Sygn. akt KIO 2738/20

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: **PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. z Warszawy** (ul. Przecławska 8, 03-879 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko- Pomorskiego w Toruni**u (Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń),

- zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego**:** 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**);**
- zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego: **TPF sp. z o.o. z Warszawy** (ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa)

postanawia:

1. Umarza postępowania odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. z Warszawy** (ul. Przecławska 8, 03-879 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.**

……

Sygn. akt KIO 2738/20

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione przez wykonawcę: PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa 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 wniósł odwołanie od niezgodnej z prawem czynności oraz zaniechań tego ostatniego, wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum W. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NEON W. N. (Lider — pełnomocnik konsorcjum) oraz J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NEON J. P. (członek Konsorcjum) („Konsorcjum NEON"), który przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje oraz wprowadził w sposób świadomy w błąd lub co najmniej wprowadził w błąd w wyniku niedbalstwa w zakresie danych przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie posiadanego doświadczenia, jak również nic złożył Zamawiającemu wyjaśnień oraz dowodów odnośnie rażąco niskiej ceny zgodnie z treścią wezwania z dnia 26.06.2020 r. Tym samym wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, oferta tego wykonawcy powinna jednocześnie zostać odrzucona. Okoliczności te wskazują, iż doszło do wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na skutek bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum NEON i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Odwołujący wskazał na naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na wybór oferty Konsorcjum NEON, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została wybrana przez Zamawiającego na skutek bezpodstawnego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum NEON oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w wyniku zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum NEON pomimo tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia i wprowadził tym samym Zamawiającego w błąd - co doprowadziło do tego, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w wyniku przedstawienia w toku postępowania nieprawdziwych informacji brak jest możliwości wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wobec złożenia przez wykonawcę Konsorcjum NEON wyjaśnień nie zawierających żądanych przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 26.06,2020 r. informacji, w tym wobec braku przedłożenia żądanych w powyższym wezwaniu dowodów, które miały rozwiać wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w ogłoszeniu i SIWZ.

Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i: (1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum NEON, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia wykonawcy Konsorcjum NEON na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wskutek tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz nakazanie odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wobec złożenia przez wykonawcę Konsorcjum NEON wyjaśnień nie zawierających żądanych przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 26.06.2020 r. informacji, w tym wobec braku przedłożenia żądanych w powyższym wezwaniu dowodów; (2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego; (3) przeprowadzenie przez Izbę dowodów zawnioskowanych w odwołaniu oraz na rozprawie; (4) zasądzenie od

Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Izbą oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.
W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący żąda dokonania czynności zgodnie ze wskazanym żądaniem odwołania.

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

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania - na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp – przystąpił wykonawca: TPF sp. z o.o. z Warszawy.

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".* Dalej podał, że (…) *uwzględnia odwołanie w części, to jest w zakresie zarzutów określonych w punkcie 1 (wybór oferty), 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.
Zarzutu zawartego w punkcie 2 Odwołania (wykluczenie wykonawcy Konsorcjum NEON) Zamawiający nie uwzględnia i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie. W uzasadnieniu stanowiska wskazał w szczególności 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.
Tym samym Zamawiający uwzględnił żądania określone w punkcie 1 (częściowo), 2 (częściowo) i 3 odwołania poprzez częściowe uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty powtórzenie czynności badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Jedynym żądaniem niespełnionym przez Zamawiającego jest wykluczenie wykonawcy Konsorcjum NEON. Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego, gdyż w świetle zarzutów i twierdzeń Odwołującego zawartych w odwołaniu, nabrał dodatkowych wątpliwości w zakresie wyjaśnień Konsorcjum NEON odnośnie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. W szczególności wyjaśnienia dotyczącego powierzchni wykonanych usług, przedstawionych na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał jednocześnie, że na obecnym etapie postępowania wykluczenie wykonawcy Konsorcjum NEON jest nieuprawnione i nieuzasadnione, z powodów wskazanych poniżej. Odwołujący podnosi w odwołaniu szereg zarzutów dotyczących wprowadzenia zamawiającego w błąd przez Konsorcjum NEON i podania przez niego nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia i osób wskazanych do wykonania zamówienia a także w zakresie wykazania danej ceny przez Konsorcjum NEON. W świetle twierdzeń odwołującego wszystkie te okoliczności stanowią uzasadnienie do wykluczenia Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy PZP. Z kolei prawidłowe wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy PZP musi być poparte jasnymi i precyzyjnymi argumentami, które w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzają niespełnianie warunków udziału w postępowaniu. Takich argumentów Odwołujący nie przedstawił. Wszystkie twierdzenia odwołującego uznać trzeba za co najmniej wątpliwe, gdyż niczym nie udowodnione. Jednocześnie Zamawiający dysponuje dokumentami złożonymi przez Konsorcjum NEON oraz jego wyjaśnieniami, jakie złożył przed wyborem oferty. Zamawiający na ówczesnym etapie postępowania dał wiarę treści tych dokumentów i wyjaśnień, gdyż były one spójne i nie budziły wątpliwości co do ich prawdziwości. Dopiero pod wpływem argumentów przedstawionych przez odwołującego w odwołaniu Zamawiający nabrał takich wątpliwości, w szczególności co do możliwości wprowadzenia go w błąd przez Konsorcjum NEON. Argumenty Odwołującego nie są jednak 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 do złożenia odpowiednich wyjaśnień. Bez tej czynności wykluczenie Konsorcjum, które jest przecież równoznaczne w skutkach z odrzuceniem jego oferty, byłoby bezpodstawne — bo przedwczesne". Reasumując stwierdził, że Zamawiający uwzględnia odwołanie w zakresie opisanym powyżej oraz wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Odwołujący w piśmie z dnia 10 listopada 2020 r. oświadczył, że działając na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp cofa (…) *odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powodem wycofania odwołania jest fakt, że pismem z dnia 4.11.2020 r. Zamawiający w związku z uwzględnieniem odwołania dokonał unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej informując, że dokona powtórzenia badania i oceny ofert. Wobec tego w chwili obecnej i na dzień orzekania przez Izbę nie ma już substratu zaskarżenia. Zaskarżona decyzja o wyborze została bowiem wyeliminowana z obrotu prawnego*". Jednocześnie podkreślił, że (…) *Odwołujący podtrzymując zarzuty związane z koniecznością wykluczenia wykonawcy NEON jednak z ostrożności procesowej, z uwagi na to, że Izba najprawdopodobniej oddaliłaby odwołanie stwierdzając brak przedmiotu zaskarżenia wycofanie odwołania stało się konieczne*".

Zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy - Konsorcjum NEON w piśmie z dnia 10 listopada 2020 r. nr kancelaryjny: Dz-K-KIO-229467/20) 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.*".

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 *de facto* do czynienia z sytuację zgodnie z którą Zamawiający częściowo uwzględnił zarzuty, a wnoszący odwołanie wykonawca w pozostałym zakresie (nieuwzględnionym) wycofał zarzuty. Z kolei uczestnik postępowania zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył oświadczenie 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.

……