Sygn. akt: KIO 3618/24

WYROK

Warszawa, 29 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Joanna Gawdzik-Zawalska
Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 października 2024 r. przez wykonawcę
SPORT TEAM sp. z o.o. Kraków (KRS 0000166333) ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:
Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..…...……..

U z a s a d n i e n i e

Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie (ul. Walerego Sławka 10, 30-633 Kraków) (dalej zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Dostawa odzieży dla projektów p.n. Piłkarskie Marzenia i Trening czyni z nas mistrza, realizowanych w ramach Budżetu Obywatelskiego Miasta Krakowa, nr sprawy: NZ.273.159.2024. MLE; numer publikacji w Dzienniku Urzędowym Uni Europejskiej: 406227-2024 (dalej Postępowanie). Przedmiot zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert oraz zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

3 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy ubiegającego się o udzielnie zamówienia: Sport Team sp. z o.o. Kraków (ul. Albatrosów 10, 30-716 Kraków) (dalej odwołujący).

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego:

1. zaniechania podania uzasadnienia faktycznego oraz prawnego w treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 26 września 2024 r., w zakresie czego odwołujący zarzuca, iż zamawiający zaniechał w szczególności podania podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty odwołującego, co stanowi o braku wypełnienia obowiązku z art. 253 ust. 1 Pzp,
2. wadliwej czynności odrzucenia oferty odwołującego wobec tego, że brak było spełnionych jakichkolwiek przesłanek skutkujących koniecznością odrzucenia tej oferty,
3. zaniechania podjęcia czynności w zakresie wezwania odwołującego do uzupełnienia zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, wobec tego, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego (nie wyjaśniając podstaw takiego rozstrzygnięcia), przy jednoczesnym braku wezwania odwołującego do poprawienia, lub uzupełnienia oferty, co powinno nastąpić w razie ustalenia, iż oferta jest niekompletna, lub zawiera błędy które mogą skutkować jej odrzuceniem,
4. czynności wyboru oferty podmiotu „A.O.” jako najkorzystniejszej, wobec tego, że jedynym kryterium oceny ofert, określonym w dokumentach zamówienia, była cena, a oferta odwołującego była niższa od wybranej oferty, przy jednoczesnym braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu: - unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez podmiot „A.O.” jako oferty najkorzystniejszej, - unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Strony wnosiły o dopuszczenie dowodu z wskazywanych dokumentów postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie w postaci dokumentacji postępowania (w szczególności SWZ, oferty odwołującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej kierowanej do wykonawców oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej

zamieszczonej na stronie postępowania wraz z dowodami przesłania oraz notatki i protokołu komisji przetargowej z oceny oferty odwołującego), z uwzględnieniem stanowisk stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

Na wstępie izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

Odwołanie opierało się na założeniu, że jedyną czynnością, w której wykonawca został powiadomiony o wyniku Postępowania była „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty" z 26 września 2024 r. zamieszczona przez zamawiającego na stronie postępowania, która zawierała jedynie streszczenie oceny i porównanie złożonych tj. listę złożonych ofert ze wskazaniem punktacji i kryterium oceny albo adnotację, że oferta została odrzucona.

Izba ustaliła jednak, co było bezsporne pomiędzy stronami, że:

- jednocześnie z ww. informacją zamawiający przesłał odwołującemu „Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej" zawierająca oprócz streszczenia oceny i porównania ofert informacje dodatkowe, wskazujące, że oferta odwołującego „została odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Załączony do oferty zakres rzeczowy nie spełnia opisu przedmiotu zamówienia." (izba stwierdza, co było bezsporne w sprawie, że dokument ten nie stanowił podstawy faktycznej zarzutów odwołania);
- odwołujący zapoznał się ze skutecznie doręczoną mu ww. informacją przesłaną mu bezpośrednio w toku Postępowania dopiero w związku z otrzymanym w ramach postępowania odwoławczego stanowiskiem procesowym zamawiającego, w którym ten wskazał na fakt przesłania tej informacji i jej treści (bezsporne).

Zarzuty dotyczyły wyłącznie informacji opublikowanej na stronie postępowania. Odwołujący w odwołaniu przywoływał formalną poprawność oferty i ogólnikowo wskazywał jej zgodność z warunkami postępowania oraz fakt spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podkreślał potrzebę wskazywania podstaw prawnych i uzasadnienia odrzucenia oferty zawsze w informacji o wyniku postępowania oraz jej brak w informacji, którą pozyskał.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Wskazywał na poprawność jednoczesnego przekazania wykonawcom informacji zawierającej informacje dodatkowe oraz zamieszczenia informacji zawierającej jedynie streszczenie oceny i porównania ofert na stronie postępowania. Podkreślał, że w informacji kierowanej do wykonawcy „wskazał na niezgodność zakresu rzeczowego oferty z SWZ i jest to wystarczające uzasadnienie faktyczne. W przypadku tego postępowania niezgodność zakresu rzeczowego jest oczywista poprzez porównanie dokonanego opisu asortymentu z wymaganiami zawartymi we wzorze będącym załącznikiem nr 5 do SWZ. Przy tym zakresie oferty-tak szerokim (zakres rzeczowy oferty na 15 stronach) nie można wymagać, aby Zamawiający miał obowiązek wskazać każda niezgodność oferty w uzasadnieniu faktycznym czynności, o której mowa w art. 253 ust 1 PZP. Zamawiający wskazał również - wbrew zarzutom Odwołującego - uzasadnienie prawne poprzez wskazanie art. 226 ust 1 pkt 5) PZP - że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia."

Zamawiając wskazywał również, że „Niezgodność ta polegała na braku wskazań parametrów dla odzieży, niezgodnych parametrów-nie zawierała wszystkich informacji wymaganych w formularzu oferty i załączniku nr 5. Jak widać z załączonej analizy niezgodność ta była prawie przy każdym z produktów - nie było zatem możliwe wyspecyfikowanie każdej niezgodności w „Informacji o wyborze oferty", w którym zawiera się również informacja o odrzuceniu oferty."

Izba ustaliła, że szczegółowe zestawienie niezgodności oferowanego przez odwołującego asortymentu z oczekiwaniami określonymi SWZ w załączniku nr 5 stanowiących podstawę podjętej przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty zawarte zostało w sporządzonych przez powołaną w Postępowaniu komisję przetargową: notatce z 10 września 2024 r. i protokole z 11 września 2024 r. z załącznikiem pn. „Wynik badania oferty nr 2 firmy Sport Team sp. z o.o. spełniania wymagań określonych w SWZ". Izba ustaliła, że zestawienie zawiera porównanie treści załącznika do oferty odwołującego i cech wymaganych SWZ i wskazuje na sprzeczność parametrów oferowanych produktów (dotyczących składu materiałów z jakich wykonywana będzie oferowana odzież oraz wymaganych pojemności oferowanych toreb) z parametrami określonymi SWZ. Sprzeczności dotyczą większości oferowanego ofertą asortymentu. Protokół komisji przetargowej wskazuje również na to, że załączony do oferty formularz rzeczowy odwołującego nie zawiera także, co do części oferowanych produktów, w ich opisie wyraźnego potwierdzenia, że spełniać one będą określona cechę wskazaną w SWZ załącznik 6 zakres rzeczowy.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1)

zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny, a to ze względu na przewidziany w art. 223 ust. 2 Pzp obowiązek zamawiającego polegający na poprawieniu w ofercie omyłek także tych polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia, dotyczącymi zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy.

W świetle art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający uprawniony jest więc do odrzucenia oferty wyłącznie, jeżeli możliwe jest uchwycenie określonej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy lub jego określonym oświadczeniem / informacją a warunkami zamówienia, które zostały skonkretyzowane, skwantyfikowane i jednoznacznie ustalone przez zamawiającego lub wynikają z przepisu prawa, który zgodnie z wolą zamawiającego lub z mocy prawa stosuje się do wykonawcy i które mają charakter nieusuwalnych.

Zgodnie z art. 253 Ustawy 1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1)
wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. 2. Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania. 3. Zamawiający może nie ujawniać informacji, o których mowa w ust. 1, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym.

Izba stwierdza, że w niniejszym przypadku zamawiający w wykonaniu obowiązku ustawowego z art. 253 ust. 1 Ustawy przesłał odwołującemu informację zawierającą przewidzianą ustawą informację o odrzuceniu wraz z uzasadnieniem prawnym i faktycznym. Z informacją odwołujący zapoznał się dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Informacja kierowana do wykonawców zawierała dodatkowe w stosunku do zawartych w udostępnionej na stronie postępowania w trybie art. 253 ust 2 Ustawy informacji o wyborze, wskazując dodatkowo podstawę prawną odrzucenia i krótkie uzasadnienie. Odwołanie nie zawiera zarzutów odnoszących się do treści informacji skierowanej do wykonawcy tj. w szczególności zakresu uzasadnienia wskazanej tam podstawy prawnej odrzucenia.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu" zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". Treść zarzutów dookreśla ich podstawa faktyczna. W sprawie podstawę prawna i uzasadnienie zawierała informacja, o której mowa w art. 253 ust. 1, której nie dotyczyło odwołanie. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców". Skoro istniała, przesłana w trybie Ustawy i skierowana do wykonawcy informacja zawierająca dane, których istnienie stało się podstawą zarzutu zaniechania ich wskazania to oparcie zarzutu na innej informacji nie jest wystarczające dla wykazania zaniechania. Pozostałe zarzuty formułowane były w następstwie podstawowego dotyczącego zaniechania wskazania podstawy prawnej i uzasadnienia odrzucenia i miały charakter ogólnikowy. Stąd odwołanie podlegało oddaleniu. To rolą odwołującego jest zakreślenie podstaw faktycznych zarzutów, zgodnych z rzeczywistym przebiegiem postępowania i zbudowanie w oparciu o nie zarzutu naruszenia przepisów. Zarzut musi być skonkretyzowany, zarówno co do czynności podlegającej zaskarżeniu jak i wskazaniu na czym konkretnie uchybienie polegało. Odwołanie, wobec leżącego u jego podstawy błędu, co do czynności podjętych przez zamawiającego nie mogło zostać uwzględnione.

W niniejszej sprawie odwołanie opierało się na twierdzeniach dotyczących rozstrzygnięcia postępowania dokonanego przez zamawiającego w kształcie i treści określonych informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej kierowanej do wszystkich wykonawców opublikowanej na stronie postępowania, nie zawierającej informacji co do podstawy prawnej i uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego. Podstawę prawną i uzasadnienie odrzucenia oferty zawierała przekazana

zaś odwołującemu w trybie art. 253 ust. 1 Pzp informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej kierowana i przesłana bezpośrednio do wszystkich wykonawców, z której treścią odwołujący zapoznał się dopiero w toku postępowania odwoławczego. Kwestia skuteczności przekazania obu informacji nie była sporna.

W zakresie zaniechania wezwania do uzupełnienia lub poprawienia oferty art. 128 ust. 1 Pzp oraz braku istnienia przesłanek do odrzucenia oferty izba stwierdza, że zarzuty nie mogą być zmienione ani rozszerzone po upływie terminu złożenia odwołania.

Odwołujący nie udowodnił zasadności twierdzeń, na których oparł zarzuty, mylnie ocenił stan faktyczny sprawy.

Izba na marginesie wskazuje, że ilość błędów oferty wykonawcy stwierdzonych w toku postępowania nie jest sama przez się uzasadnieniem dla odstąpienia od uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty. Uzasadnienie dawać bowiem powinno wykonawcy wiedzę o tym, z jakimi warunkami postępowania jego oferta jest niezgodna. Badanie ewentualnego zaniechania przytoczenia w uzasadnieniu odrzucenia oferty wyszczególnienia lub rodzaju sprzeczności jej treści z SWZ (zweryfikowanych i wskazanych przez zamawiającego szczegółowo w dokumentach postępowania) pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie wobec zakresu zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:……...