

POSTANOWENIE

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego **15 lipca 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **26 czerwca 2024 r.**

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie odwołania jako wspólnicy spółki cywilnej: **CELLPOL S.C. G.Ł., M.Ł., Poznań** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usługi Centralnego Wydruku w Izbie Administracji Skarbowej w Poznaniu oraz jednostkach jej podległych* (3001-ILZ.260.9.2024)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu** [„Zamawiający”]

przy udziale uczestników po stronie Zamawiającego:

AGALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze

B.Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu i żądania odwołania wycofanych przez Odwołujących.

2.Odrzuca odwołanie w pozostałym zakresie.

3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża solidarnie Odwołujących i:

- 1)zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczonego przez Odwołujących wpisu od odwołania oraz łącznie kwotę 726 zł 80 gr** (słownie: siedemset dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt groszy) **uzasadnionych kosztów Zamawiającego,**
- 2)zasądza solidarnie od Odwołujących na rzecz Zamawiającego kwotę 726 zł 80 gr** (słownie: siedemset dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt groszy).

Na niniejsze 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.**

Uzasadnienie

Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu{dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Świadczenie usługi Centralnego Wydruku w Izbie Administracji Skarbowej w Poznaniu oraz jednostkach jej podległych*(3001-ILZ.260.9.2024). Ogłoszenie o tym zamówieniu 22 maja 2024 r. zostało zamieszczona w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 98 pod poz. 299451. Wartość tego zamówienia jest wyższa niż progi unijne.

26 czerwca 2024 r. przedsiębiorcy G.Ł. i M.Ł. z Poznania jako wspólnicy spółki cywilnej CELLPOL {dalej: „Wspólnicy Cellpolu” lub „Odwołujący”} wnieśli odwołanie wobec zmian treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”}, z 17,18 i 21 czerwca 2024 r., które polegały na:

- 1)sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezwiązany z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, w szczególności przez ograniczenie wieku urządzeń do tych wyprodukowanych w 2023 r. i nowszych, w sytuacji gdy jest to nieweryfikowalne, przy jednoczesnym zaniechaniu wprowadzenia parametru stopnia wyeksploatowania urządzeń, co skutkuje brakiem możliwości złożenia porównywalnych ofert w postępowaniu i narusza uczciwą konkurencję;
- 2)wykreśleniu 21 czerwca 2024 r., w ramach odpowiedzi na pytanie nr 3, w pkt 7 Wykaz oświadczeń, podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, lit. B Przedmiotowe środki dowodowe, pkt 1 SWZ (str. 29) oraz w załączniku nr 3 do SWZ wymogu złożenia oświadczenia producenta urządzeń drukujących oraz producenta systemu zarządzania i druku podążającego oraz producenta serwerów o spełnieniu wymagań określonych przez Zamawiającego, co czyni badanie ofert iluzorycznym, gdyż będzie opierało się wyłącznie na nieweryfikowalnych oświadczeniach wykonawców;
- 3)zaniechaniu żądania w ramach przedmiotowych środków dowodowych dla urządzeń używanych stanu liczników

wydrukowanych stron wygenerowanego przez te urządzenia oraz kart katalogowych tych urządzeń, z których wynikać deklarowana przez ich producentów maksymalna liczba możliwych do wydrukowania stron;

4)zaniechaniu wprowadzenia podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp;

5)wprowadzeniu postanowień naruszających uczciwą konkurencję oraz opisujących przedmiot zamówienia w sposób sprzeczny z pzp oraz niezgodny z wnioskami zawartymi w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu z 3 czerwca 2024 r.;

6)odmowie przekazania Odwołującym treści pisma, w którym Zamawiający uznał w części odwołanie z 3 czerwca 2024 r., w związku z czym Odwołujący nie wiedzą, czym kierował się Zamawiający dokonując powyżej wskazanych zmian, a także, które z tych zmian są wynikiem odpowiedzi na pytania wykonawców, a które wynikają z uwzględnienia odwołania.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1.Art. 16 w zw. z art. 17 i art. 99 – przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad równości wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż opis przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny i wyczerpujący i nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, co stanowi również naruszenie zasad przejrzystości i proporcjonalności, albowiem wprowadzenie określonego wieku urządzeń bez dodatkowych wymogów, w szczególności stopnia wyeksploatowania urządzeń (np. wskaźnika procentowego maksymalnej liczby stron), prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy będą mogli przedstawić urządzenia w dowolnym wieku i stanie wyeksploatowania, czego nie będzie można w żaden sposób zweryfikować.

2.Art. 16 w zw. z art. 17 i art. 99 – przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad równości i uczciwej konkurencji, gdyż opis przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny i wyczerpujący i nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, co stanowi również naruszenie zasad przejrzystości i proporcjonalności, albowiem usunięcie wymogu przedstawienia oświadczeń producentów odnośnie wieku i parametrów urządzeń jako przedmiotowych środków dowodowych pozbawia możliwości zbadania poprawności przedmiotu złożonych ofert.

3.Art. 17 ust 1 – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uzyskanie najlepszych efektów w stosunku do poniesionych nakładów, albowiem określenie roku produkcji urządzenia dla MFP dostępnych na rynku nie jest mierzalna, zaś parametrem takim jest stopień wyeksploatowania, który nie został wprowadzony.

4.Art. 18 w zw. z art. 74 w zw. z art. 137 w zw. z art. 17 – przez zaniechanie przekazania Odwołującym i opublikowania na stronie internetowej dotyczącej postępowania treści odpowiedzi na odwołanie wniesione 3 czerwca 2024 r., w związku z czym Odwołujący nie mają wiedzy, które ze zmian są wynikiem odpowiedzi na pytania wykonawców, a które wynikają z uwzględnienia odwołania, co ma wpływ na możliwość i zakres składanych środków zaskarżenia, a w konsekwencji na dochowanie zasad przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

5.Art. 16 w zw. art. 522 ust. 1 – przez zmiany dokumentów zamówienia w sposób niezgodny z żądaniami zgłoszonymi w uwzględnionym odwołaniu z 3 czerwca 2024 r., co spowodowało, że zamiast wprowadzenia postanowień mających zapewnić ochronę interesów Zamawiającego, wprowadzone zostały postanowienia, które powodują, że nie jest możliwe złożenie porównywalnych ofert oraz ich weryfikacja pod kątem ich zgodności z opisem przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniesli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1)poniższych zmian ogłoszenia o zamówieniu lub SWZ, w tym OPZ:

a)zmiany brzmienia pkt 2.2 załącznika nr 1 z: *Zamawiający dopuszcza urządzenia fabrycznie nowe jak i używane wyprodukowane nie wcześniej niż w 2023 roku pod warunkiem, że urządzenia te będą całkowicie sprawne technicznie* – na: *Zamawiający dopuszcza urządzenia fabrycznie nowe jak i używane pod warunkiem, że urządzenia te będą całkowicie sprawne technicznie i będą posiadały przebiegi nie większe niż 50% żywotności deklarowanej w kartach katalogowych przez ich producentów, która to żywotność rozumiana jest jako maksymalna ilość możliwych wydruków do wykonania przez urządzenie obliczanych na podstawie wartości liczników wydruków, lub na: Zamawiający dopuszcza urządzenia fabrycznie nowe jak i używane pod warunkiem, że urządzenia te będą całkowicie sprawne technicznie i będą posiadały przebiegi nie większe niż 100% ich żywotności, liczonej według wzoru: 36 miesięcy x (średni miesięczny nakład wynikający z zamówienia podstawowego i prawa opcji) + aktualny przebieg urządzenia; lub na: Zamawiający dopuszcza urządzenia fabrycznie nowe* [ostania alternatywa zgłoszona w piśmie procesowym Odwołujących z 15 lipca 2024 r.];

b)zmiany brzmienia załącznika nr 3 – Inne wymagania z: *Urządzenie wyprodukowane nie wcześniej niż w 2023 r.* – na: *Aktualny na dzień złożenia oferty przebieg urządzenia zgodny z wartością licznika wydruków urządzenia / deklarowana maksymalna ilość wydruków możliwych do wykonania przez urządzenie;*

c)zażądania w ramach przedmiotowych środków dowodowych dla urządzeń używanych stanu liczników wydrukowanych stron wygenerowanego przez te urządzenia oraz kart katalogowych tych urządzeń, z których wynikać deklarowana przez ich producentów maksymalna liczba możliwych do wydrukowania stron, a w razie

niemożności złożenia tych ostatnich, jednoznacznego oświadczenia producenta w tym zakresie;

d) przywrócenia w pkt 7 Wykaz oświadczeń, podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, lit. B Przedmiotowe środki dowodowe pkt 1 (str. 29 SWZ) oraz w Załączniku nr 3 do SWZ wymogu złożenia oświadczenia producenta urządzeń drukujących oraz producenta systemu zarządzania i druku podążającego oraz producenta serwerów o spełnieniu wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie, w jakim oświadczenia te były wymagane przed zmianą SWZ;

e) [ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosków z lit. a)-d)] precyzyjnego wskazania sposobu weryfikacji na etapie badania ofert (tj. przed zawarciem umowy) wymogu dotyczącego wieku urządzenia jako polegającego na obowiązku przedłożenia odpowiednich dokumentów od producentów (kart katalogowych, oświadczeń, potwierdzeń prawdziwości naklejek dotyczących wieku urządzeń) [po uwzględnieniu doprecyzowania żądania w piśmie procesowym Odwołujących z 15 lipca 2024 r.];

f) wprowadzenia podstaw wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 pzp.

2) przekazania Odwołującemu odpowiedzi na odwołanie wniesione 3 czerwca 2024 r.

Według Odwołujących ponieważ zmiany SWZ zostały opublikowane 17, 18 i 21 czerwca 2024 r., dochowali – jak to określili – najwcześniejszego terminu na wniesienie odwołania, który upływa 27 czerwca 2024 r.

W odpowiedzi na odwołanie z 12 lipca 2024 r. Zamawiający wniosł kolejno o:

1. W pierwszej kolejności – oddalenie odwołania w całości bez rozpatrywania zarzutów z uwagi na brak wykazania przez Odwołujących łącznego spełnienia przesłanek interesu we wniesieniu odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 pzp.

2. W razie nieuwzględnienia powyższego wniosku odpowiednio:

1) odrzucenie odwołania w zakresie pkt 1) lit. a), b) listy żądań i zarzutów naruszenia przepisów ustawy pzp: art. 16 w zw. z art. 17 i art. 99, art. 17 ust. 1 oraz art. 16 w zw. z art. 522 ust. 1 – na podstawie art. 528 pkt 5 w zw. z art. 527 ustawy pzp, jako dotyczących zapisów, które Zamawiający wprowadził do dokumentacji postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów przedstawionych w odwołaniu poprzednio wniesionym 3 czerwca 2024 r. przez innego wykonawcę;

2) odrzucenie odwołania w zakresie pkt 1) lit. c), e) listy żądań i zarzutu naruszenia art. 16 w zw. z art. 106 ustawy pzp na podstawie art. 528 pkt 5 w zw. z art. 527 ustawy pzp, co jednak dalej zostało określone jako wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na niedopuszczalność tych żądań jako dotyczących zmian SWZ dokonanych w wyniku wspomnianego powyżej uwzględnienia odwołania;

3) odrzucenie odwołania w zakresie pkt 1) lit. f) listy żądań na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp, jako spóźnionego z uwagi na upływ terminu wskazanego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy pzp;

4) odrzucenie odwołania w zakresie pkt 2) listy żądań i pkt 4) listy zarzutów na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy pzp z uwagi na to, że żaden przepis ustawy pzp (w tym art. 18 w zw. z art. 74 w zw. z art. 137 w zw. z art. 17) nie zobowiązuje Zamawiającego do przekazania Odwołującym odpowiedzi, której Zamawiający udzielił na inne odwołanie w toku postępowania odwoławczego, którego nie byli oni uczestnikami;

5) oddalenie odwołania w zakresie pkt 1) lit d) listy żądań [związanego z pkt 2) listy zarzutów], gdyż skarżona zmiana nie stanowiła ingerencji w katalog przedmiotowych środków dowodowych, który się nie zmienił od wszczęcia postępowania i obejmuje wyłącznie złożenie załącznika nr 3 do SWZ), a polegała jedynie na wykreśleniu zapisów omyłkowo wprowadzonych do SWZ

3. Oddalenie odwołania w całości z powodu merytorycznej niezasadności wszystkich zarzutów.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Pierwotne brzmienie pkt 2.2 załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia: *Zamawiający dopuszcza urządzenia fabrycznie nowe jak i używane pod warunkiem, że urządzenia te będą całkowicie sprawne technicznie.*

Wspólnicy Cellpolu, którzy aktualnie świadczą na rzecz Zamawiającego usługi objęte przedmiotem tego zamówienia, ani nie zakwestionowali powyższego postanowienia przez wniesienie własnego odwołania czy przez przystąpienie do odwołania innego wykonawcy, ani nie przeciwdziałali zmianie tego postanowienia przez przystąpienie po stronie Zamawiającego.

W datowanej na 18 czerwca 2024 r. odpowiedzi na odwołanie wniesione 3 czerwca 2024 r. przez GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze {dalej: „Galaxy” lub „Przystępujący”} Zamawiający przedstawił jako sposób uwzględnienia zarzutu z pkt 2. uzasadnienia odwołania:

a) *wprowadzenie zmiany w pkt 2 ust. 2.2 zał. nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, który otrzymuje brzmienie: „2.2. Zamawiający dopuszcza urządzenia fabrycznie nowe jak i używane, wyprodukowane nie wcześniej niż w 2023 roku, pod warunkiem, że urządzenia te będą całkowicie sprawne technicznie”.*

b) *wprowadzenie zmiany w pkt 5 ust. 5.8 zał. nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, który otrzymuje brzmienie: „5.8. Przez weryfikację jakości wydruku Zamawiający rozumie między innymi: 5.8.1. brak zabrudzeń tonerem, 5.8.2. wysoka*

jakość wydruku, bez problemów z rozmazaniem czy nierównomiernością pokrycia, 5.8.3. brak smug i przerw pomiędzy tekstem, 5.8.4. brak smug i przerw w tle, 5.8.5. brak zabrudzeń po rolkach na wydruku, 5.8.6. brak odcisniętych rolek na wydrukach, 5.8.7. brak zagięć papieru”.

Powyższe zmiany zostały przez Zamawiającego wprowadzone pismem pn. „Wyjaśnienia i modyfikacja treści SWZ z dnia 17 czerwca 2024 r.”, które również załączył do odpowiedzi na odwołanie Galaxy.

Postanowieniem z 25 czerwca 2024 r. sygn. akt KIO 1962/24 Izba umorzyła postępowanie odwoławcze wywołane wniesieniem poprzedniego odwołania wniesionego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak wynika z uzasadnienia tego przeczenia, ponieważ Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości a do postępowania odwoławczego po jego stronie nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, mając na uwadze m.in. powyższe okoliczności faktyczne, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy pzp.

Niesporne było, że Zamawiający uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 524 ustawy pzp, czyli przesłał niezwłocznie, tj. 5 czerwca 2024 r. kopię odwołania Galaxy innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz tego samego dnia zamieścił ją również na stronie internetowej niniejszego postępowania, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W konsekwencji nieuczestniczenia w poprzednim postępowaniu odwoławczym we wniesionym 26 czerwca 2024 r. odwołaniu Wspólnicy Cellpolu nie byli w stanie ani sprecyzować, na czym miałyby polegać nieuczynienie przez Zamawiającego zadość żądaniu poprzedniego odwołania [patrz pkt 5) i 5. powyżej, które nie znalazły żadnego rozwinięcia w uzasadnieniu odwołania], ani zakwestionować powyższego postanowienia Izby w drodze skargi. Paradoksalnie najlepszym tego dowodem jest zawarcie w odwołaniu zarzutu nieudostępnienia odpowiedzi na poprzednie odwołanie [patrz pkt 6) i 4. powyżej], ostatecznie wycofanego na posiedzeniu 15 lipca 2024 r.

Udostępniona 22 maja 2024 r. SWZ w pkt 7 Wykaz oświadczeń, podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, w części tabeli opatrzonej nagłówkiem „B. Przedmiotowe środki dowodowe”, zawierała tylko jedną pozycję, oznaczoną jako „lp. 1”, gdzie w kolumnie „Wymagany dokument” wpisano: *Zestawienie zawierające określenie parametrów funkcjonalno-technicznych oferowanych urządzeń i serwerów CW oraz nazwę oferowanego systemu zarządzania i druku podążającego, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ.* Załącznik ten obejmuje tabele specyfikacji technicznych, w których wykonawca ma zarówno podać modele urządzeń drukujących pięciu typów (kategorii), nazwę oprogramowania dla systemu zarządzania i druku podążającego oraz liczbę serwerów CW, jak i potwierdzić spełnianie przez nie odpowiednio minimalnych parametrów lub wymagań funkcjonalnych, przez odpowiednio podanie stosownych danych lub wstawienie słowa „Tak”, co poprzedzone jest gotowym do podpisania oświadczeniem, którego istota sprowadza się właśnie do potwierdzenia przez wykonawcę zgodności oferowanych urządzeń i oprogramowania z opisem przedmiotu zamówienia.

W piśmie pn. „Wyjaśnienia i modyfikacja treści SWZ z dnia 21 czerwca 2024 r.” Zamawiający zarówno wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie nr 3 wątpliwość powziętą przez wykonawcę, jak i usunął jej źródło w załączonej skorygowanej treści SWZ, co polegało przede wszystkim na wykreśleniu z kolumny „Uwagi” wspomnianej powyżej tabeli tych zapisów odnoszących się do elektronicznej formy złożenia wypełnionego załącznika nr 3 do SWZ, które w sposób oderwany od treści zamieszczonego tam wzoru uwzględniały również opcję podpisania przez producenta urządzenia lub jego przedstawiciela.

Na rozprawie Odwołujący wycofali zarzut z pkt 4. listy zarzutów, a tym samym odstąpili od skorelowanego z nim żądania z pkt 2) listy żądań.

Poza wszelkim sporem jest fakt, że w udostępnionej 22 maja 2024 r. SWZ Zamawiający nie przewidział stosowania w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp i ten stan rzeczy nie uległ zmianie.

Reasumując, wszystkie podtrzymane zarzuty i żądania odwołania wniesionego przez Wspólników Cellpolu albo mogły być postawione w odniesieniu do treści SWZ udostępnionej przez Zamawiającego 22 maja 2024 r., albo polegają na kwestionowaniu zmian treści SWZ wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku uwzględnienia w całości poprzedniego odwołania. Niezależnie od tego zarzut i żądanie dotyczące przedmiotowych środków dowodowych są też bezprzedmiotowe, gdyż w rzeczywistości SWZ nigdy nie określała wymogu złożenia oświadczenia producentów urządzeń, które miałyby potwierdzać treść oferty, a zatem nie ma czego przywracać.

Konieczne stało się także zaznaczenie, że okoliczności faktyczne i prawne podniesione przez Odwołujących dopiero w piśmie procesowym z 15 lipca 2024 r., nie mogły być wzięte pod uwagę z uwagi na specyfikę postępowania odwoławczego wynikającą z uregulowania zawartego w art. 555 ustawy pzp (poprzednio w art. 192 ust. 7 ustawy pzp z 2004 r.), zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Innymi słowy niezależnie od wskazywanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności), jedynie przez

pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp.

Jak to trafnie wywiodła Izba w uzasadnieniu wyroku z 9 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1142/23]: *Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7-10 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść.*

Takie stanowisko jest konsekwentnie prezentowane przez Izbę. *Wskazanie nowych faktów, nawet wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu pzp, jest uznawane za nowy zarzut [z uzasadnienia wyroku z 13 marca 2023 r. sygn. akt KIO 291/23]. Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów (art. 555 Prawa zamówień publicznych). Zarzut składa się z podstawy prawnej – wskazania przepisu, który został naruszony, i podstawy faktycznej, tj. okoliczności, które mogłyby być rozpatrywane przez Izbę w kontekście ewentualnego naruszenia przepisu ustawy. Podniesiony zarzut musi być skonkretyzowany [z uzasadnienia wyroku z 22 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 360/23]. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że postępowanie odwoławcze nie służy uzupełnianiu treści odwołania. Skoro rozstrzygnięcie odwołania winno ograniczać się do zarzutów zawartych w odwołaniu to mnożenie okoliczności faktycznych i prawnych w toku postępowania odwoławczego, należy uznać za rozszerzenie przedmiotu odwołania nie zaś za uzasadnienie zarzutów sformułowanych w odwołaniu [z uzasadnienia wyroku z 5 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2690/13].*

Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie, który jako Sąd Zamówień Publicznych rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23 wywiódł, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem, a zatem w zakresie niespornym jest niedopuszczalne. Również orzekanie co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Reasumując, podniesione w piśmie procesowym po upływie terminu na wniesienie odwołania nowe okoliczności faktyczne i prawne na mocy art. 555 pzp nie mogły być wzięte pod uwagę. Nie ma zatem znaczenia, czy gdyby zostały zawarte w odwołaniu wynik sprawy mógłby być inny.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Art. 520 ust. 1 ustawy pzp stanowi, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Jednocześnie według art. 520 ust. 2 pzp cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Wreszcie art. 568 pkt 1 pzp stanowi, że Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Przywołane przepisy mają odpowiednie zastosowanie do sytuacji, w której odwołujący wycofuje odwołanie w części, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie.

Z uwagi na powyższe Izba orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Z kolei z art. 528 ustawy pzp wynika, że Izba odrzuca odwołanie m.in. w następujących sytuacjach:

- odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu [pkt 5 *in fine*];
- odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony [pkt 2], przy czym w szczególności z art. 527 ustawy pzp wynika, że na czynność zamawiającego, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej;
- odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie [pkt 3], przy czym według 515 ust. 2 pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

W rozpoznawanej sprawie ustalone powyżej okoliczności odpowiadają hipotezą norm wynikających z przywołanych powyżej przepisów.

W pierwszej kolejności rozpoznawane odwołanie wypełnia hipotezę normy z art. 528 pkt 5 ustawy pzp, a w konsekwencji również normy z art. 528 pkt 2 w zw. z art. 527 pzp, co powoduje, że Izba zgodnie z dyspozycją tych norm obowiązana była do odrzucenia odwołania.

Jak trafnie wskazuje się w doktrynie za orzecznictwem, z art. 528 pkt 5 ustawy pzp wynika przedmiotowa negatywna przesłanka procesowa, która wiąże się z zasadą koncentracji postępowania odwoławczego i oznacza, że dana czynność zamawiającego nie może być dwukrotnie zaskarżana przez wykonawcę. Innymi słowy art. 528 pkt 5 pzp reguluje instytucję związania ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania wszystkich wykonawców, którzy mają możliwość przyłączenia się do odwołania. Konsekwencją powyższego unormowania jest obowiązek odrzucenia na posiedzeniu niejawnym odwołania, które dotyczy czynności zamawiającego, dokonanej zgodnie z treścią wyroku Izby [zob. *P. Granecki, I. Granecka*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021 i powołane tam postanowienia Izby, w tym z: 4 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 160/11, 9 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 157/11].

Artykuł 528 pkt 5 i art. 527 ustawy pzp stanowią urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), która ma zapobiegać ponownemu prowadzeniu sporu w tej samej sprawie [zob. uzasadnienie postanowienia Izby z 15 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 317/21].

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy Odwołujących, który zaniechali uczestnictwa w poprzedniej sprawie odwoławczej należy poczytać za podmiot nieuprawniony do kwestionowania postanowień SWZ zmienionych na skutek uwzględnienia poprzedniego odwołania, a wniesione przez nich odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 i 5 w zw. z art. 527 ustawy pzp.

Z kolei w zakresie zarzutów i żądań zmierzających *de facto* do zmiany warunków zamówienia wynikających już z pierwotnie udostępnionej SWZ podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt w zw. z art. 515 ust. 2 pzp, jako podniesione po upływie 10-dniowego terminu od tego zdarzenia.

Zgodnie z 529 ust. 1 ustawy pzp Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. Przy czym art. 529 ust 2 pzp stanowi, że Izba, jeżeli uzna to za konieczne, może dopuścić do udziału w posiedzeniu strony. Wreszcie według art. 530 ustawy pzp w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na rozprawę. *A contrario*, jeżeli zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, co do zasady sprawa zostać zakończona bez przeprowadzania rozprawy, czyli właśnie na posiedzeniu niejawnym. Nie oznacza to jednak, że skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie i jej przeprowadzenie, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, stoi na przeszkodzie wydaniu postanowienia o odrzuceniu odwołania.

Z uwagi na powyższe Izba orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu kosztów dojazdu w związku z wyznaczonym posiedzeniem, potwierdzone złożonym spisem kosztów wraz z fakturą, orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 8 ust. 1 i § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b, d Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437), obciążając nimi Odwołującego.