

WYROK

z dnia 18 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczącą: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2023 r. przez Odwołującego **BAUMARK Sp. z o.o. z siedzibą w Wyszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Szczytno**
orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2903/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Szczytno – prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją zadania pn.: Uzbrojenie terenów przemysłowych w miejscowości Szymany* (nr referencyjny: RR.PFZ.271.17.2023). zwane dalej „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 lipca 2023 r. pod nr 2023/BZP 00289467/01

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

W dniu 2 października 2023 r. wykonawca BAUMARK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wyszkowie (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami prawa czynności Zamawiającego w ww. Postępowaniu, polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 Pzp poprzez unieważnienie postępowania, gdzie postępowanie to nie jest obarczone żadną wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania
- b) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert i w jej toku dokonania wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść, ponieważ w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a Odwołujący odniósłby korzyść w wyniku realizacji zamówienia. Szkodę w tym przypadku należy definiować jako brak możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia, a tym samym brak możliwości osiągnięcia zysku.

Odwołujący w pierwszej kolejności przywołał brzmienie ust. 1 Formularza Ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, :

1. Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto (z podatkiem VAT) zł słownie: tym VAT w wysokości% wynosi zł słownie:, w tym:
1) za wykonanie I etapu umowy przez wykonawcę usług projektowych i robót budowlanych (kontrola nad prawidłowością wykonywania dokumentacji projektowej do uzyskania prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę) - zł brutto słownie: w tym podatek VAT ... % w kwocie słownie:
2) za wykonanie II etapu umowy (nadzór nad zgodnością wykonawstwa robót z dokumentacją projektową, umową o wykonanie robót budowlanych) - zł brutto słownie: w tym podatek VAT % w kwocie słownie:,

W dalszej kolejności Odwołujący przywołał treść działu XXIV „PROJEKTOWE POSTANOWIENIA UMOW” którego § 7 otrzymał brzmienie

§ 7 Wynagrodzenie

1. Za wykonanie przedmiotu umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe zgodne z przedstawioną przez siebie ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Wynagrodzenie określone w ust. 1 wynosi zł brutto słownie: w tym podatek VAT

23 % w kwocie słownie: w tym:

1) po wykonaniu I etapu umowy przez wykonawcę usług projektowych i robót budowlanych w wysokości **5 % wartości umowy**, o której mowa w ust. 2 (po dokonaniu odbioru dokumentacji projektowej i uzyskaniu prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę) - zł brutto słownie: w tym podatek VAT 23 % w kwocie słownie:

2) za wykonanie II etapu umowy (nadzór nad zgodnością wykonawstwa robót z dokumentacją projektową, umową o wykonanie robót budowlanych) - zł brutto słownie: w tym podatek VAT 23 % w kwocie słownie: płatne w trzech transzach na podstawie faktur częściowych wystawionych w kwocie proporcjonalnej do stopnia procentowego zaawansowania wykonania i odbioru nadzorowanych robót budowlanych.

Biorąc powyższe pod uwagę powyższe, w ocenie Odwołującego, aby prawidłowo obliczyć cenę za wykonanie etapu I oraz etapu II i wskazać prawidłowe wartości w formularzu ofertowym, wystarczy umiejętność czytania w języku polskim, a przede wszystkim zapoznanie się z całością zapisów SWZ, którego elementem był dział XXIV SWZ.

Odwołujący podkreślił, że każdy profesjonalnie działający podmiot zapoznaje się z całą dokumentacją zamówienia a nie tylko z formularzem ofertowym i wykonawcy powinni dołożyć wszelkich starań, aby składane przez nich dokumenty potwierdzały prawdę i były zgodne z Pzp oraz SWZ. Odwołujący ponownie wskazał, że w jego ocenie aby dokonać prawidłowej kalkulacji cen wystarczyło tylko przeczytać w całości SWZ co uczynił Odwołujący i inny wykonawca biorący udział w postępowaniu, wskutek czego nie mieli oni jakichkolwiek problemów z wyczeniem odpowiednich wartości dla etapu I i etapu II dla w/w zadania wraz ze wskazaniem ich w formularzu ofertowym. Tymczasem zdaniem Odwołującego pozostali wykonawcy składający oferty w przedmiotowym postępowaniu takich minimalnych starań (obejmujących zapoznanie się z całością SWZ) nie dołożyli. Z powyższego zdaniem Odwołującego wynika, że skoro dwóch wykonawców prawidłowo odczytało wszystkie zapisy z postępowania przetargowego i prawidłowo złożyło oferty, zgodnie z wymaganiami SWZ, to nie można mówić o postępowaniu obciążonym wadą.

Odwołujący podkreślił, że nieuzasadnione, bezpodstawne unieważnienie prawidłowo prowadzonego publicznego postępowania przetargowego jest niedopuszczalne, zabronione prawnie i może być postrzegane w kierunku niezgodnego z prawem unieważnienia, co ma na celu wyłonienie przez Zamawiającego pożądanego wykonawcy.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w dziale XVIII SWZ **ŚPOSOB OBLICZANIA CENY** Zamawiający zapisał w pkt 3 „Wykonawca, uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w SWZ, zobowiązany jest w cenie brutto ująć wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego oraz pełnego wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z warunkami wynikającymi z zamówienia”. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie Zamawiający wyraźnie wskazał wymóg w dziale XXIV SWZ jaki ma być procentowy poziom wynagrodzenia za etap I. Odnosząc się do działu XIX SWZ na który w uzasadnieniu unieważnienia postępowania powołuje się Zamawiający, Odwołujący stwierdził, iż dział ten nie ma nic wspólnego z prawidłowym skalkulowaniem kwot za etap I i etap II umowy.

Mając na uwadze przywołane wyżej fakty i okoliczności, w ocenie Odwołującego doszło bezspornie do naruszenia przez Zamawiającego wyszczególnionych przepisów ustawy Pzp i w konsekwencji wniesienie niniejszego odwołania za w pełni uzasadnione.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 października 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazywał, że w opisie przedmiotu zamówienia jak i w formularzu ofertowym nie doprecyzował jak winna zostać sporządzona oferta, a jedynie w projektowanych postanowieniach umowy wskazał zasady wypłaty wynagrodzenia. Wykonawcy złożyli oferty w sposób dowolny, wg własnej kalkulacji za poszczególne etapy zamówienia. Tym samym powstała rozbieżność % części składowej oferty za wykonanie I etapu umowy z założonym % częściowej wypłaty wynagrodzenia określonym w projektowanych postanowieniach umowy. Zamawiający przygotowując umowę dla Wykonawcy miałby trudność z wpisaniem wartości umowy za wykonanie poszczególnych etapów zamówienia, ponieważ kwoty ofert były niezgodne z założonymi % wypłaty wynagrodzenia. Doszło do uchybienia, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Zamawiający dokonując ponownie badania i oceny ofert, stanął na stanowisku, że powyższego nie może również skorygować jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3, ponieważ zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek nieoczywistych wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. Zatem z założenia umyślne zastosowanie rozwiązania całkowite odmiennego od wymagań zamawiającego nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 223 ust. 2 pkt 3, po drugie, poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Po uwzględnieniu odwołania w sprawie o sygn. KIO 2557/23 Zamawiający dokonał ponownej analizy SWZ i stwierdził, że doszło do niekonsekwencji przy jej sporządzaniu (brak spójności pomiędzy formularzem ofertowym a projektowanymi postanowieniami umowy) co doprowadziło do kalkulowania oferty w sposób dowolny (wg własnej kalkulacji kosztów) przez Wykonawców, co w dalszej kolejności doprowadziło do braku możliwości dokonania prawidłowego badania i oceny ofert i w konsekwencji wyboru najkorzystniejszej oferty. Treść formularza ofertowego oraz projektowane postanowienia umowy pozostają ze sobą w kolizji, były rozumiane przez wykonawców niejednoznacznie, co znalazło odzwierciedlenie w treści złożonych ofert. Mimo, że w trakcie postępowania żaden z wykonawców nie kwestionował treści formularza ofertowego, nie sposób zauważyć, że wada jest o tyle istotna, że Zamawiający nie może dokonać prawidłowego badania i oceny ofert, dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej i zawrzeć umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Istotne wady w dokumentach zamówienia nie podlegają konwalidacji, a także nie mogą powodować interpretacji treści ofert w ten sposób, że oświadczenie woli wykonawców byłoby dostosowywane przez Zamawiającego i danego wykonawcę do okoliczności sprawy. Treść SWZ jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego, a literalne i ścisłe jej egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz kluczowym warunkiem realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłączenie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert. Występująca wada przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uniemożliwia dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, bowiem Zamawiający naruszyłby fundamentalne zasady prawa zamówień publicznych – zasadę przejrzystości,

która wymaga, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawierało jasne reguły i aby istniały środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania oraz wcześniej ustalone kryteria, na podstawie których zamawiający podejmuje czynności, zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji - art. 16, art. 17 pzp, a także przepisy ustawy prawo zamówień publicznych dotyczące badania i oceny ofert –art. 223 – 226 pzp. Zamawiający analizując przesłanki do unieważnienia postępowania w trybie art. 255 pkt 6 pzp miał na względzie nie tylko nieusuwalność samej wady, którą obarczone zostało niniejsze postępowanie, ale również przewidywał, że wada ta może w przyszłości skutkować unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym na podstawie regulacji art. 611 pkt 2 pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

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

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nad realizacją zadania pn.: Uzbrojenie terenów przemysłowych w miejscowości Szymany” (nr referencyjny: RR.PFZ.271.17.2023).

Oferty w przedmiotowym postępowaniu w przewidzianym w SWZ terminie złożyło 4 wykonawców. Zamawiający w dniu 5 września 2023 r. poinformował o wyborze oferty Biuro Projektów Inżynierskich Sp. z o.o. z siedzibą w Szczycinie jako najkorzystniejszej.

Następnie w dniu 11 września 2023 r. Odwołujący wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sprawa sygn. akt KIO 2657/23) w którym wnosił o odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 pzp ofert Wykonawców: Biuro Projektów Inżynierskich Sp. z o.o. oraz Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie Prosta-Projekt.

Zamawiający w dniu 14 września 2023 r. przed otwarciem rozprawy uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, na skutek czego Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 20 września 2023 r. umorzyła postępowanie sygn. KIO 2657/23. W dniu 21 września 2023 r. Zamawiający przesłał zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz informację, że przystępuje ponownie do badania i oceny ofert w postępowaniu.

Dnia 25 września 2023 r. Zamawiający przesłał zawiadomienie o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający przywołał treść w formularza ofertowego, w którym wyodrębnił kwoty jakie należy skalkulować w ofercie:

1. Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto (z podatkiem VAT) zł słownie: tym VAT w wysokości% wynosi zł słownie:....., w tym:
1) za wykonanie I etapu umowy przez wykonawcę usług projektowych i robót budowlanych (kontrola nad prawidłowością wykonywania dokumentacji projektowej do uzyskania prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę) zł brutto słownie: w tym podatek VAT ... % w kwocie słownie:

2) za wykonanie II etapu umowy (nadzór nad zgodnością wykonawstwa robót z dokumentacją projektową, umową o wykonanie robót budowlanych) zł brutto słownie: w tym podatek VAT % w kwocie słownie:

Następnie przywołał brzmienie działu XXIV SWZ Projektowane Postanowienia Umowy, gdzie w § 7 ust. 1 i 2 określił:

„1. Za wykonanie przedmiotu umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe zgodne z przedstawioną przez siebie ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Wynagrodzenie określone w ust. 1 wynosi zł brutto słownie: w tym podatek VAT 23 % w kwocie słownie:, w tym:

1) po wykonaniu I etapu umowy przez wykonawcę usług projektowych i robót budowlanych w wysokości 5 % wartości umowy, o której mowa w ust. 2 (po dokonaniu odbioru dokumentacji projektowej i uzyskaniu prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę) - zł brutto słownie: w tym podatek VAT 23 % w kwocie słownie:

2) za wykonanie II etapu umowy (nadzór nad zgodnością wykonawstwa robót z dokumentacją projektową, umową o wykonanie robót budowlanych) - zł brutto słownie: w tym podatek VAT 23 % w kwocie słownie:, płatne w trzech transzach na podstawie faktur częściowych wystawionych w kwocie proporcjonalnej do stopnia procentowego zaawansowania wykonania i odbioru nadzorowanych robót budowlanych”.

Zamawiający wskazał, że zarówno w dziale XVIII SWZ SPOSÓB OBLICZENIA CENY i dziale XIX OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT nie dookreślono zasad kalkulowania oferty, za poszczególne etapy realizacji zamówienia. Niekonsekwencja przy sporządzaniu SWZ (brak spójności pomiędzy formularzem ofertowym a projektowanymi postanowieniami umowy) doprowadziła w ocenie Zamawiającego do kalkulowania oferty w sposób dowolny przez Wykonawców, co w dalszej kolejności doprowadziło do braku możliwości dokonania prawidłowego badania i oceny ofert, zaś treść formularza ofertowego oraz projektowane postanowienia umowy pozostają ze sobą w kolizji, mogły być rozumiane przez wykonawców niejednoznacznie, co znalazło odzwierciedlenie w treści ofert. Mimo, że w trakcie postępowania żaden z wykonawców nie kwestionował treści formularza ofertowego, zdaniem Zamawiającego nie sposób zauważyć, że wada jest o tyle istotna, że istnieje wiele możliwości próby jej usunięcia. Istotne wady w dokumentach zamówienia nie podlegają konwalidacji, a także nie mogą powodować interpretacji treści ofert w ten sposób, że oświadczenie woli wykonawców byłoby dostosowywane przez Zamawiającego i danego wykonawcę do okoliczności sprawy. Treść SWZ jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego, a literalne i ścisłe jej egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz kluczowym warunkiem realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców. Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert. Występująca wada przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uniemożliwia tym samym zdaniem Zamawiającego dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, bowiem Zamawiający naruszyłby fundamentalne zasady prawa zamówień publicznych – zasadę przejrzystości, która wymaga, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawierało jasne reguły i aby istniały środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania oraz wcześniej ustalone kryteria, na podstawie których zamawiający podejmuje czynności, zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zarzuty Odwołującego w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania w oparciu o przesłanki określone w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp są zdaniem Izby niezasadne, ponieważ Odwołujący nie skonkretyzował zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba zwraca uwagę na sposób sformułowania zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zdaniem Izby Odwołujący nie przedstawił zarzutów, o których mowa w art. 516 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz nie wskazał okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności (art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp). O ile, zdaniem Izby można mówić o wskazaniu podstaw prawnych przez Odwołującego, ale zabrakło okoliczności faktycznych, jak i dowodów na poparcie twierdzeń Odwołującego.

Tym samym zdaniem Izby nie doszło do skonkretyzowania zarzutów przez Odwołującego co do braku przesłanek zawartych w art. 255 pkt 6 Pzp. Zarzuty odwołania zostały sformułowane w sposób, który nie pozwalał poznać zasadniczych twierdzeń Odwołującego co do okoliczności faktycznych, na których zostały oparte, a także ich odniesienia do przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania w oparciu o ww. przepis.

Izba podkreśla, że jak wynika z literalnego brzmienia tego przepisu, dopiero łączne wystąpienie wskazanych w nim okoliczności skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Konieczne jest zatem łączne zaistnienie po pierwsze, naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania); po drugie, wada musi być niemożliwa do usunięcia; po trzecie, wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że Odwołujący nie wskazał okoliczności faktycznych i prawnych, które odnosiłyby się do wskazanych powyżej przesłanek wynikających z art. 255 pkt 6 Pzp, tj. nie wskazał z czego wnosi i na czym opiera swoje stanowisko, zgodnie z którym dokumentacja postępowania nie narusza przepisów ustawy Pzp, a tym samym nie jest obciążona wadą. Odwołujący nie odniósł się we wniesionym odwołaniu także do przyczyn unieważnienia przywołanych przez Zamawiającego, w tym nie przywołał okoliczności które podważałyby dokonaną przez Zamawiającego ocenę odnośnie istnienia wady postępowania oraz jej istotności w świetle przepisów i zasad udzielania zamówień. Odwołujący nie określił również dlaczego w jego ocenie treść dokumentacji nie skutkowałaby nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba zauważa, że Odwołujący argumentując wskazał jedynie, że wystarczająca jest sama lektura dokumentacji postępowania, aby stwierdzić, że w sposób nieuzasadniony, bezpodstawny unieważniono prawidłowo prowadzonego publicznego. Odwołujący powoływał się jedynie na rozumienie SWZ które było odmienne przez różnych wykonawców argumentując że przyjęte przez niego i drugi podmiot było słuszne. Odwołując się do treści SWZ nie doprecyzował jednak z czego wywodzi fakt prawidłowości sformułowań specyfikacji, jej niewadliwość oraz brak wpływu na ważność zawartej umowy. Izba zważa, że Odwołujący również na rozprawie nie poszerzył wcześniejszej szcątkowej argumentacji zawartej w odwołaniu.

Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 555 nowej ustawy Pzp, 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. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwem Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Okoliczności te – nawet jeśli są w ocenie Odwołującego oczywiste – muszą być w odwołaniu podniesione, opisane i uzasadnione.

Zgodnie bowiem z treścią art. 516 ust. 1 nowej ustawy Pzp, odwołanie powinno wskazywać m.in. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09, o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej. W powyższym wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że granice rozpoznania sprawy przez zarówno KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.

Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. Powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane

na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości kwestionowanych dokumentów, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Tym samym Odwołujący był zobowiązany wskazać w odwołaniu nie tylko podstawę prawną zarzutów, ale też co istotne, okoliczności faktyczne, na których te zarzuty opiera. Tylko tak sformułowane zarzuty umożliwiają stronie przeciwnej jakąkolwiek weryfikację ich zasadności oraz należyte przygotowanie swojego stanowiska procesowego.

Tym samym zdaniem Izby Odwołujący nie sformułował zarzutów odwołania w sposób umożliwiający weryfikację ich zasadności i już tylko z tego powodu należy uznać, że odwołanie nie mogło podlegać uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b oraz § 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 (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: