Sygn. akt KIO 2930/21

POSTANOWIENIE
z dnia 14 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i uczestnika postępowania w dniu 14 października 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2021 roku przez wykonawcę Kreator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Toruniu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - 3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie
przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Odzieżowe DRWAL A. Z. z siedzibą we Włocławku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2930/21 po stronie Odwołującego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Kreator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Toruniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 2930/21

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania dla Wojsk Specjalnych i Żandarmerii Wojskowej (berety, ocieplacze, ubrania ochronne, kombinezony, ubrania maskujące, kominiarki). Zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia postępowanie zostało podzielone na części.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/S 108-284222.

Zamawiający pismem z dnia 24 września 2021 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania 4 - kombinezon ćwiczebny WS w kamuflażu tj. oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Odzieżowe DRWAL A. Z. we Włocławku, z ceną brutto: 3.743.602,17 zł. Tym samym pismem Zamawiający powiadomił wykonawców o odrzuceniu w zakresie zadania 4 dwóch ofert, w tym oferty wykonawcy Kreator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Toruniu podając:

Uzasadnienie prawne odrzucenia oferty: art. 226 ust 1 pkt 2 lit c) zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń

Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty: wykonawca złożył wraz z ofertą, wymagany przez zamawiającego przedmiotowy środek dowodowy: wzór — jeden komplet kombinezonu ćwiczebnego WS w kamuflażu w rozmiarze: bluza MR i spodnie 32/Regular (zgodne z WTU 117/DKWS). Powyższy przedmiotowy środek dowodowy został oceniony jako niespełniający wymagań zamawiającego zawartych w WTU 1 17/DKWS. Stwierdzono, niezgodność dostarczonego wzoru kominiarko-kaptura z techniczno-użytkowymi nr 117/DKWS w zakresie braku zastosowania spiralnego zamka rozdzielnego do dopinania do bluzy oraz wykonanie kominiarko-kaptura w niewłaściwym kolorze. Powyższy przedmiotowy środek dowodowy został uznany za niezłożony. Zgodnie z zapisami SWZ powyższy przedmiotowy środek dowodowy nie podlegał uzupełnieniu.

W dniu 4 października 2021 roku Odwołujący Kreator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Toruniu wniósł odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 24 września 2021 r., gdyż oferta wykonawcy Adama Zielińskiego powinna zostać odrzucona, ponieważ przedstawiony przez tego wykonawcę przedmiotowy środek dowodowy w postaci wzoru kombinezonu ćwiczebnego WS w kamuflażu jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia, tj. Wymaganiami Techniczno-Użytkowymi 117/DKWS. W złożonym bowiem przez wykonawcę A. Z. wzorze umundurowania wszywka specjalna na nazwisko użytkownika znajduje się lewym przodzie bluzy, a zgodnie ze opisem przedmiotu zamówienia (ppkt 12.1 WTU 117/DKWS) powinna być ona umieszczona na prawym przodzie. Ponadto wzór przedstawiony przez wykonawcę A. Z. posiada pullery do otwierania i zamykania zamków wykonane z nieznanego materiału, co również stoi w sprzeczności z Wymaganiami Techniczno-Użytkowymi nr 117/DKWS. Podkreślenia wymaga zatem, iż zachowanie Zamawiającego, polegające na braku wnikliwego przeanalizowania wzoru umundurowania przedstawionego przez wykonawcę A. Z., skutkujące brakiem odrzucenia oferty tego wykonawcy, zakwalifikować należy również jako naruszenie zasady równości w traktowaniu wykonawców i zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129; dalej „ustawy") przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. Z. pomimo iż złożony przez niego przedmiotowy środek dowodowy, tj. wzór jednego kompletu kombinezony ćwiczebnego WS w kamuflażu nie spełnia wymagania zamawiającego, o których mowa w WTU 117/DKWS.

b) art. 16 pkt 1 ustawy przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, wskutek braku odrzucenia oferty wykonawcy A. Z., pomimo iż złożył on ofertę wraz z przedmiotowym środkiem dowodowym niezgodnym z treścią opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;

2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

3. ponowne przeprowadzenie procesu badania i oceny ofert w przedmiotowym

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

4. odrzucenie oferty wykonawcy A. Z.;

5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu włókiennictwa na okoliczność niezgodności przedstawionego przez A. Z. wzoru jednego kompletu kombinezony ćwiczebnego WS w kamuflażu z opisem przedmiotu zamówienia, tj. Wymaganiami Techniczno-Użytkowymi 117/DKWS;

6. nakazanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

7. zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego i przygotowania treści odwołania, w kwocie 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) według norm przepisanych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie.
Na podstawie akt postępowania odwoławczego Izba ustaliła, ze Odwołujący złożył Zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia i terminowo uiścił wpis od w prawidłowej wysokości na właściwy rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Zgodnie z pismem z dnia 14 kwietnia 2021 roku Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 4 i zadania nr 6 oraz odrzucenia ofert złożonych w zakresie zadnia nr 4 oferta wykonawcy Kreator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Toruniu została odrzucona na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit c) ustawy, bowiem co podał Zamawiający wykonawca złożył wraz z ofertą, wymagany przez zamawiającego przedmiotowy środek dowodowy: wzór — jeden komplet kombinezonu ćwiczebnego WS w kamuflażu w rozmiarze: bluza MR i spodnie 32/Regular (zgodne z WTU 117/DKWS). Powyższy przedmiotowy środek dowodowy został oceniony jako niespełniający wymagań zamawiającego zawartych w WTU 1 17/DKWS. Stwierdzono, niezgodność dostarczonego wzoru kominiarko-kaptura z techniczno-użytkowymi nr 117/DKWS w zakresie braku zastosowania spiralnego zamka rozdzielnego do dopinania do bluzy oraz wykonanie kominiarko-kaptura w niewłaściwym kolorze. Powyższy przedmiotowy środek dowodowy został uznany za niezłożony. Zgodnie z zapisami SWZ powyższy przedmiotowy środek dowodowy nie podlegał uzupełnieniu.

Okoliczność ta została również potwierdzona przez samego Odwołującego w treści odwołania, gdzie jednoznacznie podaje, że Niemniej jednak w dniu 24 września 2021 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) Ustawy, z uwagi na rzekomą niezgodność dostarczonego wzoru kominiarko-kaptura z Wymaganiami Techniczno-Użytkowymi nr 117/DKWS, uznając przy tym, że ten przedmiotowy środek dowodowy nie został złożony. Jednocześnie jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę złożoną przez wykonawcę A. Z., pomimo tego, iż przedstawiony przez niego wzór umundurowania był niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia.

Z treści odwołania wynika w sposób jednoznaczny, że Odwołujący nie kwestionował czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w zakresie zadania 4. Odwołujący nie kwestionując czynności odrzucenia jego oferty dąży do unieważnienia postępowania - co wynika z wniosku jaki złożył oraz stanowiska jakie zawarł w części uzasadnienia interesu we wniesieniu odwołania. Izba podkreśla w tym miejscu, że wniosek Odwołującego o przeprowadzenie procesu badania i oceny ofert w uwzględnieniem oferty Odwołującego nie został poprzedzony żadnym zarzutem odwołania. Izba związana jest zarzutami odwołania, a nie wnioskami postawionymi przez Odwołującego, które jednocześnie nie znajdują uzasadnienia w zakresie podnoszonych zarzutów odwołania. Dla porządku Izba podkreśla w tym miejscu, że również w treści uzasadnienia odwołania brak jest argumentacji

odnoszącej się do czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego
z postępowania i kwestionowania tego działania Zamawiającego

Izba stwierdziła, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie

przepisu art. 528 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień

publicznych ponieważ odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony -

w przedmiotowym przypadku podmiot, który utracił status wykonawcy.

Izba wskazuje, ze krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej „ustawy"), zaliczając do niego wykonawcę, uczestnika konkursu, a także inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z tym zastrzeżeniem, że wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia przysługują one również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców.

Zgodnie z powyższym tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd a contrario podmioty niezaliczające się do tego kręgu muszą zostać uznane za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy.

W odniesieniu do pojęcia „wykonawcy" definicja legalna zawarta jest w art. 7 pkt 30 ustawy - wykonawca to osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Tym samym status wykonawcy, zgodnie z powyższą definicją, wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Podobnie zdefiniowane jest pojęcie „wykonawcy" w ustawie Prawo zamówień publicznych z 2004 roku, a omawiana przesłanka odrzucenia odwołania nie uległa zmianie. W ocenie Izby, przy uwzględnieniu definicji legalnej „Wykonawcy" oraz zbieżności przesłanek odrzucenia wymaga odnotowania, że dotychczasowy dorobek orzecznicy w powyższym zakresie pozostaje aktualny.

Izba podkreśla, że sam fakt złożenia oferty w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego przez Odwołującego nie gwarantował i nie gwarantuje wykonawcy zachowania statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, a to bezpośrednio wpływa na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Status wykonawcy można nieodwracalnie utracić - przykładowo - w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę czynności podjętej przez Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty z postępowania.

Oferta Odwołującego, co potwierdził sam Odwołujący w odwołaniu, została odrzucona z postępowania o udzielnie zamówienia, natomiast zarzuty odwołania nie odnoszą się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego i Odwołujący nie kwestionuje tej czynności Zamawiającego. Zarzuty odwołania nakierowane są na nieprawidłową w ocenie Odwołującego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która to oferta w ocenie Odwołującego powinna zostać odrzucona z postępowania, a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnione. Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie przeciwdziałał eliminacji oferty Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia, akceptując tym samym ustalenia i ostateczną ocenę oferty Odwołującego dokonaną przez Zamawiającego, a w konsekwencji jej odrzucenie.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że Odwołujący status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia niewątpliwie posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie), to jednak, w wyniku czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty, której to czynności Odwołujący tym razem nie zakwestionował (przez podniesienie w ramach tego odwołania zarzutów w zakresie odrzucenia ofert lub złożenie odwołania w tym zakresie) status aktywnego uczestnika (wykonawcy) postępowania o udzielenie zamówienia utracił. Czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego wywiera skutki prawne, które - wobec niewniesienia odwołania - mają charakter nieodwracalny.

Przymiot uczestnika postępowania Odwołujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie kwestionować czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, a zaskarżyć jedynie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy. W efekcie Odwołujący również sam zrezygnował z swojego statusu „wykonawcy" aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podobnie stanowisko Izba wyraziła w postanowieniu z dnia 18 marca 2021 roku sygn. akt KIO 727/21, postanowieniu z dnia 29 kwietnia 2021 roku sygn. akt KIO 1174/21.

Warto w tym miejscu również odnotować, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, chociażby w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 w sprawie Bietergemeinschaft Technische Gebaudebetreuung GesmbH und Caverion Osterreich GmbH przeciwko Universitat fur Bodenkultur Wien i VAMED Management und Service GmbH & Co KG in Wien, Trybunał uznał, że wykonawcy wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji zamawiającego można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, nawet jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony wykonawca i wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a zdaniem wykluczonego wykonawcy najkorzystniejsza oferta również powinna była zostać odrzucona. W glosie do ww. orzeczenia TSUE Małgorzaty Sieradzkiej (LEX/el. 2017) - skuteczność zaskarżania decyzji instytucji zamawiającej wymaga posiadania legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej. Skuteczne odwołanie to środek, który może być wniesiony przez podmiot (oferenta) zainteresowany uzyskaniem określonego zamówienia, który poniósł szkodę, względnie jest narażony na jej poniesienie w następstwie podnoszonego naruszenia prawa UE lub przepisów krajowych (dokonujących transpozycji). Interesu we wnoszeniu środka ochrony prawnej nie ma oferent ostatecznie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Za kluczowe zatem należy uznać przede wszystkim czynne działanie odwołującego co do obrony własnej oferty, własnego uczestnictwa w prowadzonym postępowaniu, by skutecznie mógł on kwestionować pozostałe decyzje instytucji zamawiającej, które zapadły w postępowaniu.

TSUE w sprawie Hackermuller (wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-249/01 Werner Hackermuller przeciwko Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) i Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH fur den Donauraum AG (WED), ECLI:EU:C:2003:359), potwierdza powyższą tezę, bowiem Trybunał wyraźnie stwierdził, że nie można odmówić prawa do wniesienia odwołania od decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej wykluczonemu wykonawcy bez umożliwienia mu zakwestionowania podstaw jego wykluczenia.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 1 1 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....