

Warszawa, dn. 25.10.2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-767 Warszawa

Zamawiający:
Państwowa Uczelnia Zawodowa
Im. Ignacego Mościckiego w Ciechanowie,
ul. Gabriela Narutowicza 9,
06-400 Ciechanów
e-mail: kanclerz@puzim.edu.pl

Odwołujący:
PAGMA - BUD Sp. z o.o.
ul. Wólczańska 128/134
90-527 Łódź
KRS: 0000932186

zastępowany przez
Adw. Joannę Marczewską
Kancelaria Adwokacka
Chrzanów Mały 20A
05-825 Grodzisk Mazowiecki
e-mail: joanna@marczewska.com.pl

Ogłoszenie o zamówieniu nr 2023/BZP 00189203

Dot. postępowania na Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z rozbudową budynku. Inwestycja realizowana jest w formule „zaprojektuj i wybuduj” w ramach zadania pn.: „Rozbudowa budynku dydaktycznego WNoZiNS przy ul. Wojska Polskiego 51 w Ciechanowie”.

ODWOŁANIE

W imieniu wykonawcy **PAGMA - BUD Sp. z o.o.**, na mocy załączonego pełnomocnictwa, wnoszę niniejszym w trybie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie dotyczące niezasadnego unieważnienia postępowania.

Interes:

Odwołujący jako wykonawca znajdujący się na 1 miejscu w rankingu oceny ofert posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż działania Zamawiającego skutkują unicestwieniem postępowania. Gdyby Zamawiający zaniechał unieważnienia wówczas byłby zobowiązany do wybrania jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Unieważnienie naraża więc Odwołującego na szkodę w postaci utraconych korzyści, w związku z nie udzieleniem mu zamówienia publicznego.

Termin:

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania Odwołujący otrzymał w dniu 20.10.2023 r.

Zarzuty:

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

1. art. 255 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie postępowania z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia pomimo, iż Zamawiający dotychczas 3 krotnie dokonywał wyboru ofert wykonawców, których ceny przekraczały ww. kwotę, co wskazuje, iż zwiększenie tych środków zostało dokonane.
2. art. 260 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp - bezpodstawne zaniechanie podania uzasadnienia prawnego i faktycznego w zakresie unieważnienia niniejszego postępowania oraz brak wykazania przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania a w konsekwencji naruszenie zasady przejrzystości postępowania.

Wnioski:

Wnoszę o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert i wybór oferty Odwołującego, która przeszła wszystkie etapy oceny ofert, w tym kwalifikację podmiotową i zakończyła się ona pozytywną oceną.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie w przedmiocie zaprojektowania i wykonania robót budowlanych związanych z rozbudową budynku dydaktycznego. W postępowaniu ofertę złożył Odwołujący, przy czym w chwili obecnej, po odrzuceniu wykonawcy REDIREM oferta Odwołującego znajduje się na pierwszym miejscu w rankingu za Wykonawcą REMBUD.

Wykonawca Redirem zaoferował cenę 14 637 000 zł
Wykonawca Pagma Bud zaoferował cenę 14 875 000 zł
Wykonawca Rembud zaoferował cenę 15 213 778,84 zł

Zamawiający podał przed otwarciem ofert kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 12 000 000 zł brutto.

Zamawiający dokonał w niniejszym postępowaniu 3 razy wyborów oferty najkorzystniejszej, które na skutek odwołań wnoszonych przez Odwołującego były unieważniane.

I wybór oferty REDIREM nastąpił w dniu 1.06.2023 r., zaś w wyniku złożonego w dniu 6.06.2023 r. odwołania Zamawiający pismem z dnia 14.06.2023 r. unieważnił tą czynność.

II wybór oferty REDIREM nastąpił w dniu 28.06.2023 r., jednak w wyniku złożonego w dniu 3.07.2023 r. odwołania Zamawiający pismem z dnia 4.07.2023 r. unieważnił wykonaną czynność, a następnie odrzucił ofertę REDIREM.

III wybór oferty – REMBUD oraz odrzucenie oferty Pagma Bud nastąpiły w dniu 31.08.2023 r. jednak w wyniku uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania Odwołującego zapadł wyrok nakazujący unieważnienie czynności wyboru REMBUD, unieważnienie czynności odrzucenia oferty

Pagma Bud i dokonanie ponownej oceny i badania ofert (wyrok z dnia 20.09.2023 r. sygn. akt KIO 2622/23).

Obecnie Zamawiający unieważnił postępowanie i nie wykonał wyroku Izby w zakresie ponownej oceny i badania ofert.

Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania, bez dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo że w toku prowadzonego postępowania przeprowadził kompletną procedurę badania oferty Pagma Bud pod względem przedmiotowym jak i podmiotowym, a wynik tej oceny był pozytywny, co ostatecznie potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza wydanym wyrokiem, w którym nakazała unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego.

Na uwagę zasługuje fakt, iż poprzednie wybory oferty najkorzystniejszej wiązały się z wyłonieniem wykonawców, których oferty cenowe znacząco przekraczały kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, ujawnioną przed otwarciem ofert. Pierwszy wykonawca REDIREM zaoferował cenę 14 637 000 zł, a więc jedynie o 200 000 zł tańszą od oferty Odwołującego (14 875 000 zł). Po odrzuceniu, na skutek wnoszonych przez Odwołującego odwołań oferty ww. wykonawcy Zamawiający zdecydował się na dokonanie w dniu 31.08.2023 r. wyboru oferty wykonawcy REMBUD, który zaoferował cenę jeszcze wyższą niż cena oferty Odwołującego – 15 213 778,84 zł. Wobec możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy oferującemu cenę o ponad 3 200 000 zł wyższą niż pierwotne możliwości Zamawiającego niezrozumiałe wydaje się obecne rozstrzygnięcie postępowania, gdzie Zamawiający twierdzi, iż nie posiada środków na wybór oferty Odwołującego, która jest znacznie korzystniejsza – jest niższa od oferty REMBUD o ponad 330 000 zł.

Jak wynika z uzasadnienia unieważnienia postępowania z dnia 20.10.2023 r.:

Po przeanalizowaniu budżetu jakim dysponuje Zamawiający, z uwzględnieniem upływu czasu od otwarcia ofert do dnia obecnego, Zamawiający nie może obecnie zwiększyć tej kwoty, wobec czego zobligowany jest unieważnić postępowanie stosownie do dyspozycji art. 255 pkt 3) Pzp.

Zamawiający podejmując przeanalizowaną decyzję o braku możliwości zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty brał pod uwagę celowość i efektywność gospodarowania środkami publicznymi.

Zamawiający powołuje się na upływ czasu od dnia otwarcia ofert oraz na brak możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia jednak w żaden sposób nie uzasadnia swojego stanowiska. W ocenie Odwołującego, **skoro Zamawiający w dniu 31.08.2023 r. był w stanie przeznaczyć na to zamierzenie inwestycyjne ponad 15 200 000 zł to w chwili obecnej powinien był wykazać, a co najmniej wyjaśnić z jakiego powodu w dniu 20.10.2023 r. jest to niemożliwe.** Twierdzenie Zamawiającego o niemożności zwiększenia środków pozostaje gołosłowne i jak wynika z dokumentacji udostępnionej Odwołującemu przez Zamawiającego nie znajduje ono odzwierciedlenia w żadnych decyzjach czy zmianach budżetowych, które podjęte byłyby w tym okresie.

Jak wynika z protokołu z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 31.08.2023 r. Kwestor Uczelni pismem z dnia 30.08.2023 r. potwierdził dostępność środków do kwoty 15 213 778,84 zł, która to kwota znacząco przewyższa cenę oferty Odwołującego, a następnie w dniu 18.10.2023 r. a więc 1,5 miesiąca później Kwestor poinformował o braku aprobaty na zwiększenie środków do kwoty oferty Odwołującego.

W ocenie Odwołującego działania Zamawiającego mają jedynie na celu wyeliminowanie Odwołującego z postępowania. Skoro było bowiem możliwe udzielenie zamówienia wykonawcy z ceną wyższą niż cena Odwołującego w tak krótkim czasie i nie nastąpiły żadne inne wydarzenia, w tym zmiany uchwał budżetowych czy modyfikacja alokacji środków trudno uznać, że podjęte działania są racjonalne i celowe.

Zamawiający jako uczelnia publiczna prowadzi gospodarkę finansową w oparciu o plan rzeczowo finansowy przyjęty w formie uchwały przez Radę Uczelni. W zakresie omawianego okresu Rada Uczelni przyjęła uchwałę nr 42/II/2023 z dnia 27.06.2023 r. w sprawie zaopiniowania planu rzeczowo – finansowego na rok 2023. Uczelnia w ramach prowadzonej działalności opracowuje ponadto, jak wynika z opublikowanej dokumentacji, Plan Inwestycyjny Uczelni, przy czym ostatnia uchwała w sprawie zaopiniowania zaktualizowanego projektu Planu Inwestycyjnego Uczelni na lata 2021-2025 została przyjęta przez Radę Uczelni w dniu 28.02.2023 r. pod numerem 38/II/2023. W uchwale tej, w poz. 2 przewidziano w omawianym okresie kwotę 12 067 650 zł na realizację Rozbudowy budynku Wydziału Nauk o Zdrowiu i Nauk Społecznych. **Ani plan rzeczowo – finansowy ani też plan inwestycyjny nie zostały zmodyfikowane po dniu 31.08.2023 r., a więc po zwiększeniu środków na ww. inwestycję do kwoty ponad 15 mln zł.** Zamawiający będący uczelnią publiczną prowadzi więc działalność w ramach, które są wyznaczane przez Uchwały Rady Uczelni. Skoro więc na bazie przyjętego planu finansowego ustalono możliwość udzielenia zamówienia wykonawcy REMBUD na kwotę ponad 15 mln i nie było następnie żadnych przesunięć ani modyfikacji zamierzeń inwestycyjnych w tej jednostce to należy uznać, że decyzja Zamawiającego dotycząca unieważnienia postępowania z uwagi na przekroczenie kwoty jest decyzją nieprawidłową. **Zamawiający nie ma bowiem żadnych wiarygodnych powodów, aby po upływie 1,5 miesiąca odmówić udzielenia zamówienia, którego był w stanie udzielić gdy rozważana była oferta innego wykonawcy.** W ocenie Odwołującego zachowanie Zamawiającego nakierowane jest na dyskryminację Odwołującego. Zamawiający usiłuje, jak pokazuje przebieg poprzednich postępowań odwoławczych, wyeliminować Odwołującego z postępowania z nieznanym mu przyczyn.

Procedura o udzielenie zamówienia publicznego jest to sformalizowany ciąg czynności, a Zamawiający wszczynając postępowanie musi liczyć się z tym, że unieważnienie postępowania nie jest jego arbitralną decyzją, lecz musi być oparte o konkretny przepis. Co więcej, zaistnienie okoliczności stanowiących podstawę unieważnienia należy wykazać, a więc w sposób rzeczowy wyjaśnić i przedstawić konkretne przyczyny takiej decyzji. Zamawiający nie wskazał w piśmie z dnia 20.10.2023 r. na żadne okoliczności zaistniałe po 31.08.2023 r., które choćby uprawdopodobniałyby konieczność unieważnienia postępowania. Zamawiający przyjął jedynie, że skoro oferta Odwołującego jest wyższa niż ujawniona przed otwarciem ofert kwota to materializuje się obowiązek unieważnienia postępowania. Z taką oceną nie sposób się zgodzić. Zamawiający wykazał się bowiem niekonsekwencją, gdyż trzykrotnie dostrzegł możliwość przesunięcia środków i sfinansowania zamówienia o wartości ponad 3 miliony wyższej niż przyjęta wartość zamówienia, zaś po raz trzeci, dla oferty tańszej niż oferta REMBUD taką możliwość wykluczył. W ocenie Odwołującego skoro nie ma wiarygodnych okoliczności świadczących o zmianie sytuacji finansowej Zamawiającego, jak np. podjęcie nowych Uchwał przez Radę Uczelni od poprzedniego wyboru oferty to nie było podstaw, aby unieważnić postępowanie.

Stosownie do art. 260 ust. 1 ustawy Pzp obowiązkiem Zamawiającego jest podanie uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej decyzji. Wytlumaczenie powodów z jakich nie jest możliwe udzielenie zamówienia za zaferowaną kwotę wydaje się stanowić właśnie owe uzasadnienie faktyczne. Zamawiający zaś skupił się wyłącznie na porównaniu arytmetycznym wartości oferty i ujawnionej przed otwarciem kwoty a pominął całkowicie okoliczność, iż uprzednio 3 krotnie istniała możliwość udzielenia zamówienia pomimo, iż oferty przewyższały ustaloną pierwotnie kwotę. **W tych wyjątkowych okolicznościach, nie było właściwe i wystarczające odniesienie się wyłącznie do**

pierwotnie ustalonej kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Skoro bowiem po otwarciu ofert Zamawiający ją zmodyfikował poprzez przesunięcie środków, to do tej właśnie kwoty powinien Zamawiający odnieść się w uzasadnieniu unieważnienia a nie zupełnie pominąć ten fakt.

Stosownie do art. 255 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Powstaje więc pytanie jak należy rozumieć kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oczywiście, Zamawiający zamieszcza informację na ten temat przed otwarciem ofert na stronie prowadzonego postępowania. **Nie jest jednak tak, iż kwota ta pozostaje stała i niezmienna, co najlepiej obrazuje sytuacja zaistniała w niniejszym postępowaniu. Zamawiający bowiem dokonał w toku postępowania modyfikacji tej kwoty, uznając 3 krotnie, jak wynika z protokołów z posiedzeń komisji przetargowej, że jest możliwe udzielenie zamówienia za kwotę wyższą, przekraczającą nawet 15 mln zł (przy trzecim wyborze oferty REMBUD), a więc kwotę o ponad 3 mln wyższą niż pierwotnie ustalona i ujawniona przed otwarciem ofert. Z tego właśnie powodu, w ocenie Odwoływającego, w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp mowa jest o kwocie, którą w chwili badania i oceny ofert może przeznaczyć Zamawiający na sfinansowanie zamówienia, choćby była to inna kwota niż ujawniona. Nielogiczne byłoby badanie możliwości udzielenia zamówienia w oparciu o pierwotne ustalenia, skoro tak jak w tej sytuacji uległy one zmianie. W dniu 30.08.2023 r. bowiem stwierdzono możliwość zwiększenia kwoty 12 mln do wartości oferty wówczas najkorzystniejszej. Należy więc uznać, że o ile Zamawiający nie wykaże okoliczności, iż zmodyfikowana wartość musiała ulec zmniejszeniu to właśnie ta kwota powinna być przyjęta do oceny czy zachodzi konieczność unieważnienia postępowania czy też nie.**

Niewątpliwie instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy, a tym samym przesłanki unieważnienia postępowania, w tym określone art. 255 pkt 3 ustawy Pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Wskazany w art. 255 Pzp katalog okoliczności obligujących do unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty. Zamawiający zatem podejmując czynność unieważnienia postępowania powinien wykazać, że w okolicznościach faktycznych z których wywodzi podstawę do unieważnienia postępowania brak było możliwości podjęcia innych alternatywnych czynności, umożliwiających kontynuowanie postępowania, a tym stanie faktycznym zawarcie umowy.

Jak wskazuje się jednolicie w orzecznictwie, przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.02.2022 r. o sygn. akt. KIO 269/22:

Zamawiający obowiązany jest wykazać zaistnienie przesłanek uprawniających go do unieważnienia prowadzonego postępowania. Oceny legalności tej czynności dokonuje się w świetle uzasadnienia przedstawionego przez zamawiającego w zawiadomieniu o dokonaniu tej czynności. Okoliczności, które nie zostały wskazane w uzasadnieniu przedstawionym przez zamawiającego, nie podlegają ocenie Izby.

Skoro więc w niniejszej sprawie Zamawiający w piśmie z dnia 20.10.2023 r. nie powołał żadnych nowych okoliczności, na podstawie których doszłoby do rewizji kwoty uprzednio ustalonej, jako możliwa do wydatkowania na to zamówienie to należy uznać, że rozstrzygnięcie Zamawiającego nie miało podstaw, a więc było niezgodne z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższą argumentacją wnoszę o uwzględnienie odwołania.

adwokat
dr Joanna Marczevska

Załączniki:

1. odpis z KRS Odwołującego
2. pełnomocnictwo
3. potwierdzenie opłaty skarbowej
4. potwierdzenie wniesienia wpisu
5. informacja o unieważnieniu z dnia 20.10.2023 r.
6. potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu