

POSTANOWIENIE
z dnia 12 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu w Warszawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 12 listopada 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2020 r. przez odwołującego: **TPF sp. z o.o. z Warszawy** (ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu** (Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń),

- zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **W. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NEON W. N. z Częstochowy** (ul. Bór 180, 42-202 Częstochowa) (lider konsorcjum) oraz **J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NEON J. P. z Częstochowy** (ul. Bór 180, 42-202 Częstochowa) (partner konsorcjum);
- B. **PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. z Warszawy** (ul. Przeclawska 8, 03-879 Warszawa)

postanawia:

1. Umarza postępowania odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **TPF sp. z o.o. z Warszawy** (ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa) kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącej kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Toruniu**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę: TPF sp. z o.o. z Warszawy (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu w przedmiocie zamówienia publicznego na: Opracowanie kompletnej dokumentacji technicznej dla Zadania pn. „Przebudowa i rozbudowa istniejącego starego budynku głównego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego przy ul. Św. Józefa 53-59 w Toruniu – 1”; Nr ref.: WZP.272.25.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 2020/S-097-231744 z dnia 19.05.2020 r. Odwołujący podał, że zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą:

1. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Neon W. N. oraz Neon J. P. (dalej „Neon”), która to oferta podlega odrzuceniu;
2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Neon oraz Promat Techniczna ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. (dalej „Promat*”), które to oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawcy Neon i Promat nie złożyli odpowiednich wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
3. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Neon oraz wykonawcę Promat w trybie art. 90 ustawy Pzp;
4. zaniechania odrzucenia oferty Promat, jako niezgodnej z ustawą Pzp w zakresie złożenia oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy;
5. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Promat, pomimo iż Wykonawca nie złożył oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawców Neon i Promat wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferty zawierają cenę rażąco niską;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Neon i Promat, które to oferty te zawierają rażąco niską

cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy Neon i Promat nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Ustawy;

- 3) naruszenie art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 9b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Promat, jako niezgodnej z ustawą Pzp w zakresie złożenia oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy;
- 4) Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 7a w związku z art. 10a ust. 5 Ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Promat, pomimo iż oświadczenie woli Promat o przedłużeniu terminu związania ofertą nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
- 5) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wskazanych przepisów ustawy Pzp).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2) Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Neon,
- 3) Odrzucenia oferty Neon i Promat,
- 4) Wykluczenia wykonawców Neon i Promat,
- 5) Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący żąda dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania - na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp - przystąpili:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: W. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NEON W. N. z Częstochowy (lider konsorcjum) oraz J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NEON J. P. z Częstochowy (partner konsorcjum) (Konsorcjum NEON);
- 2) wykonawca PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. z Warszawy (Przystępujący PROMAT).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 4 listopada 2020 r.) oświadczył, że (...) *w jego ocenie brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania w całości, a wobec tego uwzględnia odwołanie w części, w zakresie opisanym poniżej, a w pozostałej części wnosi o oddalenie odwołania*". Podał, że (...) *uwzględnia odwołanie w części, to jest w zakresie wyboru oferty i niedostatecznego wyjaśnienia i oceny dotyczących rażąco niskiej ceny oferowanej przez wykonawców Promat oraz Konsorcjum NEON, w związku z czym:*

- 1) *Zamawiający unieważnia czynność wyboru oferty Konsorcjum NEON, dokonanej w dniu 13 października 2020 roku*
- 2) *Zamawiający postanawia powtórzyć czynność badania i oceny ofert następujących firm:*
 - *Konsorcjum: NEON W. N. (Lider) w Częstochowie oraz Neon J. P. (Partner) w Częstochowie*
 - *TPF sp. z o.o. w Warszawie*
 - *Promat Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa sp. z o.o. w Warszawie.*

Zarzutów dotyczących odrzucenia ofert wykonawców Promat i Konsorcjum NEON Zamawiający nie uwzględnia i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie".

W uzasadnienie wskazał na następujące okoliczności:

(...) Zamawiający dokonał w dniu 4 listopada 2020 roku czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpił ponownie do badania i oceny złożonych ofert. Dowód: załącznik nr 1 do odpowiedzi. Zamawiający uwzględnił zarzuty Odwołującego w zakresie wadliwej oceny wyjaśnień wykonawców Promat i Konsorcjum NEON co do rażąco niskiej ceny. Choć Zamawiający uczynił wcześniej zadość wymogom art. 26 ust. 4 Ustawy PZP, czyli sformułował żądanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, to w świetle zarzutów i twierdzeń Odwołującego zawartych w odwołaniu, nabrał dodatkowych wątpliwości co do tych wyjaśnień. Stąd Zamawiający po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty przystąpił do ponownego badania ofert, w ramach którego będzie wzywał wykonawców Promat i Konsorcjum NEON do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny ich ofert. Zamawiający uznał jednocześnie, że na obecnym etapie postępowania wykluczenie wykonawców Konsorcjum NEON oraz Promat jest nieuprawnione i nieuzasadnione, z powodów wskazanych poniżej. Z tych samych powodów nieuprawnione byłoby uwzględnienie pozostałych wniosków i zarzutów Odwołującego, czyli odrzucenie oferty Promat oraz wybór oferty Odwołującego. W tym miejscu zaznaczyć trzeba, że Odwołujący sformułował swe żądania całkowicie w sprzeczności z obowiązującymi przepisami Ustawy PZP, gdyż nawet przy uwzględnieniu żądań dotyczących wykluczenia z postępowania Konsorcjum Neon oraz odrzucenia Promat, Zamawiający nie mógłby wybrać oferty Odwołującego na obecnym etapie postępowania (w szczególności bez wezwania

odwołującego do złożenia odpowiednich dokumentów jako podmiotu, którego oferta byłaby najkorzystniejsza)".

Zdaniem Zamawiającego podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczące: pkt 3 (Zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Promat, który zdaniem odwołującego złożył niedopuszczalne oświadczenie o powierzeniu wykonania zamówienia w całości podwykonawcy) oraz pkt 4) (Zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Promat, który zdaniem Odwołującego złożył w wadliwej formie oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą) - uznać trzeba za nieuzasadnione. Wskazał w punkcie 2 odpowiedzi, że (...) *dysponuje dokumentami złożonymi przez Konsorcjum NEON i Promat oraz ich wyjaśnieniami, jakie złożyli przed wyborem oferty. Wskazać należy, że ceny wskazane w 4 z 5 ofert są zbliżone, natomiast jedna oferta wskazuje cenę na poziomie 16 mln zł. Zamawiający przyjął więc, że szacowanie Zamawiającego było wadliwe a cztery oferty na zbliżonym poziomie dowodzą realnej wartości zamówienia. Po analizie argumentów Odwołującego Zamawiający uznał jednak, że należy wezwać tych wykonawców o złożenie dodatkowych wyjaśnień i dokumentów potwierdzających, że ich oferty nie zawierają rażąco niskich cen. Argumenty Odwołującego nie są bowiem poparte żadnymi dowodami, stąd Zamawiający nie dysponuje materiałami dowodowymi pozwalającymi na przyjęcie twierdzeń Odwołującego za zgodne z prawdą. Właśnie dlatego Zamawiający powinien przeprowadzić czynności zmierzające do wyjaśnienia powyższych wątpliwości, czyli jest zobowiązany do wezwania Konsorcjum NEON i Promat do złożenia odpowiednich wyjaśnień. Bez tej czynności wykluczenie Konsorcjum, które jest przecież równoznaczne w skutkach z odrzuceniem jego oferty, byłoby bezpodstawne — bo przedwczesne, Podobnie (mając również na uwadze nieuwzględnienie zarzutów opisanych w punktach 3 i 4) przedwczesnym byłoby odrzucenie oferty Promat".* W punkcie 3) odpowiedzi stwierdził, że „ *Zgodzić się należy, że nie jest dopuszczalne powierzenie 100% przedmiotu zamówienia podwykonawcy. Jednak Odwołujący przeczy własnym twierdzeniom w odwołaniu. Stwierdza bowiem, że wykonawca Promat powierzył podwykonawcy cały przedmiot zamówienia, z drugiej strony powołując się na zestawienie w tabeli mówi o ok. 98% wartości zamówienia. Nawet gdyby przyjąć, że Promat powierzył ok. 98% przedmiotu zamówienia, to nie jest to całość. Należy przy tym pamiętać, że chodzi o procentową wartość zamówienia a nie o zakres rzeczowy. Dlatego zarzut Odwołującego jest chybiony, nie ma bowiem w przepisach Ustawy PZP (ani innych ustaw) wskazania jak należy rozumieć całość (przyjąć więc trzeba, że całość to 100%). Potwierdzają to orzeczenia KIO (uchwała z dnia 11 sierpnia 2015 r., sygn. akt: KIO/KD 43/15; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2018 r. (KIO 1107/18). Mając na uwadze powyższe argumenty zarzut ten jest nieuzasadniony".* W kolejnym punkcie 4 podał, że *"Wykonawca Promat przesłał pismo dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą jako załącznik do informacji przekazanej za pomocą platformy zakupowej. Do pisma tego załączona była*

informacja o jednoczesnym przedłużeniu okresu ważności wadium oraz aneksowana gwarancja bankowa. Zamawiający uznał w tej sytuacji, że wola wykonawcy co do przedłużenia terminu związania ofertą została wyrażona w sposób dostateczny i jednoznaczny. Jednocześnie przepisy Ustawy PZP (jak i przepisy wykonawcze do Ustawy) nie przewidują szczególnej formy dla takiego oświadczenia (potwierdza to m. in. wyrok KIO z dnia 4 lipca 2019 r., KIO 1154/19: W zakresie formy oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, ustawodawca nie zastrzegł żadnej szczególnej formy pod rygorem nieważności).”

Reasumując stwierdził, że (...) Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie opisanym powyżej oraz wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 9 listopada 2020 r. oświadczył, że (...) *wobec unieważnienia przez Zamawiającego w dniu 4 listopada 2020 roku wyboru oferty najkorzystniejszej - cofa odwołanie w części nieuwzględnionej*”. W uzasadnieniu w szczególności podał:

„1. Zamawiający w dniu 4 listopada 2020 roku dokonał następujących czynności:

- a) Unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej;*
- b) Uwzględnił w części odwołanie KIO 2736/20, wnosząc o oddalenie odwołania w części 'nieuwzględnionej.*

2 W ocenie Odwołującego — wobec „koincydencji 2 w.w czynności — mając na uwadze unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej jest nieprawidłowy, Zamawiający wnioskuje o oddalenie odwołania w części wskazując, że w tej części odwołanie jest nieuzasadnione. Jednakże po unieważnieniu czynności. wyboru oferty najkorzystniejszej nie można w ogóle prowadzić argumentacji dotyczącej rzekomej prawidłowości oceny ofert w jakimkolwiek zakresie — a to wobec faktu, że czynność oceny i wyboru ofert na chwilę obecną w ogóle nie istnieje, gdyż Zamawiający tę czynność unieważnił.

3. Zgodnie z art. 180 ust. 1 Ustawy pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy - a zatem odwołanie musi być skierowane wobec konkretnej czynności lub zaniechania zamawiającego. Innymi słowy na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Z kolei zgodnie z art. 191 ust, 2 Ustawy PZP, wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania — z przepisu wynika, że Izba wydając wyrok zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a więc istniejący na moment zamknięcia rozprawy. Co więcej zamawiający, pomimo wniesienia odwołania, może dokonywać w postępowaniu dalszych czynności o charakterze

materialnoprawnym, w tym również takich, które niweczą lub znoszą skutki jego poprzednich czynności, w tym także skutki czynności/zaniechań zaskarżonych w odwołaniu.

4. Wobec brzmienia art. 191 ust. 2 Ustawy PZP Izba na dzień wyrokowania ocenia to, czy substrat zaskarżenia w ogóle jeszcze istnieje na moment wyrokowania w sprawie. Wobec braku takiego substratu jedyny wyrok, jaki Izba może wydać w zakresie nieuwzględnionej części odwołania jest — oddalenie odwołania. Izba nie może bowiem merytorycznie badać słuszności argumentacji stron która to argumentacja dotyczy nieistniejącej na dzień wyrokowania czynności oceny ofert. Tak też wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 marca 2019 roku, KIO 374/20: „Podkreślenia wymaga, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest tym momentem, który wyznacza koniec procesu badania i oceny ofert, w tym analizy istnienia podstaw wykluczenia. Zamawiający wybierając daną ofertę jako najkorzystniejszą przesądza, że oferta ta nie podlega odrzuceniu, a wykonawca który ją złożył nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Skutkiem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 6 było to, że zamawiający powrócił do etapu badania i oceny ofert, w tym oceny istnienia podstaw do wykluczenia przystępującego z postępowaniu. O zakończeniu tego procesu będzie można mówić w momencie zawiadomienia wykonawców o rezultatach badania (np. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej)”. Jednocześnie Izba wskazała, że w przypadku ponownego wyboru oferty, której dotyczyło pierwsze odwołanie odwołujący będzie miał możliwość podnoszenia zakresu zarzutów: Zdaniem Izby, odwołujący - w przypadku ponownego wyboru oferty przystępującego - będzie posiadał instrumenty prawne umożliwiające mu wniesienie odrębnego odwołania na czynności lub zaniechania, które będą miały miejsce w postępowaniu o zamówienia.

5. Wobec powyższego Odwołujący zmuszony Jest cofnąć odwołanie w części nieuwzględnionej, gdyż i tak nie może ono zostać merytorycznie rozpatrzone. Wskutek czynności Zamawiającego przestał bowiem istnieć substrat zaskarżenia.”

Zgłaszający przystąpienie wykonawcy w pismach z dnia 10 listopada 2020 r. oświadczyli, że nie wnoszą sprzeciwu.

Przystępujący - Konsorcjum NEON (pismo o numerze kancelaryjnym: Dz-K-KIO-22947/20) podał w szczególności, że (...) *nie będzie wnosił sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego pismem z 4 listopada 2020 r. w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez TPF Sp. z o.o.”.*

Z kolei Przystępujący: wykonawca PROMAT (pismo o numerze kancelaryjnym: Dz-K-KIO-22975/20) stwierdził w szczególności, że (...) *nie zgłasza sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia odwołania w sprawie KIO 2736/20 oczekując weryfikacji*

czynności w dalszym toku procedury badania i oceny ofert prowadzonej przez Zamawiającego, która w ocenie Odwołującego Promat powinna zakończyć się wyborem jego oferty”. Wniósł także, o umorzenie postępowania odwoławczego oraz zniesienie wzajemnych kosztów postępowania

Izba postanowiła,

Działając na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie. Stosownie do postanowień art. 186 ust. 3a ustawy Pzp: *„W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie 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”.*

W stanie faktycznym tej sprawy mamy do czynienia z sytuacją zgodnie z którą Zamawiający częściowo uwzględnił zarzuty, a wnoszący odwołanie wykonawca w pozostałym zakresie (nieuwzględnionym) wycofał zarzuty. Z kolei uczestnicy postępowania zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego oświadczyli o nie wnoszeniu sprzeciwu. Tym samym w niniejszej sprawie miał zastosowanie wskazany art. 186 ust. 3a ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania, Izba miała na uwadze treść art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

Uwzględniając powyższe postanowiono jak w sentencji.

.....