w ogóle nie znalazłoby się w dokumentach zamówienia lub przyjęłoby inną formę. Wymóg ten był jednoznacznie rozumiany także przez wykonawców, którzy złożyli stosowne oświadczenia w tym zakresie, zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ.

Oświadczenie takie złożył także wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. Fundacja D.T. Sport.

Wobec powyższego, należy ocenić, czy oferta złożona przez wykonawcę Fundację D.T. Sport, zawierająca ww. oświadczenie o podleganiu wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych winna skutkować wykluczeniem, pomimo powołania się na zaistnienie przesłanek z art. 110 ust. 2 ustawy, świadczących o dokonaniu samooczyszczenia. W powyższej ocenie za najbardziej przydatne należy uznać dotychczasowe orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, a to:

- wyrok z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. KIO 256/22, w którym przesądzono, iż okoliczności związane z niezrealizowaniem przez wykonawcę Fundację D.T. Sport zamówienia na rzecz MOSiR Bukowno, które zostało wskazane w oświadczeniu ww. wykonawcy w niniejszym postępowaniu, spełniało przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- wyrok z dnia 19 kwietnia 2022 r., sygn. KIO 907/22, w którym ustalenia poczynione w sprawie toczącej się pod sygn. akt KIO 256/22 zostały potwierdzone i ponownie przyjęte przez Izbę za własne.

Rozważając skuteczność powołania się przez wykonawcę Fundację D.T. Sport na przesłanki z art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należy stwierdzić, że wykonawca ten nie udowodnił, że podjęte przez niego czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, przy uwzględnieniu wagi i szczególnych okoliczności jego czynu, związanego z nienależytym wykonaniem zamówienia na rzecz MOSiR Bukowno.

Jednym z możliwych środków pozwalających stwierdzić, że wykonawca podjął działania zaradcze, jest wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych ze swoim nieprawidłowym postępowaniem. Tymczasem w złożonym oświadczeniu, wykonawca wskazał jakie okoliczności doprowadziły do niewykonania umowy, jednak nie wskazał na swoje nieprawidłowe postępowanie i w dalszym ciągu nie poczuwa się w żadnym stopniu do odpowiedzialności za zaistniałą sytuację, co przesądza o braku spełnienia przesłanki z art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto, przedłożone przez wykonawcę projekt warunkowej umowy zlecenia oraz regulamin świadczenia usług ratowniczych przez

ratowników (bez wskazania daty jego wejścia w życie) należy uznać za niewystarczające dla oceny czy podjęte działania naprawcze i wprowadzone zmiany, na które powołuje się wykonawca byłyby odpowiednie dla uniknięcia wystąpienia podobnych sytuacji w przyszłości.

Ponadto, z zawiadomienia Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie o wyniku postępowania z dnia 17 maja 2023 r., nr NP.26.2.24.23.DO, wynika jednoznacznie, że wykonawca Fundacja D.T. Sport celowo wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie przedstawiając informacji o innych przypadkach braku wykonania lub nienależytego wykonania zamówień, o których mowa w ww. zawiadomieniu, a to o:

- wypowiedzeniu przez zamawiającego, z winy wykonawcy Fundacji D.T. Sport, umowy nr 1/12/2021 na świadczenie usług ratownictwa wodnego w krytej pływalni przy ul. Wrzosów 2 w Krapkowicach oraz świadczenie usług ratownictwa wodnego na basenie odkrytym przy ul. Olimpijskiej 1 w Krapkowicach;
- wypowiedzeniu przez zamawiającego, z winy wykonawcy Fundacji D.T. Sport, umowy 1A/2022/ZP dotyczącej Usługi służby ratowniczej na krytej pływalni Orka przy ul. Młynarskiej 17 w Radomiu oraz umowy nr 1B/2022/ZP dotyczącej Usługi służby ratowniczej na krytej pływalni Delfin przy ul. Piastowskiej 17 w Radomiu;
- odstąpieniu przez zamawiającego, z winy wykonawcy Fundacji D.T. Sport, od umowy o świadczenie usługi w zakresie bezpieczeństwa osób kąpiących się, utrzymania czystości, ładu i porządku oraz prowadzenia działań w zakresie edukacji i profilaktyki dotyczących bezpieczeństwa na obszarach wodnych na kąpielisku: „Owocowa Plaża” w Zborowie.

Dowód: zawiadomienie Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie o wyniku postępowania z dnia 17 maja 2023 r., nr NP.26.2.24.23.DO

na okoliczność niewykonania lub nienależytego wykonania przez wykonawcę Fundację D.T. Sport zamówień publicznych, ilości tych zamówień i istnienia zawinienia po stronie wykonawcy.

Powyższe świadczy o zaistnieniu podstaw wykluczenia wykonawcy Fundacji D.T. Sport na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, przewidzianych przez zamawiającego w załączniku nr 3 do SWZ.

Z uwagi na powyższe zarzuty należy uznać, że dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Fundacja D.T. Sport, zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 i 2 Ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż oferta ta, jak wykazano powyżej, podlegała odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

Pełnomocnik

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu
- pełnomocnictwo
- dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
- dowód przekazania odwołania zamawiającemu
- informacja z CEDiG odwołującego
- oferta Fundacji D.T. Sport
- oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu
- zawiadomienie Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie o wyniku postępowania z dnia 7 maja 2023 r., nr NP.26.2.24.23.DO