

POSTANOWENIE

z dnia 23 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron oraz Uczestnika Postępowania Odwoławczego w dniu 23 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2023 roku przez wykonawcę **FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto i Gminę Solec nad Wisłą**

przy udziale wykonawcy **Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3356/23 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę 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 (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3356/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto i Gmina Solec na Wisłą prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja i rozbudowa oświetlenia ulicznego na terenie Miasta i Gminy Solec nad Wisłą” Numer referencyjny: RGKOŚil.271.5.2023 (dalej: Postępowanie. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane

w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 17 marca 2023 r. pod numerem: 2023/S 055-163725).

W dniu 9 listopada 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”), wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST sp. z o.o. w Radomiu (dalej: „ELTAST”) oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty ELTAST.

Odwołujący zarzuci Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ELTAST, pomimo iż jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż wykonawca ten zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu materiałów o parametrach niezgodnych z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, tj. konkretnie:

- a) W ramach wymiany obecnie istniejących opraw oświetleniowych oraz rozbudowy sieci oświetleniowej zaoferował dostarczenie i zamontowanie opraw PHILLIPS LumiStreet Pro gen2 Mini BGP392 LED84-4S/740 II, które to opraw zgodnie z kartą katalogową złożoną w ramach uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych:
 - a. cechują się mocą znamionową 51 W, podczas gdy zgodnie z postanowieniem pkt 4.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”), str. 5, Zamawiający wymagał dostarczenia opraw o mocy znamionowej nie mniejszej niż 52W,
 - b. objęte są standardową gwarancją producenta w okresie 5 lat, podczas gdy zgodnie z pkt 4.1. OPZ (str. 5) Zamawiający wymagał objęcia opraw 10-letnią gwarancją producenta,
- b) w ramach rozbudowy sieci oświetlenia zaoferował dostarczenie i zamontowanie opraw oświetleniowych Phillips LumiStreet Pro gen2 Micro BGP391 LED34-4S/740 II, które

to oprawy zgodnie z kartą katalogową złożoną w ramach uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych:

a. cechują się mocą znamionową 21,5 W, podczas gdy zgodnie z postanowieniem pkt 8.3 OPZ (str. 13) oferowane w tym zakresie oprawy miały mieć moc 18, 37 i 52 W,

b. objęte są standardową gwarancją producenta w okresie 5 lat, podczas gdy zgodnie z pkt 8.3. OPZ (str. 13) Zamawiający wymagał objęcia opraw gwarancją producenta w okresie do 10 lat,

c) w ramach rozbudowy sieci oświetlenia zaoferował dostarczenie i zamontowanie opraw oświetleniowych Phillips LumiStreet Pro gen2 Micro BGP391 LED-HB/740 II 5800 lm, które to oprawy zgodnie z kartą katalogową złożoną w ramach uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych objęte są standardową gwarancją producenta w okresie 5 lat, podczas gdy zgodnie z pkt 8.3. OPZ (str. 13) Zamawiający wymagał objęcia opraw gwarancją producenta w okresie do 10 lat,

a jednocześnie ELTAST nie zaoferował żadnych innych opraw oświetleniowych spełniających wymagania określone przez Zamawiającego, tym samym nie zaoferował on wymaganych przez Zamawiającego opraw o mocy nie niższej niż 52 W, opraw o mocy 52W i o mocy 18W, a dla wszystkich zaoferowanych opraw nie zadeklarował wymaganej gwarancji producenta w okresie 10 lat.

Podnosząc ww. zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty ELTAST,

Ponadto wniósł o:

4. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

Odwołujący, za orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej podniósł, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest oceniana z uwzględnieniem definicji oferty, zawartej w art. 66 k.c., zgodnie z którym ofertą jest oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Chodzi zatem o materialną sprzeczność zobowiązania zawartego w ofercie z zobowiązaniem, którego zamawiający oczekuje i który opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność ta występuje wówczas,

gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania Zamawiającego. Przepis ten nie stanowi zatem podstawy

do odrzucenia oferty w przypadku niezgodności jej formy z postanowieniami SIWZ.

Dla zastosowania tego przepisu powinno być możliwe wykazanie, jaki merytoryczny element oferty jest niezgodny z konkretnymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na czym ta niezgodność polega. W odniesieniu do dokumentów żądanych

na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane określonych przez Zamawiającego wymagań, oznacza to w szczególności powinność wskazania parametru oferowanego produktu, który nie znajduje potwierdzenia w tych dokumentach, a był wymagany w opisie przedmiotu zamówienia. (tak w szczególności uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 268/21, podobnie w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 28 stycznia 2021 sygn. akt KIO 3508/20).

W orzecznictwie słusznie podnosi się również, że niezgodność oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie przez ustawodawcę obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.), ma dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub też polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które to również są zamieszczane w SIWZ). (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 189/21, podobnie w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 15 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 207/21).

Niezgodność oferty z SWZ może też polegać na niedostatecznym sprecyzowaniu treści oferty, tj. na niedookreśleniu (nieskonkretyzowaniu) przedmiotu oferty w sposób, którego Zamawiający w SIWZ wymagał. Jak słusznie w tym zakresie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 stycznia 2021 r. sygn. akt KIO 3541/20

Nie tylko treść wynikająca explicite ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie

tej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do

stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.wz. gdyż - co do zasady - niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności

z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Innymi słowy podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (analogicznie jak na gruncie wcześniej obowiązującej regulacji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r.) może być tylko taka niezgodność oferty z SIWZ, która bądź to dotyczy merytorycznej niezgodności zaoferowanego świadczenia (dostaw, usług lub robót budowlanych) z wymaganiami określonymi w SIWZ, bądź też polega na niedostatecznym skonkretyzowaniu świadczenia ofertowego (nieopisanu wszystkich istotnych z punktu widzenia zapisów SIWZ parametrów ofertowanych dostaw, usług lub robót budowlanych).

W stanie faktycznym sprawy pomiędzy złożoną przez ELTAST ofertą a dokumentami zamówienia omawiana niezgodność merytoryczna niewątpliwie zachodzi.

Przedmiotem udzielanego w postępowaniu zamówienia jest Przedmiotem udzielanego w postępowaniu zamówienia jest modernizacja oświetlenia ulicznego, w ramach której wykonawca zobowiązany będzie wykonać: (1) wymianę istniejących lamp sodowych na LED oraz wymianę innych elementów, a nadto: (2) rozbudowę oświetlenia we wskazanych miejscowościach.

Przedmiot zamówienia winien zostać wykonany z zastosowaniem określonych materiałów, w tym przede wszystkim opraw oświetleniowych typu LED, których dostarczenie i montaż będzie jeden z głównych elementów modernizacji oświetlenia (zarówno w ujęciu przedmiotowym, jak i wartościowym).

Co istotne, Zamawiający bardzo szczegółowo określił parametry opraw oświetleniowych, które mają być zainstalowane w modernizowanym oświetleniu. Parametry te zostały opisane w załączniku nr 6 do specyfikacji warunków zamówienia – w Opisie Przedmiotu Zamówienia – konkretnie w pkt 4.1. i 8.3 OPZ (odrębnie dla zakresu zamówienia związanego z wymianą opraw sodowych oraz dla rozbudowy oświetlenia ulicznego). Mianowicie, w pkt 4.1. OPZ Zamawiający wskazał, że: *Zamawiający wymaga dostarczenia jednego typu oprawy zasilanych z sieci elektroenergetycznej pochodzących od tego samego producenta o tej samej mocy znamionowej nie mniejszej niż 52W dla 900 szt. opraw modernizowanych i dowieszanych wraz z obliczeniami dla załączonych sytuacji drogowych (dopuszcza się obliczenia o odchylenie nie większym niż +/-5%). Obniżenie mocy opraw następować musi automatycznie o 30% mocy oprawy w godzinach od 22:00 do 5:00. Oprawy objęte 10 letnią gwarancją producenta.*

Natomiast w pkt 8.3. Zamawiający określił, że w zakresie rozbudowy oświetlenia należy zapewnić oprawy oświetleniowe LED o mocy 18, 37 i 52 W.

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł (pkt 4.1. OPZ), że sprawdzenie określonych wymagań odbędzie się na podstawie złożonych wraz z ofertą dokumentów w postaci kart katalogowych, certyfikatów i deklaracji oraz obliczeń, zaś w odpowiedziach na pytania nr 2, 4, 9 i 21 z dnia 12 kwietnia 2023 r. Zamawiający potwierdził (dokonując jednocześnie zmiany SWZ

i ogłoszenia o zamówieniu), że: *Wraz z ofertą należy dostarczyć karty katalogowe proponowanych opraw oświetleniowych, deklarację UE (certyfikat CE), certyfikaty ENEC*

i ENEC PLUS lub równoważne. Jako równoważne, Zamawiający rozumie certyfikaty wystawione przez niezależne, akredytowane laboratorium fotometryczne, działające

na terenie UE, potwierdzające parametry elektryczne, fotometryczne i kolorymetryczne całej oprawy, takie jak: moc, skuteczność świetlną, barwę światła, strumień świetlny, czy bryłę fotometryczną”.

Tymczasem wykonawca ELTAST do swojej oferty nie załączył żadnych kart katalogowych ani certyfikatów dla oferowanych opraw – choć wskazał ich modele w formularzu ofertowym. Dokumenty takie przedstawił dopiero na wezwanie Zamawiającego do ich uzupełnienia w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp.

Dokumenty te wskazują na istotne niezgodności z wymaganiami Zamawiającego.

Mianowicie, ELTAST przedstawił karty katalogowe oraz certyfikaty ENEC dla trzech rodzajów opraw:

- 1) Oprawa Phillips LumiStreet Pro gen2 Mini BGP392 LED84-4S/740 II o mocy znamionowej 51 W
- 2) Oprawa Phillips LumiStreet Pro gen2 Micro BGP391 LED34-4S/740 II o mocy znamionowej 37 W
- 3) Oprawa Phillips LumiStreet Pro gen2 Micro BGP391 LED-HB/740 II 5800 lm o mocy znamionowej 21,5 W.

Zaoferowane przez ELTAST oprawy w sposób oczywisty nie korespondują z wymaganiami Zamawiającego określonymi w OPZ.

Po pierwsze, wymagane przez Zamawiającego do dostarczenia w ramach zadania polegającego na wymianie 900 lamp sodowych na energooszczędne oprawy (lampy) typu LED miały cechować się mocą nie niższą niż 52 W (pkt 4.1 OPZ). Zaproponowana przez ELTAST oprawa Phillips LumiStreet Pro gen2 Mini BGP392 LED84-4S/740 II ma jedną niższą moc (51W) – co w sposób jednoznaczny musi być uznane za merytoryczną niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

Po wtóre, oprawy dostarczane w ramach zadania polegającego na rozbudowie (dobudowie) oświetlenia ulicznego miały mieć określone (w sposób sztywny, nie zaś przy pomocy jakichkolwiek przedziałów czy zakresów) moce znamionowe: 18 W, 37 W i 52 W (pkt 8.3 OPZ). Zaoferowane przez ELSTAST oprawy z tymi mocami w pełni nie korespondują (odpowiednio 21,5 W, 37 W i 52W).

Tym samym, ELSTAST potwierdził on zaoferowanie Zamawiającemu tylko jednego z wymaganych typów opraw (oprawa o mocy 37 W), zaś nie zaoferował wymaganych opraw o mocy 52 W i 18 W. Tego rodzaju niezgodność nie może zostać poprawiona ani uzupełniona.

Po pierwsze, jakiegokolwiek dokonanie zmiany w parametrach zaoferowanych opraw (ich mocach znamionowych) sprowadzałoby się do zaoferowania Zamawiającemu innych opraw niż pierwotnie zadeklarowane – co stanowiłoby niedopuszczalną zmianę oferty (sprawiając wrażenie jej negocjowania) już po jej złożeniu i tym samym byłoby niezgodne z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Po wtóre, Zamawiający zastosował już procedurę uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych z uwagi na brak ich załączenia do oferty ELTAST. Ponowne stosowanie w tym zakresie procedury sanacyjnej byłoby zatem niedopuszczalne.

Niezgodność powyższa dotyczy istotnego elementu składanej oferty, tj. opraw oświetleniowych LED, które są kluczowe dla dokonania modernizacji oświetlenia ulicznego polegającej na zastąpieniu przestarzałych lamp sodowych energooszczędnym oświetleniem typu LED. Niezgodność tychże opraw dotyczy ich istotnego parametru, ocenionego jako istotny przez samego Zamawiającego (vide: odpowiedź na pytanie nr 11 z dnia 12 kwietnia 2023 r.), rzutującego na efekty całej modernizacji (w tym zużycie energii elektrycznej i koszty z tym związane).

Niezgodność tego rodzaju, dotycząca sfery merytorycznej zobowiązania wykonawcy, niemożliwa do poprawienia i zasadnicza, obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty ELTAST na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Dodatkowo należy zauważyć, że dla wszystkich dostarczanych opraw Zamawiający wymagał zapewnienia 10-letniej gwarancji producenta (pkt 4.1. i pkt 8.3. OPZ).

Tymczasem ze wszystkich kart katalogowych dotyczących opraw zaoferowanych przez ELTAST wynika, że są one objęte jedynie standardową 5-letnią gwarancją producenta.

Z żadnego z dokumentów przedłożonych przez ELTAST nie wynika, aby dla zaoferowanych opraw został zapewniony dłuższy okres gwarancji producenta – co prowadzi do jednoznacznego wniosku, że zobowiązanie ofertowe ELTAST nie obejmuje zapewnienia takiego wydłużonego okresu gwarancji, lecz jedynie okres pięcioletni – niegodny z wymaganiami określonymi w OPZ.

Powyższa niezgodność nie może być usunięta – bowiem jej dokonanie prowadziłoby do zmiany oferty, a nadto wymagałoby przedstawienia nowych kart katalogowych, co na obecnym etapie (wobec uprzedniego ich uzupełnienia przez ELTAST) nie jest już możliwe. Niezgodność ta ma charakter merytoryczny (dotyczy zobowiązania ELTAST do zapewnienia określonego świadczenia w odniesieniu do dostarczonych i zamontowanych opraw) o niebagatelnym znaczeniu – rzutującym na prawidłową eksploatację oświetlenia i zapewnienie sprawnego usuwania wad zainstalowanych opraw w założonym przez Zamawiającego okresie 10-letnim.

Dlatego też niezgodność ta musi być uznana za taką wadę oferty, która obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty ELTAST jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

W zakresie terminu na wniesienie odwołania, Odwołujący podniósł, że informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została mu przekazana w dniu 30 października 2023 r.

W tym samym dniu ww. informacja została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego. Niniejsze odwołanie, wnoszone w dniu 9 listopada 2023 r., składane jest zatem w ustawowym terminie tj. przed upływem 10 dni od dnia przekazania przez Zamawiającego informacji o czynnościach i zaniechaniach stanowiących podstawę wniesienia Odwołania.

W dniu 13 listopada 2023 roku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu (zwany dalej Przystępującym), wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy w związku z tym, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu zawitego.

Przystępujący wskazał, że z treści odwołania wynika, że zostało ono złożone wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST sp. z o.o. oraz zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w dniu 18 września 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Zakład Elektryczny Krzysztof Zięba, Niemianowice 35b, 26-634 Gózd. Oprócz oferty Krzysztofa Zięby Zamawiający dopuścił do oceny punktowej oferty następujących wykonawców:

1. Centrum Zaopatrzenia Energetyki „ELTAST” sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu

- przyznana punktacja: cena – 50,73; okres wydłużonej rękojmi i gwarancji - 35,00; aspekty społeczne – 5,00, łącznie - 90,73,

2. FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie

- przyznana punktacja:

cena – 47,70; okres wydłużonej rękojmi i gwarancji - 35,00; aspekty społeczne – 5,00, łącznie – 87,70,

W dniu 28 września 2023 r. Przystępujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Krzysztofa Ziębę i zaniechania czynności odrzucenia oferty Krzysztofa Zięby.

Zamawiający uwzględnił ww. odwołanie w całości, wobec czego postanowieniem

z dnia 11 października 2023 r. o sygn. akt. KIO 2856/23 Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zamawiający w dniu 20 października 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 30 października 2023 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez Przystępującego. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji, a oferta Krzysztofa Zięby została odrzucona.

Zdaniem Przystępującego, kluczowym dla oceny skuteczności wniesionego odwołania jest czynność Zamawiającego, polegająca na przyznaniu ofercie Przystępującego punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Dopuszczenie oferty wykonawcy do oceny jest konsekwencją uznania jej za zgodną z warunkami zamówienia. Czynność ta została dokonana już w dniu

18 września 2023 r. Od tego dnia Odwołujący miał wiedzę, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, a zatem, że według Zamawiającego jest zgodna z warunkami zamówienia.

Powyższe wskazuje, że termin

na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, należy liczyć od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanego

18 września 2023 r., a nie jak wskazuje Odwołujący, od dnia 30 października 2023 r. kiedy

to Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 30 października 2023 r. (pomimo unieważnienia czynności wyboru z dnia 18 września 2023 r.) nie przywracał terminu do zaskarżenia zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Ocena tej oferty została zakończona

18 września 2023 r. Nie zgadzając się z nią Odwołujący już wówczas powinien

był ją zaskarżyć. Zamawiający w dniu 30 października 2023 r. nie dokonał żadnych nowych czynności dotyczących oceny oferty Przystępującego. Czynność Zamawiającego

z 30 października 2023 r. stanowiła jedynie powielenie oceny oferty Przystępującego dokonanej w dniu 18 września 2023 r., a przyznana punktacja w ramach oceny ofert była konsekwencją tego, że oferta Przystępującego, jako oferta z najniższą ceną, otrzymała maksymalną ilość punktów w kryterium - cena. Ilość przyznanych punktów w zakresie pozostałych kryteriów była taka sama jak przyznana w dniu 18 września 2023 r.

W analogicznym stanie faktycznym wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w postanowieniu z dnia 7 listopada 2022 r. o sygn. KIO 2812/22, w którym to Izba uznała takie odwołanie za wniesione po upływie ustawowego terminu na jego złożenie.

Podobne stanowisko wynika z wyroku KIO z 26.04.2023 r. (sygn. KIO 1023/23), gdzie stwierdzono, że: *Jeżeli pierwszy wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce 28 lutego 2023 r., to termin na wniesienie odwołania wobec wyboru oferty najkorzystniejszej upływał 10 marca 2023 r. W interesie Odwołującego było dążenie do zapoznania się z pełną treścią dokumentacji postępowania tak, aby mógł on w pełnym zakresie kwestionować czynności lub zaniechania Zamawiającego.*

Przez podstawę do wniesienia odwołania, o której traktuje art. 515 ust. 1 pkt 1) Pzp należy rozumieć ocenę oferty Przystępującego. Została ona dokonana w dniu 18.09.2023 r. (tj. dacie pierwszego wyboru) i od tamtego czasu nie uległa zmianie. Zamawiający zweryfikował jedynie kwestie podmiotowe i w efekcie potwierdzenia warunków udziału oraz braku podstaw wykluczenia oferta Przystępującego, już wcześniej oceniona pozytywnie, została wybrana jako najkorzystniejsza.

Podsumowując, Zamawiający dokonując pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej zakończył badanie i ocenę merytoryczną wszystkich złożonych ofert. Podważanie tej oceny mogło się odbyć wyłącznie na ówczesnym etapie. W

rezultacie odwołanie, które wpłynęło w dniu 30 października 2023 r. wobec czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 18 września 2023 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia, zgodnie z przepisem art. 528 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania Odwoławczego dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3) w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605). Izba stwierdziła, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu na jego wniesienie.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Przepis art. 528 ustawy Pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu. Zgodnie z pkt 3 Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Termin na wniesienie odwołania, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp wynosi 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy przedstawiony przez Przystępującego znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego ustalenia poczynione przez Przystępującego uznaje za własne.

W ocenie Izby, zgodnie z treścią zarzutów podniesionych w odwołaniu, zaskarżoną czynnością jest wyłącznie zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego.

Zarzut nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej nie znajduje potwierdzenia w treści uzasadnienia odwołania. Wprawdzie w petitum odwołania, Odwołujący nawiązuje do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jednakże cała argumentacja dotycząca stawianych zarzutów odnosi się wyłącznie do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Odwołujący nie wskazał nawet podstawy prawnej, której naruszenie zarzuca Zamawiającemu w zakresie dotyczącym nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 555 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 ustawy odwołanie zawiera m. in. wskazanie czynności lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zwięzłe przedstawienie zarzutów, oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów

na poparcie przytoczonych okoliczności. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone

w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum),

a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza konieczność zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to więc konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu (por. wyrok KIO 1187/17 z dnia 26 czerwca 2017 r.; wyrok KIO 2165/17 z dnia 6 listopada 2017 r.)

Przenosząc powyższe na analizowany stan faktyczny, treść odwołania nie pozwala na stwierdzenie, że Odwołujący podniósł zarzut wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego. Zatem zarzuty podniesione w odwołaniu odnoszą się wyłącznie do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, a zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba ustaliła, że czynność, którą kwestionuje odwołujący tj. zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego nastąpiła 18 września 2023 roku. W tej bowiem dacie Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a z treści „Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej” wynika, że oferta złożona przez Przystępującego (Centrum Zaopatrzenia

Energetyki ELTAST Sp. z o.o.) podlegała punktacji w ramach kryterium oceny ofert.

Co oznacza w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta ta nie została odrzucona z postępowania, a więc Zamawiający ocenił jej treść jako zgodną z warunkami zamówienia. Ta okoliczność, w ocenie Izby jest decydująca dla określenia terminu, stanowiącego podstawę do wniesienia odwołania na czynność Zamawiającego, polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego. Powyższe dowodzi, że termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, należy liczyć od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej 18 września 2023 roku.

Czynnością ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27 października 2023 roku (o której poinformował wykonawców w dniu 30 października 2023 roku) Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę Zakład Elektryczny Krzysztof Zięba (uznaną w dniu 18 września 2023 roku za najkorzystniejszą) a za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. (Przystępującego).

Punktacja w ramach kryteriów oceny ofert przyznana Przystępującemu w dniu 27 października 2023 roku, z wyłączeniem ceny i punktacji łącznej, jest tożsama z przyznaną w dniu 18 września 2023 roku. Prowadzi to do wniosku, że ocena oferty Przystępującego nie uległa zmianie a jedynie nastąpiło powielenie decyzji zamawiającego w zakresie oceny tej oferty, jako zgodnej z warunkami zamówienia.

Wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, był więc konsekwencją otrzymanej łącznie najwyższej ilości punktów w kryterium oceny ofert. Jednakże, jak zostało to wykazane powyżej, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący nie zakwestionował.

Podkreślenia wymaga, że już w dacie 18 września 2023 r. różnica w ilości punktów przyznanych ofercie Przystępującego (na korzyść Przystępującego) wynikała jedynie z zaferowania niższej ceny, w stosunku do ceny zaferowanej przez Odwołującego.

Izba dodaje, że czynność oceny ofert z dnia 27 października 2023 roku była nową czynnością w postępowaniu, jednakże to nie na jej podstawie Odwołujący powziął wiedzę o zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego. Taką wiedzę Odwołujący powziął na podstawie „Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej” z dnia 18 września 2023 roku.

A zatem od 18 września 2023 roku rozpoczął się bieg terminu na wniesienie środków ochrony prawnej wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, który upłynął 28 września 2023 roku.

Dodać należy, że w okresie od 18 września 2023 roku do 27 października 2023 roku, Zamawiający nie dokonał żadnych nowych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które by mogły mieć lub miały wpływ na decyzję co do odrzucenia oferty Przystępującego. Gdyby takie czynności zostały podjęte przez Zamawiającego, mogłyby stanowić podstawę do wniesienia odwołania.

Izba nie uwzględniła argumentacji Odwołującego przedstawionej w piśmie procesowym z dnia 20 listopada 2023 roku oraz podczas posiedzenia z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania Odwoławczego.

Przede wszystkim w piśmie procesowym Odwołujący podnosi, że kwestionuje wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego z dnia 30 października 2023 roku, co jak Izba ustaliła nie znajduje potwierdzenia w treści odwołania.

Również nie została przez Izbę podzielona argumentacja odnosząca się do braku interesu we wniesieniu odwołania liczonego od daty 18 września 2023 roku i braku możliwości poniesienia szkody, zgodnie z którą *w dacie wyboru oferty Krzysztofa Zięby Odwołujący nie mógł skutecznie podnieść zarzutów skierowanych wyłącznie wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego (a tylko takie są zawarte w Odwołaniu wniesionym w sprawie niniejszej), Środek ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp przysługuje bowiem wyłącznie takiemu wykonawcy, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W sytuacji, gdy oferta Odwołującego była sklasyfikowana na trzecim miejscu (co miało miejsce w chwili wyboru oferty Krzysztofa Zięby), wniesienie odwołania kwestionującego zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego nie umożliwiłoby Odwołującemu uzyskania zamówienia, a jedynie w najlepszym przypadku „przesunięcie” jego oferty w klasyfikacji z trzeciego na drugie miejsce - co nie stanowiłoby o interesie Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Podnoszenie zarzutów w takiej sytuacji narażałoby Odwołującego na oddalenie odwołania, również wobec braku jakiegokolwiek wpływu na wynik Postępowania (tj. na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej).*

Odnosząc się do powyższego, nie umknęło uwadze Izby, że w pierwszych słowach argumentacji Odwołujący sam przyznał, że wnosi odwołanie wyłącznie wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego: *w dacie wyboru oferty Krzysztofa Zięby Odwołujący nie mógł skutecznie podnieść zarzutów skierowanych wyłącznie wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego (a tylko takie są zawarte w Odwołaniu wniesionym w sprawie niniejszej)* - czym Odwołujący potwierdził zasadność stanowiska Izba.

Argumentację Odwołującego należało by uznać za zasadną, gdyby nie istotna okoliczność, zgodnie z którą oferta

p. Krzysztofa Zięby, która została uznana za najkorzystniejszą w dniu 18 września 2023 roku podlegała odrzuceniu. Wybór tej oferty został zakwestionowany przez Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. (obecnego Przystępującego) w dniu 28 września 2023 roku, a odwołanie zostało uwzględnione przez Zamawiającego. Fakt, że postępowanie odwoławcze zostało umorzone w związku z jego uwzględnieniem przez Zamawiającego, i że Izba nie rozpoznała zasadności podnoszonych zarzutów, pozostaje bez wpływu na okoliczność, że oferta p. Krzysztofa Zięby podlegała odrzuceniu. Potwierdzeniem tej niezgodności było stanowisko pełnomocnika

p. Krzysztofa Zięby podczas postępowania odwoławczego, który nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, a ponadto sam przyznał zasadność zarzutów nr 1-3, wskazując, że pomimo braku zasadności zarzutu nr 4, każdy z pozostałych skutkuje odrzuceniem oferty. *Przystępujący oświadcza, że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania przy czym zaznacza, że nie zgadza się z zarzutem nr 4 odwołania, ze świadomością, że każdy z zarzutów jako zero-jedynkowy skutkuje odrzuceniem oferty* (vide: protokół z posiedzenia w sprawie KIO 2856/23 z 11 października 2023 roku).

Co więcej, Zamawiający w dniu 27 października 2023 roku dokonał odrzucenia oferty

p. Krzysztofa Zięby, na którą to czynność nie zostało wniesione odwołanie.

Zdaniem Izby, powyższe okoliczności stanowią potwierdzenie, że oferta p. Krzysztofa Zięby podlegała odrzuceniu.

Tak więc w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Odwołujący był uprawniony

do złożenia odwołania wobec zaniechania odrzucenia ofert uplasowanych na pierwszym

i drugim miejscu według rankingu ofert z dnia 18 września 2023 roku. Nie jest zatem zasadne twierdzenie, że mógł kwestionować jedynie zaniechanie odrzucenia oferty z drugiego miejsca (co pozbawiało go interesu we wniesieniu takiego odwołania), bowiem również oferta uznana za najkorzystniejszą podlegała odrzuceniu. Nie byłoby to działanie „na wszelki wypadek”, jak podnosił Odwołujący podczas posiedzenia. Okoliczność, że Odwołujący w dacie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej nie widział podstaw do odrzucenia oferty uplasowanej na pierwszym miejscu (jak przyznał podczas posiedzenia niejawnego), nie skutkuje tym, że termin ten będzie liczony od innej czynności Zamawiającego. W interesie wykonawcy jest bowiem dążenie do zapoznania się z należytą starannością z pełną treścią ofert, zwłaszcza uplasowanych na pozycjach wyższych w rankingu oceny ofert, w taki sposób tak, aby móc kwestionować zaniechanie ich odrzucenia.

Nie jest bowiem dopuszczalne, aby zarzut który powinien być prawidłowo podniesiony na danym etapie postępowania (w terminie określonych w art. 515 ustawy Pzp.) mógł być podnoszony na etapie późniejszym, z naruszeniem art. 515 ustawy Pzp.

W analizowanym stanie faktycznym nie występuje okoliczność, że Odwołujący mógł jedynie kwestionować wybór oferty z drugiego miejsca, bez kwestionowania oferty uplasowanej na miejscu pierwszym. Istniała bowiem realna możliwość podnoszenia zarzutów wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą. To, że Odwołujący zaniechał podnoszenia zarzutów wobec oferty p. Krzysztofa Zięby (bowiem ich nie dostrzegł) nie przesądza że oferta ta nie podlegała odrzuceniu. Należyta staranność wykonawcy nakazuje rzetelną ocenę ofert, a jej brak nie uzasadnia rozpoczęcia biegu terminu na wniesienia odwołania od innej czynności Zamawiającego.

W rozpoznawanym stanie faktycznym termin ten upłynął 28 września 2023 roku. Zatem odwołanie wniesione w dniu 9 listopada 2023 roku, należy uznać za spóźnione.

Zauważenia wymaga ponadto, że w okolicznościach, w których postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem procedury odwróconej, interes wykonawcy we wniesieniu odwołania wobec czynności zaniechania odrzucenia każdej oferty podlegającej odrzuceniu uplasowanej powyżej w punktacji, przysługuje wykonawcy nawet uplasowanemu na dalszej pozycji, pod warunkiem, że oferta uznana za najkorzystniejszą podlega odrzuceniu.

Taka właśnie okoliczność miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Odwołującemu w dacie 18 września 2023 roku przysługiwał interes we wniesieniu odwołania, bowiem oferta uznana za najkorzystniejszą podlegała odrzuceniu. To że Odwołujący

nie dostrzegł niezgodności jej treści z warunkami zamówienia, nie stanowi podstawy do wskazania dla niego innego, nowego terminu na wniesienie odwołania.

Terminy wyznaczone ustawą Pzp na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań zamawiającego mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605)

oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie

szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: