

WYROK

Warszawa, dnia 20 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Krzysztof Sroczyński
Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Szycie 24H spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej przy ul. Sobieskiego 164/1 (43-300 Bielsko-Biała), BOGMAR BB spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Bielsku-Białej przy ul. Jana III Sobieskiego 160 (43-300 Bielsko-Biała) oraz Trawena spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie przy ul. Krakowskie Przedmieście 6 (20-006 Lublin) w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – 4 Regionalną Bazę Logistyczną z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Pretficza 28 (50-984 Wrocław)

przy udziale:

1. uczestników po stronie odwołującego:

A. wykonawcy J.N., Siuda spółki jawnej z siedzibą w Łodzi przy ul. Brukowej 10 (91-341 Łódź);

B. wykonawcy KREATOR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Toruniu przy ul. Bolesława Chrobrego 97 (87-100 Toruń);

2. uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy M.B. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kostrzynie przy ul. Cmentarnej 6 (62-025 Kostrzyn)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Szycie 24H spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej, BOGMAR BB spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową

z siedzibą w Bielsku-Białej oraz Trawena spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Lublinie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez ww. wykonawcę 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.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 722/24

Uzasadnienie

Skarb Państwa – 4 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą we Wrocławiu zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Dostawy przedmiotów umundurowania i wyekwipowania: koszulek polowych wzór 304A/MONO* o numerze: MAT/247/KŁ/2023, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 października 2023 r. pod numerem 2023/S 194-607610.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 4 marca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Szycie 24H Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej, BOGMAR BB Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Bielsku-Białej oraz Trawena Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 ust. 1 Pzp przez nieuwzględnienie obowiązków z jego treści płynących i przeprowadzenie postępowania w sposób niespełniający zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania;
2) art. 17 ust 1 i 2 Pzp rzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie gwarantuje jego wykonania go w sposób najlepszej jakości oraz najlepszych efektów w szczególności gospodarczych względem zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- unieważnienie podjętych przez zamawiającego czynności i w postępowaniu z uwagi na fakt, że wybrane w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu;
- ponowne przeprowadzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający mimo pytań i sugestii wykonawców nie zawarł w SWZ podstaw wykluczenia niesolidnych wykonawców na podstawie art 109 ust. 5 i 7 Pzp, wskazując jedynie jako obowiązujące podstawy wykluczenia wykonawców ograniczenia bezwzględnie wymagane prawem. W dalszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że w dniu 21 lutego 2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty zgodnie z którą wybrał ofertę wykonawcy Milena-Bis Sp.

z o. o. uznając ją za najkorzystniejszą pomijając fakt iż ledwo ponad dwa miesiące wcześniej w dniu 8 grudnia wypowiedział umowę nr 173/2003 zawartą w ramach zamówienia publicznego nr MAT/59/KŁ/2023 z winy wykonawcy Milena Bis Sp. z o.o.

W ocenie odwołującego zamawiający dopuścił się naruszenia artykuły 16 ust 1 Pzp z uwagi na ograniczenie konkurencyjności przez przygotowanie SWZ z pominięciem fakultatywnych przesłanek do wykluczenia wykonawcy, poprzez jednoczesne dopuszczenie wykonawców realizujących zamówienia w sposób nierzetelny co stanowiło istotne narażenie interesu Skarbu Państwa. Działanie to w opinii odwołującego miało ograniczać konkurencyjność wykonawców, którzy realizują swoje zamówienia odpowiedzialnie i skutecznie szacując wyceny w taki sposób aby zamówienia zawsze były realizowane w należyty sposób w zgodzie z interesem Skarbu Państwa oraz normami społeczno-gospodarczymi.

Ponadto odwołujący stwierdził, że zamawiający rezygnując z fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawców dopuścił się naruszenia art 17 ust. 1 i 2 Pzp polegającego na zorganizowaniu i przeprowadzeniu postępowania bez starań o uzyskania efektu najlepszej dostawy usług oraz najlepszego efektu społeczno-gospodarczego, na który nacisk stawia Pzp. Zdaniem odwołującego zamawiający powierzając realizację zamówienia podmiotowi wobec którego zachodzą uzasadnione wątpliwości wskazując na wysokie prawdopodobieństwo niezrealizowania zamówienia w należyty sposób z narażeniem krytycznej struktury obronnej Państwa, działał na szkodę Skarbu Państwa, własną oraz wykonawców którzy w sposób rzetelny realizują zamówienia od wielu lat. Działaniem tym zamawiający miał w ocenie odwołującego wprost lekceważyć swoje nadrzędne obowiązki i cele.

Zgodnie z powyższym, w przekonaniu odwołującego, że względu na naruszenie przez zamawiającego art 16 Pzp oraz art 17 ust. 1 i 2 Pzp, zamawiający dokonał w dniu 21 lutego 2024 r. wyboru oferty wykonawcy Milena-Bis Sp. z o.o. wobec którego zachodzą uzasadnione podejrzenia do zrealizowania zamówienia nr MAT/247/KŁ/2023 w sposób nierzetelny. W związku z tym odwołujący złożył odwołanie i wnioskował o ponowne przeprowadzenie postępowania na podstawie art 554 ust 1 i 3 pkt. 1 lit. a i b Pzp w związku z art 554 ust 1 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy: J.N., Siuda Sp. j. z siedzibą w Łodzi oraz KREATOR Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Toruniu, a po stronie zamawiającego wykonawca M.B. Sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie.

W dniu 19 marca 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosków o odrzucenie odwołania w całości lub z ostrożności o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 18 marca 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego złożył pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację dla wniosku o odrzucenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez wykonawców:

- J.N., Siuda Sp. j. z siedzibą w Łodzi do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;
- KREATOR Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Toruniu do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;
- M.B. Sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie (zwanego dalej jako: „wykonawca M.B.”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Tym samym Izba nie uwzględniła wniosków zamawiającego i przystępującego M.B. o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp. Zarówno zamawiający jak i przystępujący zwracali uwagę, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Powyższe twierdzenie związane było z argumentacją odnoszącą się do tego, że zdaniem obu powyżej wskazanych podmiotów, z uzasadnienia odwołania wynikało, iż przedmiotem zarzutów była treść SWZ, w której pomimo pytań i sugestii wykonawców zamawiający nie zawarł fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawców określonych w art. 109 ust.1 pkt. 5 i 7 Pzp. Tym samym, w ocenie wnioskujących, termin na wniesienie odwołania należało liczyć do momentu publikacji ogłoszenia o zamówieniu tj. od dnia 9 października 2023 r. lub w ostateczności od momentu opublikowania odpowiedzi na pytanie dotyczące powyżej wskazanych fakultatywnych przesłanek wykluczenia tj. od dnia 12 stycznia 2024 r. W związku z tym termin na wniesienie odwołania dla materii objętej odwołaniem miał ostatecznie upłynąć 22 stycznia 2024 r., co powinno skutkować uznaniem odwołania wniesionego w przedmiotowej sprawie w dniu 4 marca 2024 r. za złożone po terminie wskazanym w art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Rozpoznając wniosek o odrzucenie odwołania Izba zwróciła uwagę, że w przedmiotowej sprawie należało odróżnić kwestię czynności, co do której wniesiono odwołanie od argumentacji odwołującego przedstawionej dla poparcia zarzutów odwołania. W ocenie składu orzekającego z treści odwołania można było ostatecznie wywnioskować, że odwołanie dotyczyło czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Wszak odwołujący podniósł

w odwołaniu, że *Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy Milena-Bis Sp. z o. o. wobec którego zachodzą uzasadnione podejrzenia do zrealizowania zamówienia nr MAT/247/KŁ/2023 w sposób nierzetelny. Wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w dniu 21 lutego 2024 r., zatem wniesienie odwołania w dniu 4 marca 2024 r. nastąpiło w terminie przewidzianym w art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp, który w tej sytuacji miał zastosowanie dla sposobu liczenia terminu na wniesienie odwołania z uwzględnieniem reguły określonej w art. 509 ust. 2 Pzp. Ponadto na potrzeby rozpoznania wniosku o odrzucenie odwołania nie miała znaczenia argumentacja odwołującego podniesiona w celu poparcia zarzutów odwołania. Zamawiający oraz przystępujący uzasadniali swoje wnioski o odrzucenie odwołania, odnosząc się do argumentacji odwołującego zmierzającej do wykazania zasadności przedstawionych zarzutów. Ocena przyjętej przez odwołującego argumentacji, przesądzenie jej zasadności czy właściwego doboru argumentów powinna mieć miejsce po merytorycznym rozpoznaniu sprawy, co wymagało skierowania odwołania na rozprawę.*

Z powyżej wskazanych względów Izba uznała, że odwołanie nie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 15 marca 2024 r. oraz załączoną do odwołania (z uwzględnieniem wniosku uzupełniającego złożonego przez odwołującego w dniu 5 marca 2024 r.) w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ”);
- wyjaśnienia i zmianę treści SWZ opublikowaną w dniu 12 stycznia 2024 r.;
- oferty złożone w postępowaniu;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 21 lutego 2024 r.;

2) dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego:

- kopię wyroku z dnia 12 lutego 2024 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1198/23;
- zestaw dokumentów związanych z wykonaniem wcześniejszych umów przez wykonawcę MILENA-BIS;

- referencje z dnia 19 lutego 2024 r. wystawione przez zamawiającego, wykonawcy MILENA-BIS.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający podzielił zamówienie na 3 części.

W rozdziale 5 SWZ zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia. Podstawy wykluczenia zostały opisane w pkt 5.2 ppkt 1) SWZ. W tej pozycji SWZ zamawiający wskazał:

1) Zamawiający z udziału w postępowaniu wykluczy wykonawcę, wobec którego zachodzi, co najmniej jedna z przesłanek określonych w art. 108 ust 1 ustawy Pzp.

W dniu 13 grudnia 2023 r. jeden z wykonawców zwrócił się do zamawiającego z pytaniem o następującej treści:

Czy Zamawiający przewiduje możliwość wykluczenia ewentualnych Wykonawców

z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7? Dopuszczenie do udziału

w postępowaniu Wykonawców, którzy poważnie naruszyli obowiązki zawodowe lub z którymi Zamawiający był zmuszony wypowiedzieć umowę ze względu na znaczne niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszych zobowiązań umownych (szczególnie jeśli jest to Wykonawca, który nienależycie wykonywał umowę na dostawę PUiW), powoduje duże zagrożenie przyszłego wykonania ewentualnej umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania. Biorąc pod uwagę specyfikę zamówienia, które może powodować zagrożenie w postaci braku wyposażenia żołnierzy w podstawowe umundurowanie prosimy o rozważenie przez Zamawiającego umieszczenia zapisu o ww fakultatywnych przesłankach wykluczenia.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na powyższe pytanie w ramach wyjaśnienia i zmiany treści SWZ opublikowanej w dniu 12 stycznia 2024 r. W wyjaśnieniach tych powyżej zacytowane pytanie zostało oznaczone nr 11 i zamawiający udzielił na nie następującej odpowiedzi:

Odpowiedź:

Zamawiający nie przewiduje innych przesłanek wykluczenia Wykonawców, niż określone w SWZ.

SWZ pozostaje bez zmian w powyższym zakresie.

W dniu 21 lutego 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu odnośnie wszystkich trzech części zamówienia. W części 1 jako najkorzystniejszą, zamawiający wybrał ofertę wykonawcy KREATOR Sp. z o.o. Sp. K.

W części 2 i 3 jako najkorzystniejszą ofertę zamawiający wybrał ofertę wykonawcy M.B.. Oferta odwołującego w części 1 została sklasyfikowana na drugim miejscu, w części 2 na trzecim miejscu (za ofertami wykonawców M.B. i J.N. Siuda Sp. j.),

a w części 3 na drugim miejscu *ex aequo* z ofertą wykonawcy KREATOR Sp. z o.o. Sp. K.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

- art. 17 ust. 1 i 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że argumentacja odwołującego podniesiona w związku z poparciem zarzutów odwołania okazała się chybiona. Jej niezasadność wynikała z tego, że nie znalazła ona potwierdzenia w przepisach Pzp ponieważ już same zarzuty zostały postawione nieprawidłowo, uzasadnienie odwołania było bardzo lakoniczne i pozbawione właściwie konkretnych argumentów, a ponadto argumentacja zastosowana przez odwołującego w znacznej mierze była spóźniona oraz wykraczała poza zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W nawiązaniu do powyższego Izba w pierwszej kolejności wskazała, że okolicznością bardzo istotną w kontekście wniesienia odwołania jest prawidłowe sformułowanie zarzutów ponieważ okoliczność ta rzutuje na dalsze postępowanie i determinuje jego zakres. Jest to

o tyle istotne, że zgodnie z art. 555 Pzp Izbanie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Ponadto w celu prawidłowego podniesienia zarzutu w odwołaniu nie jest wystarczające samo powołanie podstawy prawnej, lecz przede wszystkim wskazanie

w odwołaniu kwestionowanej czynności lub zaniechania zamawiającego oraz związanych z nimi okoliczności faktycznych i prawnych przemawiających za słusnością twierdzeń odwołującego. Tym samym odwołanie, co do zasady nie powinno być oparte wyłącznie na zarzucie lub zarzutach naruszenia ogólnych zasad systemu zamówień publicznych. Nie można tracić z pola widzenia, że zasady te ulegają konkretyzacji na gruncie konkretnych przepisów Pzp, określających uprawnienia i obowiązki zamawiającego. Podniesienie w odwołaniu zarzutu naruszenia jednej z zasad ogólnych powinno być powiązane z zarzutem naruszenia konkretnego przepisu, określającego obowiązki zamawiającego. Powyżej wskazana argumentacja miała zastosowanie w przedmiotowej sprawie ponieważ odwołujący podniósł zarzuty, które odnosiły się wyłącznie do ogólnych zasad systemu zamówień publicznych określonych w art. 16 pkt 1 i 17 ust. 1 i 2 Pzp. Jak się ostatecznie okazało odwołujący dążył do podważenia wyboru najkorzystniejszej oferty w części 2 i 3 zamówienia oraz do wyeliminowania oferty wykonawcy M.B.. Przepisy Pzp regulują szczegółowo zarówno czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jak i określają sytuację wyeliminowania oferty wykonawcy z postępowania przez wskazanie enumeratywnego katalogu przesłanek odrzucenia oferty. Tym samym odwołujący konstruując zarzuty powinien podać i opisać również konkretne przepisy Pzp odnoszące się do danej czynności lub zaniechania oraz okoliczności faktyczne i prawne z nimi związane. Tymczasem treść odwołania ograniczała się wyłącznie do podkreślenia naruszeń związanych z zasadami systemu zamówień publicznych, co w okolicznościach przedmiotowej sprawy samo z siebie stanowiło o wadliwości podniesionych zarzutów i musiało prowadzić o oddalenia odwołania. Odwołanie zawierało przez to niewystarczające uzasadnienie prawne, ponieważ nie wskazywało stosownych przepisów, które miały być naruszone przez zamawiającego lub przepisów, które powinny mieć w tym stanie faktycznym zastosowanie.

Po drugie jakkolwiek Izba *summa summarum* nie odrzuciła odwołania, doszukując się w odwołaniu elementów kwestionujących wybór najkorzystniejszej oferty to analizując argumentację podaną w uzasadnieniu odwołania oraz na rozprawie, skład orzekający doszedł do przekonania, że była ona w znacznej mierze spóźniona. Całość w zasadzie argumentacji odwołującego odnosiła się do: nieprzewidzenia przez zamawiającego w postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp oraz zorganizowania i przeprowadzenia postępowania bez starań zmierzających do uzyskania efektu najlepszej dostawy usług i najlepszego efektu społeczno-gospodarczego. Po za tym odwołujący próbował podważać rzetelność wykonawcy M.B. wskazując, że jego zdaniem w stosunku do tego wykonawcy zachodzą uzasadnione podejrzenia zrealizowania zamówienia (którego dotyczyło odwołanie) w sposób nieodpowiadający potrzebom zamawiającego. Tym samym argumentacja odwołującego w znacznej mierze odnosiła się do okoliczności, która była znana odwołującemu najpóźniej 12 stycznia 2024 r., czyli do okoliczności niezastosowania przez zamawiającego fakultatywnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp. Jeżeli zdaniem odwołującego, zamawiający lekceważył swoje obowiązki i cele związane z tym postępowaniem to należało dać temu wyraz w odwołaniu na postanowienie SWZ w terminie 10 dni od opublikowania SWZ lub ostatecznie wyjaśnić treści SWZ z dnia 12 stycznia 2024 r., czego odwołujący nie uczynił. W związku z tym Izba uznała argumentację odwołującego podniesioną w przedmiotowym zakresie za spóźnioną.

Ponadto odwołujący nie przedstawił w zasadzie żadnego uzasadnienia prawnego ani faktycznego, które mogło przełożyć deklarowane przez niego twierdzenia na przedmiotowe postępowanie. Zamawiający szermując argumentami odnoszącymi się do deklarowanej nierzetelności wykonawcy M.B. nie był w stanie wskazać jakie zgodne z Pzp skutki prawne ta argumentacja powinna wywołać w okolicznościach tej sprawy. Wobec braku zastosowania fakultatywnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp w postępowaniu, argumentacja odwołującego zastosowana we wniesionym odwołaniu nie mogła prowadzić do podważenia wyboru najkorzystniejszej oferty w części 2 i 3 zamówienia oraz do wyeliminowania oferty wykonawcy M.B. w tych częściach.

W ocenie składu orzekającego odwołujący musiał zdawać sobie sprawę ze słabości swojej argumentacji ponieważ w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie był w stanie wskazać

w odwołaniu jakie konkretne przepisy stanowiłyby podstawę prawną dla unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty wykonawcy M.B. w częściach 2 i 3 zamówienia. Odwołujący najprawdopodobniej świadomie zrezygnował

w odwołaniu z powoływania się na konkretne przepisy materialne, przewidujące konieczność określonego zachowania się zamawiającego w danej, konkretnej sytuacji w ramach postępowania, ponieważ w gruncie rzeczy wiedział, że nie było żadnej podstawy prawnej do uwzględnienia odwołania na podstawie argumentacji przyjętej przez odwołującego.

Z powyżej wskazanych względów argumentacji odwołującego nie potwierdziły również złożone przez niego na rozprawie dowody. Dowody te miały potwierdzić z jednej strony brak rzetelności wykonawcy M.B. w związku z realizacją wcześniejszych umów lub składaniem ofert we wcześniejszych postępowaniach oraz z drugiej strony nieprawidłowe podejście zamawiającego, który miał nie wyciągać odpowiednich konsekwencji z zachowania wykonawcy M.B. we wcześniejszych postępowaniach. W związku

z niezastosowaniem w postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawców określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp oraz podniesieniem zarzutów w sposób wadliwy, przedmiotowe dowody z jednej strony dotyczyły argumentacji, która była spóźniona,

a z drugiej nie mogły potwierdzić zarzutów, które i tak zostały błędnie postawione. Tym samym dowody złożone przez odwołującego okazały nieprzydatne dla potrzeb rozstrzygnięcia.

Po trzecie odwołujący w swojej argumentacji, która została zaprezentowana na rozprawie podniósł zarzut, który wykraczał poza zakres odwołania. Odwołujący na rozprawie stwierdził, że zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy M.B. na podstawie art. 16 pkt i 17 ust. 1 i 2 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp. W treści odwołania wskazana powyżej przesłanka odrzucenia oferty nie została podana. W ocenie składu orzekającego przede wszystkim należało stwierdzić, że odwołujący w toku postępowania odwoławczego sformułował nowy zarzut oraz z pewnością znacznie rozszerzył podstawę prawną zarzutów po upływie terminu do wniesienia odwołania. Zgodnie z treścią art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu, zatem zarzut ten został pozostawiony bez rozpoznania. Ponadto Izba nie może również brać pod uwagę przy orzekaniu naruszeń przepisów Pzp niebędących przedmiotem zarzutów, a ujawnionych w toku postępowania odwoławczego.

Reasumując Izba stwierdziła, że argumentacja odwołującego nie znalazła potwierdzenia, a przyjęta przez niego strategia procesowa nie mogła w okolicznościach przedmiotowej sprawy doprowadzić do uwzględnienia odwołania.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....

.....

.....