Sygn. akt:KIO 2715/23

WYROK

z dnia 29 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Monika Banaszkiewicz

Członkowie: Marek Bienias

Elżbieta Dobrenko

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2023 r. przez **wykonawcę H. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO-USŁUGOWE H. W. w Bisztynku** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie.**

przy udziale:

- wykonawcy **A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe – A. B.**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:……
...…….
……

Sygn. akt:KIO 2715/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie(dalej: „Zamawiający"), prowadzi z odpowiednim zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp") postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: Zimowe utrzymanie dróg na terenie administrowanym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie Rejon w Lidzbarku Warmińskim Obwód Drogowy 2; znak postępowania: O/OL.D-3.2421.33.2023 Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2023/S 106-333245 z dnia 5 czerwca 2023 r.
Dnia 14 września 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie złożył Wykonawca H. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO-USŁUGOWE H. W. w Bisztynku (dalej: „Odwołujący").
Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a polegających na:
• niezasadnym i bezpodstawnym odrzuceniu w dniu 5 września 2023 r. oferty Odwołującego - Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego H. W., ul. Kolejowa 11, 11-230 Bisztynek;
• dokonaniu w dniu 5 września 2023 r. wyboru oferty Usługi Transportowe A. B., jako najkorzystniejszej
Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 239 ustawy Pzp polegające na odrzuceniu najkorzystniejszej oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy oferta ta na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, spełnia wszystkie warunki – jej treść odpowiada warunkom zamówienia, nadto przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny i jest zgodna z warunkami zamówienia;
2. art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie najkorzystniejszej oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy Zamawiający w toku postępowania wzywał Wykonawcę – Odwołującego do złożenia stosownych oświadczeń, przedstawienia przedmiotowych środków dowodowych, które to dokumenty wskazały na spójność oferty i spełnienia warunków zamówienia, w szczególności pod względem kryterium oceny ofert, jak i obowiązków wynikających z osobistego wykonania przez Odwołującego się kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z Instrukcją dla Wykonawcy, zawartych w Wykazie urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego, które to dokumenty żądał w toku postępowania Zamawiający, a pozwoliły one na wniosek Zamawiającego o spełnieniu zgodności oferty z warunkami zamówienia, w tym wymagań zaplecza technicznego do wykonania zadania ZUD, skoro Zamawiający nie wzywał Wykonawcy do dalszego uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia treści oferty i na podstawie dokumentów, którymi dysponował w dniu wyboru najkorzystniejszej

oferty w świetle powyższego niezasadne było odrzucenie oferty Odwołującego, Zamawiający nie powinien dokonywać czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez uznanie przez Zamawiającego wystąpienia podstawy do odrzucenia oferty odwołującego się, mimo braku podstaw i przesłanek wskazanych w wymienionym przepisie, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego się oraz dokonaniem wyboru oferty Usługi Transportowe A. B., co stanowi bezpodstawną dyskwalifikację najkorzystniejszej w rozumieniu kryteriów oceny ofert ustalonych przez Zamawiającego, spełniającej wszelkie warunki zamówienia, a dokonaniu wyboru oferty mniej korzystnej;
4. art. 527 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i jego niewłaściwe zastosowanie polegające na powołaniu się w motywach czynności odrzucenia oferty Odwołującego się na treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2023 r. i przebieg postępowania w sprawie sygn. akt KIO 2067/23, mimo że wyrok w tej sprawie nie jest prawomocny, albowiem odwołujący się złożył skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych, która jeszcze nie została rozpoznana, ponadto wskazane orzeczenie dotyczy zupełnie innego postępowania;
• w konsekwencji wskazanych naruszeń Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:
 naruszenie art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez nie zachowanie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie transparentności, uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także efektywności, uniemożliwiając de fakto wykonanie zamówienia przez Odwołującego - Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe H.W., który złożył najkorzystniejszą ofertę, a która niezasadnie została odrzucona.
Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania poprzez:
a) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Usług Transportowych A. B. oraz unieważnienie odrzucenia wyboru oferty Odwołującego się. Następnie dokonanie prawidłowej, zgodnej z dokumentami zamówienia oraz ustawy Pzp, oceny ofert, w tym Odwołującego się, a w konsekwencji dokonanie wyboru jego oferty, jako oferty najkorzystniejszej;
b) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, jeżeli odwołujący się go ustanowi.
W zakresie postępowania dowodowego Odwołujący wnosił o:
1) przeprowadzenie dowodu z dokumentów zamówienia na okoliczność stwierdzania określonych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia kryteriów oceny ofert, w szczególności w celem wykazania spełniania wszystkich warunków zamówienia przez ofertę Odwołującego;
2) przeprowadzenie dowodu z oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego H. W. oraz dokumentów z nią związanych, w tym podmiotowych środków dowodowych składanych w toku przetargu, w szczególności Wykazu Urządzeń Technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia - celem wykazania, że treść oferty i dokumentów związanych, przedkładanych w toku postępowania, odpowiada treści SWZ, daje podstawy do uznania oferty Odwołującego się najkorzystniejszą w rozumieniu kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia – zgodności oferty Odwołującego się z warunkami zamówienia;
3) z wykazów sprzętu odwołującego (pojazdów ciężarowych – 64 szt., solarek do zimowego utrzymania dróg – 33 szt., pługów odśnieżnych – 67 szt., piaskarek – 9 szt.), celem wykazania faktu posiadania przez Odwołującego zasobów przedmiotowych do wykonania zamówienia;
4) skargi Odwołującego się do Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych oraz pisma uzupełniającego skargę, celem wykazania zaskarżenia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2023 r. (sygn. akt KIO 2067/23,
5) zwrócenie się do KIO, czy skarga wskazane w pkt 4 wpłynęła do KIO i nadano jej dalszy bieg, przekazując ją wraz z aktami do Sądu, celem wykazania faktu nieprawomocności wskazanego powyżej rozstrzygnięcia;
6) pism Zamawiającego, dotyczących wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej z dnia 28 lipca 2023 r. (pismo O/OL.D-3.2421.33.2023.2), pisma o unieważnieniu wybory oferty najkorzystniejszej Odwołującego się, informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego się, Informacji o wyborze oferty konkurenta, celem wykazania nieuprawnionych czynności Zamawiającego, uprzedniego uznania oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej;
7) odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie w sprawie przed KIO o sygn. akt KIO 2067/23, celem wykazania dokonanej uprzednio wykładni oferty Odwołującego się przez Zamawiającego dotyczącej tożsamego w brzmieniu oświadczenia w zakresie deklaracji powierzenia części zadania podwykonawcy.
Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, ponieważ złożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę, która została odrzucona, następnie w procesie badania ofert, dokonano wyboru oferty konkurenta (Usług Transportowych A. B. – pismo Zamawiającego z dnia 5 września 2023 r.), mimo że oferta Odwołującego się spełnia warunki zamówienia i winna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, zgodnie z pierwotnym wyborem (pismo z dnia 28 lipca 2023 r. – „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty"). W dniu 2 sierpnia 2023 r.
Zamawiający poinformował, że unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 28 lipca 2023 r. (pismo O/OL.D-3.2421.33.2023.2). Następnie Zamawiający w dniu 5 września 2023 r. odrzucił ofertę Zamawiającego i dokonał ponownej oceny ofert, wyłaniając jako najkorzystniejszą ofertę konkurenta Usług Transportowych A. B. Gdyby nie czynność Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, to oferta Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego H. W. byłaby ofertą najkorzystniejszą. W wyniku odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszym Zamawiający zamknął drogę Odwołującemu się do wykonania zamówienia. Odwołujący poniósł szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, podpisania umowy w ramach postępowania ZUD O/OL.D-3.2421.33.2023, a tym samym przewidzianego za jego wykonanie wynagrodzenia, a dodatkowo także pogorszenia pozycji rynkowej Odwołującego na właściwym, specjalistycznym rynku usług. Pierwotnie oferta Odwołującego otrzymała maksymalną liczbę punktów w ramach oceny ofert, na podstawie kryteriów określonych w niniejszej SWZ oraz zaoferowane wynagrodzenie nie przekracza kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający zmienił decyzję i dokonał zaskarżonych czynności powołując się na interpretację oferty z innego postępowania odwoławczego przed KIO, które nie jest jeszcze prawomocnie zakończone.
Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania w dniu 6 września 2023 r., na podstawie informacji z dnia 5 września 2023 r. otrzymanej od Zamawiającego o odrzuceniu oferty

Odwołującego oraz wyborze oferty innego Wykonawcy, jako najkorzystniejszej. W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 14 września 2023 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający w motywach czynności podjętych w prowadzonym przez niego postępowaniu wskazał, że odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający wskazał, że z oferty Odwołującego wynika, że „całość prac sprzętu zasadniczego zostanie powierzone podwykonawcy". Z taką wykładnią jego oferty Odwołujący nie zgadza się i w jego ocenie stanowi ona nadinterpretację zapisów zawartych w ofercie – nadanie znaczenia zapisowi z pkt 6 oferty w oderwaniu od dokumentów związanych z ofertą i całokształtem materiału, jakim dysponował Zamawiający. Odwołujący podkreślił, że to jego oferta jest najkorzystniejsza, a pozostałe oferty pozostają poza pulą środków finansowych przewidzianych przez Zamawiającego na wykonanie zamówienia. Odwołujący wskazał także, że zgodnie z pkt 6.5 Instrukcji Dla Wykonawcy (tom I SWZ) Zamawiający dokonał zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia. Zastrzeżenie to nie dotyczyło wykonywania usług całym sprzętem wskazanym w tabeli „minimalna ilość wymaganych nośników oraz sprzętu podstawowego/zasadniczego zgodnie z pkt 3.2.2. SST D-10.01.01" wskazanej w pkt 8.2.4.3 IDW SWZ. Ponadto, prace całego wymaganego przez Zamawiającego sprzętu nie były objęte obowiązkiem osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zasadnym jest wskazanie, iż dokonanie oceny oświadczenia złożonego przez niego w zakresie podwykonawstwa winno być dokonane w odniesieniu do całokształtu złożonych przez niego się podmiotowych środków dowodowych oraz jego oświadczenia, z których jednoznacznie wynika sposób dysponowania potencjałem technicznym do samodzielnego wykonania zadania. Ze złożonego przez Odwołującego „Wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia", wynika, że skarżący będzie dysponował bezpośrednio 6 jednostkami wymaganego, zgodnie z pkt 8.2.4.3 IDW (tom I SWZ) sprzętu, w tym 3 jednostkami sprzętu, zgodnie z zastrzeżonymi przez Zamawiającego w pkt 6.5 IDW obowiązkiem osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący wykazał, iż całym sprzętem wymaganym do spełnienia warunku będzie dysponował bezpośrednio, tj. bez udziału podmiotu udostępniającego zasoby, jak również bez udziału podwykonawców. Ponadto, jak wskazano w pkt 6 oferty skarżący zamierzał ewentualnie powierzyć podwykonawcom jedynie część zamówienia. Odwołujący nie wskazał w nim w żaden sposób, iż całość pracy sprzętu zamierza powierzyć podwykonawcom, a takie twierdzenie formułuje obecnie jego zdaniem Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego się, zmieniając tym samym sens oświadczenia Odwołującego z oferty, a tym samym konstruując nieprawidłowe wnioski w oderwaniu od rzeczywiście złożonego przez Odwołującego oświadczenia. Możliwość skorzystania z usług podwykonawców nie była zabroniona. Odwołujący wskazał, że wyłącznie zadeklarował możliwość skorzystania z takiej opcji w części, a część ta dotyczyła jedynie części z grupy robót, określonej w dokumencie zał. nr 1b zatytułowanym Kosztorys ofertowy („usługi zasadnicze: praca sprzętu"). Przywołano wyłącznie w ofercie nazwę grupy robót z tabeli z zał. nr 1 b.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 579 Pzp polegający na odrzuceniu oferty Odwołującego, motywując tę czynność treścią orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2023 r. sygn. akt 2067/23, w sytuacji, gdy wyrok ten nie jest jeszcze prawomocny i przysługuje od niego Odwołującemu, wobec złożonej skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie jest zdaniem Odwołującego słuszny. Dopiero prawomocny wyrok w jego ocenie może stanowić podstawę dokonanych ustaleń i czynności przez Zamawiającego, tym bardziej, że stanowisko Zamawiającego, prezentowane we wskazanym postępowaniu było odmienne od stanowiska KIO oraz obecnie forsowanego.

Odwołujący wskazał również, że niezależnie od istnienia w treści oferty nieścisłości, Zamawiający powinien dążyć do jej oceny zgodnie z intencją i wolą składającego ją wykonawcy. Celem Zamawiającego powinno być bowiem dążenie do wyboru oferty prawnie i faktycznie najkorzystniejszej jako cel postępowania przetargowego, a nie błędnie rozumiana zasada formalizmu postępowania przetargowego. Zamawiający w przypadku wątpliwości, czy stwierdzenia uchybień ze strony wykonawcy, w celu dokonania rzetelnej oceny ofert, zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości i efektywności, powinien zwrócić się o wyjaśnienia do Odwołującego, bo nadrzędnym celem postępowania przetargowego winno być dążenie Zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś eliminacja wykonawców z postępowania (tu poprzez odrzucenie oferty najkorzystniejszej i pozbawienie możliwości realizacji zamówienia), służąca wyłącznie zachowaniu nieprawidłowo rozumianej zasady formalizmu. Formalizm postępowania przetargowego to nie cel działania zamawiającego, ale zasada która winna być wdrożona przez zamawiającego, mając na uwadze art. 16 i 17 p.z.p. w zw. z art. 223 Pzp.

Zamawiający w dniu 21 września 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi podniósł, że Odwołujący w uzasadnieniu w ogóle nie odnosi się do naruszenia art. 239 ustawy Pzp. Wskazał także, że oceny oświadczenia w pkt 6 oferty może dokonać wyłącznie na podstawie treści tego oświadczenia. Zamawiający podniósł również, że oświadczenie złożone przez Odwołującego w zakresie zarówno Części nr 4 postępowania O/OL.D-3.2421.18.2023 (będącej przedmiotem orzeczenia Izby sygn. akt KIO 2067/23), jak i niniejszego postępowania jest tożsamej treści. Wykonawca w informacji wynikającej z punktu 6 Formularza oferty wskazał, że usługi zasadnicze: praca sprzętu zostaną wykonane przez podwykonawcę. Zamawiający natomiast wymagał osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia polegających na wykonaniu pracy przy użyciu 3 nośników oraz sprzętu podstawowego/ zasadniczego zgodnie z pkt 3.2.2. SST D-10.01.01. Odwołujący w Formularzu oferty nie wskazał, że zamówienie w kluczowym zakresie zastrzeżonym do osobistego wykonania przez Wykonawcę wykona samodzielnie. Nie zaznaczył on również, że podwykonawcy zostaną powierzone do wykonania prace nadmiarowe. Wskazał on natomiast wprost, że prace sprzętu zasadniczego zostaną wykonane przy pomocy podwykonawców. Z tak sformułowanego oświadczenia wynika, że całość prac sprzętu zasadniczego zostanie powierzone podwykonawcy. Odwołujący nie ograniczył zakresu podwykonawstwa, który byłby zgodny z wymogiem postanowienia rozdziału 6.5 lit. a) SWZ. Zauważył także, że na obecnym etapie postępowania brak jest możliwości konwalidowania powyższego błędu bowiem wskazanie podwykonawstwa w punkcie 6 Formularza oferty stanowiło wiążącą treść oferty dotyczącą sposobu realizacji umowy, więc jako wskazany sposób spełnienia świadczenia przez Odwołującego nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty. Nie można tego uzdrowić w drodze wyjaśnień treści

oferty, które de facto musiałby zmienić jej brzmienie, aby nie tyle dokonać rekonstrukcji oświadczenia Odwołującego, a dostosować formularz oferty do treści dokumentacji postępowania, co jest nieuprawnione. W ocenie Zamawiającego bez znaczenia jest powoływanie się przez Odwołującego na stanowisko Zamawiającego w toku postępowania KIO 2067/23, gdyż Izba nie podzieliła prezentowanego wówczas przez niego stanowiska.
Zamawiający wskazał, że Odwołujący w uzasadnieniu w ogóle nie odnosi się do naruszenia art. 527 ustawy Pzp. Odnosząc się do naruszenia art. 579 ustawy Pzp zauważył, że powoływanie się przez Zamawiającego na orzeczenie Izby o sygn. akt KIO 2067/23 nie narusza powyższego przepisu. W ocenie Zamawiającego bez znaczenia jest tu kwestia prawomocności orzeczenia. Zamawiający respektując stanowisko Izby konsekwentnie dokonuje czynności, które Izba w niniejszym wyroku nakazała Zamawiającemu w zakresie Części nr 4 postępowania O/OL.D-3.2421.18.2023. Zaskarżenie orzeczenia Izby nie oznacza, że Zamawiający nie może podjąć czynności w zgodzie z tym orzeczeniem.
Zamawiający wskazał, że nie naruszył również art. 16 pkt 1) ustawy Pzp w związku z art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego niniejsze przepisy ustawy Pzp stanowią wręcz o słuszności działań podjętych przez Zamawiającego. Zamawiający postępując zgodnie z orzeczeniem KIO 2067/23 oraz podejmując analogiczne decyzje w niniejszym postępowaniu wypełnia wszystkie przesłanki powyższych przepisów.
Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:
Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.
Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołania wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania jego oferta uplasuje się na pozycji pierwszej w rankingu ofert.
Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił następujący wykonawca: A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe – A. B. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić wykonawcę A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe – A. B. do udziału w postępowaniu odwoławczym.
Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, pisma procesowego złożonego przez Przystępującego oraz dowodu złożonego podczas rozprawy przez Przystępującego. Izba wskazuje, że dowód przedłożony podczas rozprawy przez Przystępującego nie ma znaczenia dla sprawy.
Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu.
W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: Zimowe utrzymanie dróg na terenie administrowanym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie Rejon w Lidzbarku Warmińskim Obwód Drogowy 2; znak postępowania: O/OL.D-3.2421.33.2023 Pismem z dnia 28 lipca 2023 r. (pismo O/OL.D-3.2421.33.2023.2) Zamawiający przekazał „Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty" ww. postępowaniu, w której wskazał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą, przyznając jej 100 pkt. W dniu 2 sierpnia 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 28 lipca 2023 r. Pismem z dnia 5 września 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz dokonaniu wyboru oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, że z oferty Odwołującego się wynika, że „całość prac sprzętu zasadniczego zostanie powierzona podwykonawcy", a co za tym idzie złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, kwestionując prawidłowość działań podjętych przez Zamawiającego. Izba nie podziela zarzutów podniesionych w odwołaniu.
W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że bezsporne między stronami było to, że Zamawiający w SWZ w tomie I Instrukcji dla Wykonawcy w pkt 6.5 lit. a) wskazał, że
„Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia.
a)Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany osobiście wykonać zastrzeżone przez Zamawiającego, zgodnie z art. 121 ustawy Pzp, kluczowe zadania określone w pracy sprzętu podstawowego / zasadniczego: w ilości wskazanej w pkt. 8.2.4.3 IDW - obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia."
Bezsporne również było między stronami to, że Odwołujący w formularzu oferty w pkt 6 wskazał:
„ZAMIERZAMY: powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia:
USŁUGI ZASADNICZE: PRACA SPRZĘTU
UWAGA:
Jeżeli Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie części zamówienia w zakresie więcej niż jednej części zamówienia, to powyższą informację należy przedstawić osobno dla każdej części, precyzując jednocześnie której części ona dotyczy."
Kwestią sporną między stronami niniejszego postępowania było to, czy Zamawiający w oparciu o tak sformułowane postanowienia SWZ oraz oświadczenie złożone przez Odwołującego był zobowiązany do odrzucenia złożonej przez niego oferty, jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Odwołujący zarówno w odwołaniu, jak i podczas rozprawy podnosił, że uzupełniając Formularz oferty jego intencją było opcjonalne powierzenie realizacji części zamówienia podwykonawcy, co było wykluczone wyłącznie w zakresie zastrzeżonym do osobistego wykonania. Ewentualnemu podwykonawstwu miała podlegać jego zdaniem wyłącznie część, która nie została przez Zamawiającego zastrzeżona do osobistego wykonania. Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń wskazał na podmiotowe środki, które złożył na wezwanie Zamawiającego. Z ich treści wynika, że Odwołujący nie będzie korzystał z podwykonawstwa i że dysponuje potencjałem technicznych niezbędnym do prawidłowej realizacji zamówienia.
Izba nie kwestionuje zdolności Odwołującego do realizacji zamówienia. Niewątpliwie Odwołujący posiada duże doświadczenie w zakresie objętym postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego. Dysponuje również dużym potencjałem sprzętowym. Zgodzić się również należy, że Formularz oferty należy czytać łącznie ze wszystkimi przedłożonymi dokumentami. Nie sposób jednak zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że podmiotowe środki

dowodowe wpływają na to, jak należy czytać treść oferty. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący w Formularzu oferty nie wskazał, że zamówienie w zakresie zastrzeżonym do osobistego wykonania przez wykonawcę wykona własnymi siłami. Nie wskazał także, że podwykonawcy zostaną powierzone do wykonania wyłącznie prace sprzętu w zakresie, który nie został zastrzeżony do osobistego wykonania. Ze złożonego przez niego w Formularzu oferty oświadczenia jednoznacznie wynika, że prace sprzętu zasadniczego zostaną wykonane przy pomocy podwykonawców. Zdaniem Izby należy w związku z tym przyjąć, że całość prac sprzętu zasadniczego zostanie powierzona podwykonawcy. Jednocześnie Izba wskazuje, że nie ma możliwości poprawienia / doprecyzowania formularza oferty w zakresie oświadczenia z pkt 6. Oświadczenie to stanowiło bowiem wiążącą treść oferty dotyczącą sposobu realizacji umowy. Należy zauważyć, że sposób spełnienia świadczenia przez wykonawcę nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty. Wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie prowadziłyby do jej zmiany, co jest niezgodne z ustawą Pzp. Odwołujący w złożonym odwołaniu wskazuje, że nie doszło do zmiany sposobu spełnienia świadczenia po złożeniu oferty, ponieważ środki dowodowe są skonkretyzowaniem i rozszerzeniem treści oferty. Nie sposób się z tym zgodzić. Fakt wykazania przez Odwołującego posiadania wymaganej przez Zamawiającego liczby sprzętu nie stanowi potwierdzenia wykonania zamówienia zgodnie z warunkami stawianymi przez Zamawiającego. Świadczy to jedynie o posiadanym potencjale, który mógłby zostać wykorzystany do realizacji tego lub innego zamówienia. Co więcej oświadczenie złożone w Formularzu oferty świadczy o tym, że Odwołujący zamierzał w zakresie sprzętu zasadniczego korzystać z usług podwykonawcy. Nie można inaczej rozumieć złożonego oświadczenia, jak tylko poprzez jego literalne brzmienie. Środki dowodowe nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Jeżeli intencją Odwołującego było opcjonalne powierzenie wykonania części zadania podwykonawcy, to powinien w formularzu posłużyć się np. sformułowaniem: „w części nie zastrzeżonej do osobistego wykonania" czy „w zakresie nadmiarowych prac sprzętu". Takiego stwierdzenia jednak w Formularzu oferty złożonym przez Odwołującego zabrakło, w związku z czym należy uznać, że złożone przez niego oświadczenie było niezgodne z treścią warunków zamówienia i w związku z tym Zamawiający prawidłowo dokonał 2 sierpnia 2023 r. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 28 lipca 2023 r., a następnie pismem z dnia 5 września 2023 r. odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego i wybrania zgodnie z art. 239 ustawy Pzp oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 579 ustawy Pzp (podczas rozprawy Odwołujący wskazał, że omyłkowo w pkt 4 zarzutów odwołania podał art. 527 ustawy, podczas gdy zarówno treść zarzutu, jak i jego uzasadnienie dotyczą powołanego w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 579 ustawy Pzp) Izba wskazuje, że przepis ten dotyczy postępowania skargowego. Zgodnie z art. 579 ustawy Pzp:

„1. Na orzeczenie Izby oraz postanowienie Prezesa Izby, o którym mowa w art. 519 ust. 1, stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu.

2. W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej."

Zamawiający nie może dopuścić się naruszenia tego przepisu w trakcie prowadzonego przez niego postępowania. W przedmiotowej sprawie istoty naruszenia tego przepisu Odwołujący upatrywał w tym, że w piśmie dotyczącym odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany 1 sierpnia 2023 r. w sprawie o sygn. 2067/23. Odwołujący wskazał, że dopiero prawomocny wyrok może stanowić podstawę dokonanych ustaleń i czynności przez Zamawiającego, tym bardziej, że stanowisko Zamawiającego, prezentowane we wskazanym postępowaniu było odmienne od stanowiska KIO oraz obecnie forsowanego. Należy wskazać, jak słusznie zauważył Zamawiający, że wniesienie skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie powoduje zakazu dalszego procedowania w postępowaniu przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 577 ustawy Pzp: „W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze." Ustawodawca nie przewidział podobnej instytucji w przypadku złożenia skargi na orzeczenie KIO, w związku z czym złożenie takiej skargi nie stoi na przeszkodzie nawet zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego przed orzeczeniem Sądu Okręgowego w sprawie. Bezsporne między stronami było to, że niniejsze postępowanie oraz postępowanie w sprawie, której dotyczyło orzeczenie KIO 2067/23 są różnymi postępowaniami. Nie ulega jednak wątpliwości, że dokumentacja w obu postępowaniach była analogiczna, a Odwołujący jednakowo wypełnił Formularz oferty w obu postępowaniach. Zrozumiałym jest w związku z tym postępowanie Zamawiającego, który dokonał jednakowych czynności w stosunku do Odwołującego bazując na jednakowych w treści dokumentach. Izba nie dopatrzyła się w związku z tym również naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Działania podjęte przez Zamawiającego były konsekwentne. Zamawiający podjął je w oparciu o orzeczenie KIO, w związku z czym nie sposób mu zarzucić naruszenia którejkolwiek z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……

Członkowie: ……

……