

POSTĘPOWANIE KWALIFIKACYJNE DLA KANDYDATÓW NA CZŁONKÓW KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ 2021

PRACA PISEMNA

Zamawiający – gmina W. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa kompleksowego systemu wypożyczalni rowerów na terenie gminy W.”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 28 lipca 2021 r. (środa)

W dniu 9 sierpnia 2021 r. wykonawca A. S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Ł. (dalej jako odwołujący) wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako SWZ) oraz ogłoszenia o zamówieniu. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu, zgodnie ze sposobem reprezentacji wynikającym z KRS. Tego samego dnia został uiszczony wpis od odwołania w kwocie 15.000 zł. Ponadto w tym samym dniu odwołujący przesłał zamawiającemu kopię odwołania.

Dnia 10 sierpnia 2021 r. zamawiający zamieścił kopię odwołania na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 Pzp poprzez nieproporcjonalnie określony warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznych, polegający na „dysponowaniu bazą techniczną służącą do przechowywania i serwisowania rowerów znajdującą się na terenie gminy W”. Odwołujący argumentuje, że po pierwsze wykonawca nie musi dysponować bazą techniczną już na etapie prowadzonego postępowania, ponieważ może ją zorganizować po uzyskaniu zamówienia lub nawet wcześniej, np. po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Po drugie, wymaganie, aby baza techniczna znajdowała się na terenie gminy W. jest nieproporcjonalne i nie służy ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, ponieważ z punktu widzenia prawidłowej realizacji zamówienia istotny jest czas potrzebny na transport rowerów pomiędzy bazą techniczną wykonawcy a stacjami rowerowymi. Dobre skomunikowanie gminy W. z miejscowościami sąsiadującymi pozwala na zorganizowanie takiej bazy poza granicami administracyjnymi gminy W.

bez uszczerbku dla sprawności realizacji zamówienia, w tym bieżącego serwisowania rowerów;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmianę treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu stosownie do treści zarzutów odwołania. Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych oraz o zasądzenie kosztów pełnomocnika.

W dniu 16 sierpnia 2021 r. B. Sp. z o.o. z siedzibą w W. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Tego dnia B. Sp. z o.o. doręczyła Prezesowi KIO zgłoszenie przystąpienia wraz z dowodem przesłania kopii zgłoszenia zamawiającemu oraz odwołującemu.

W dniu 17 sierpnia 2021 r. odwołujący zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu wykonawcy. Wskazał w niej, że przystąpienie do postępowania odwoławczego nastąpiło z naruszeniem terminu ustawowego. Kopia opozycji nie została przesłana zamawiającemu ani przystępującemu wykonawcy.

W dniu 18 sierpnia 2021 r. zamawiający wniósł do Prezesa KIO odpowiedź na odwołanie. Kopia odpowiedzi na odwołanie nie została przesłana odwołującemu ani przystępującemu wykonawcy. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł, że odwołanie zostało wniesione po terminie oraz że odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania, ze względu na otwarcie w stosunku do niego przyspieszonego postępowania układowego oraz na ustanowienie dla odwołującego nadzorca sądowego. W tym kontekście zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z postanowieniami SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w prowadzonym postępowaniu obowiązuje przesłanka wykluczenia z postępowania określona w art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp. W związku z powyższym zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania. Natomiast w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, stwierdzając że wymaganie, by wykonawca wykazał już na etapie postępowania, że dysponuje bazą techniczną umożliwiającą przechowywanie i serwisowanie rowerów w wysokim stopniu uprawdopodobnia realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zamawiający będzie w stanie dokonać wizji lokalnej i sprawdzenia, czy baza ta umożliwi wykonanie napraw i przechowywanie rowerów. Lokalizacja bazy na terenie gminy W. pozwoli na sprawne serwisowanie rowerów i stałe udostępnianie maksymalnej ich liczby użytkownikom.

Zamawiający wniósł o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych i przedłożył fakturę VAT z tytułu zastępstwa procesowego na kwotę 5.000 zł.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych i przedłożył fakturę VAT z tytułu zastępstwa procesowego na kwotę 3.600 zł.

W dniu 23 sierpnia 2021 r. odbyła się rozprawa, w trakcie której odwołujący uzupełnił treść odwołania o zarzut naruszenia art. 241 ust. 1 i 3 Pzp poprzez odniesienie jednego z kryteriów oceny ofert do właściwości wykonawcy a nie do przedmiotu zamówienia. Kryterium to dotyczyło liczby osób bezrobotnych zatrudnionych przez wykonawcę. Zamawiający nie odniósł się do tego zarzutu.

Odwołujący podtrzymał dotychczasową argumentację i przedłożył fakturę VAT z tytułu zastępstwa procesowego na kwotę 2.300 zł.

ROZWIĄZANIE KAZUSU

- kwestie proceduralne

skład trzyosobowy – zasada w postępowaniach o wartości równej lub większej niż progi unijne; unijny charakter postępowania wynika z informacji o opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu w TED

wniesienie odwołania przez **spółkę w restrukturyzacji** jest dopuszczalne. Okoliczność wyczerpania przesłanki wykluczania z art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp jest przyszła i niepewna. Może ona ziścić się dopiero wobec wykonawcy, który złożył ofertę. W postępowaniu odwoławczym występuje wykonawca, który jeszcze jej nie złożył. Ponadto przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp podlega mechanizmowi naprawczemu z art. 110 Pzp.

termin na wniesienie odwołania (10 dni) upływał 7 sierpnia (sobota), a zatem, zgodnie z art. 509 ust. 2 Pzp termin ulega przesunięciu na najbliższy dzień roboczy, czyli na 9 sierpnia (poniedziałek). Termin został dotrzymany.

przystąpienie do postępowania odwoławczego powinno nastąpić w terminie 3 dni od wezwania zamawiającego, czyli do 13 sierpnia. Przystąpienie jest spóźnione, a przez to – nieskuteczne.

zarzut sformułowany na rozprawie jest spóźniony i nie podlega rozpoznaniu.

rozliczenie kosztów – zaliczyć w poczet kosztów 15.000 i zasądzić od zamawiającego na rzecz odwołującego 15.000 plus 2.300 (koszty zastępstwa procesowego wg. faktury VAT)

nieprzekazanie kopii opozycji i odpowiedzi na odwołanie przeciwnikowi – nie jest to wymagane przepisami Pzp (*ten wątek może być pominięty w orzeczeniu (wtedy 1 pkt), jednak brak kopii nie może wywoływać negatywnych skutków*)

- kwestie materialnoprawne

zarzut – warunek jest nieproporcjonalny i nie służy ocenie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Lokalizacja ma zapewniać szybki transport rowerów pomiędzy bazą techniczną a miejscem użytkowania (bazami rowerów). Ograniczenie tej lokalizacji do granic administracyjnych miasta nie spełnia tej funkcji. Zamawiający powinien określić to wymaganie poprzez stosowne standardy dotyczące czasu reakcji (naprawy). Zarzut podlega uwzględnieniu.