Sygn. akt: KIO 2232/23

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **UAB „ESSPO" w Oniksztach, Litwa** w postępowaniu prowadzonym przez **3 Regionalną Bazę Logistyczną w Krakowie**
przy udziale wykonawcy **Boryszew spółka akcyjna Oddział Boryszew ERG w Sochaczewie** zgłaszającego udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**Oddala odwołanie.**

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **UAB „ESSPO" w Oniksztach, Litwa** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **UAB „ESSPO" w Oniksztach, Litwa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od wykonawcy **UAB „ESSPO" w Oniksztach, Litwa** na rzecz zamawiającego **Boryszew spółka akcyjna Oddział Boryszew ERG w Sochaczewie** kwotę **368 zł 50 gr** (słownie: trzysta sześćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt groszy) z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 2232/23

U z a s a d n i e n i e

I. 3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie(dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa środków do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych", nr sprawy 96/2023/D.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 kwietnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 081-245451.

W dniu 31 lipca 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę UAB „ESSPO" w Oniksztach, Litwa (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał „czynności dokonanej przez Zamawiającego niezgodność z przepisami ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Boryszew S.A. Oddział Boryszew ERG w Sochaczewie, która to oferta z mocy prawa powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona jako złożona przez Wykonawcę, którego oferta nie spełnia w odpowiedni sposób warunków wynikających z przepisów ustawy i zapisów SIWZ, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 b) i 5)" Prawa zamówień publicznych.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o „uznanie wybranej przez Zamawiającego Oferty wykonawcy Boryszew S.A. Oddział Boryszew ERG w Sochaczewie uznanej za najkorzystniejszą — jako podlegającej odrzuceniu, dokonanie przez Zamawiającego ponownej oceny ofert i wybór jako najkorzystniejszej kolejnej oferty złożonej przez UAB „ESSPO".".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego wykonawca Boryszew spółka akcyjna Oddział Boryszew ERG w Sochaczewie (dalej: Przystępujący) skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania
ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu
w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, kwalifikowaną możliwością

poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania
#x200eo zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy. Ponadto Izba z urzędu dopuściła jako dowód w sprawie dokumentację postępowania odwoławczego KIO 1861/23.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Dostawa środków do odladzania sztucznych nawierzchni lotniskowych". Postępowanie prowadzone jest w dwóch częściach: zadanie nr 1 i zadanie nr 2. Odwołujący i Przystępujący złożyli oferty w obu częściach postępowania. W obu częściach postępowania oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 19 czerwca 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego w obu częściach postępowania.

Na powyższą czynność Zamawiającego Odwołujący złożył odwołanie w dniu 29 czerwca 2023 r., zarzucając „czynności dokonanej przez Zamawiającego niezgodność z przepisami ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Boryszew S.A. Oddział Boryszew ERG w Sochaczewie, która to oferta z mocy prawa powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona jako złożona przez Wykonawcę, którego oferta nie spełnia w odpowiedni sposób warunków wynikających z przepisów ustawy i zapisów SIWZ, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 b) i 5)" Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, a Przystępujący Boryszew (który również zgłosił przystąpienie do poprzedniego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego) złożył wówczas sprzeciw. Odwołanie zostało zwrócone z powodu braków formalnych postanowieniem sygn. akt KIO 1861/23.

Zamawiający zgodnie z zapowiedzią, zawartą w piśmie uwzględniającym odwołanie, powtórzył czynność badania i oceny ofert.

W ramach ponownej czynności, Zamawiający w dniu 11 lipca 2023 r. (pisma nr wych. 16737/23 i 16684/23), działając na podstawie art. 107 ust. 4 Prawa zamówień publicznych wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez Przystępującego wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych we wskazanym w tych pismach zakresie (skorelowanym z zarzutami odwołania z dnia 29 czerwca 2023 r.). W piśmie nr wych. 16737/23 Zamawiający ponadto wezwał Przystępującego do uzupełnienia wskazanych tam przedmiotowych środków dowodowych w zakresie zadania nr 2.

W dniu 19.07.2023 r. (pismo nr wych. 17358/23), Zamawiający, działając na podstawie art. 107 ust. 2 Prawa zamówień publicznych wezwał Przystępującego do uzupełnienia wskazanych tam przedmiotowych środków dowodowych w zakresie zadania nr 1.

Następnie Zamawiający przeanalizował złożone przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwania wyjaśnienia oraz uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych zarówno w zakresie zadania nr 1, jak i zadania nr 2, i uznał je za spełniające wymogi specyfikacji warunków zamówienia.

W konsekwencji Zamawiający w dniu 21 lipca 2023 r. dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, zarówno w zakresie zadania nr 1, jak i zadania nr 2.

Na powyższą czynność Odwołujący złożył odwołanie rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Odwołujący w tymże odwołaniu powtórzył zarzuty wraz z uzasadnieniem z odwołania wniesionego z dniu 29 czerwca 2023 r.

W rozpatrywanym obecnie odwołaniu, w uzasadnieniu, wskazując na podstawy faktyczne zarzutów, Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do uzupełnionych dokumentów i złożonych wyjaśnień, złożonych w ramach powtórzonej oceny ofert. Znaczna część uzasadnienia odwołania odnosi się do rozważań, czy Zamawiający mógł wziąć pod uwagę, dokonując ponownej oceny ofert, dokumenty załączone do sprzeciwu w postępowaniu sygn. akt KIO 1861/23. Tylko w tej części argumentacja obecnie rozpatrywanego odwołania różni się od argumentacji zarzutów, zawartej w uzasadnieniu odwołania sygn. akt KIO 1861/23.

Na rozprawie Zamawiający oświadczył do protokołu, że Odwołujący nie wnosił o udostępnienie dokumentacji postępowania w związku z powtórzoną czynnością badania i oceny ofert, co Odwołujący potwierdził. Odwołujący oświadczył, że nie wiedział o wezwaniu Przystępującego do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień, ponieważ

Zamawiający go nie poinformował o dokonaniu takiej czynności.

Na podstawie powyższych ustaleń Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 b Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, którazostała złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania kwestionował niezłożenie przez Przystępującego dokumentów, potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymogów Zamawiającego, a więc dokumentów przedmiotowych. Odwołujący w ogóle nie argumentował naruszenia art. 226 ust.1 pkt 2 b Prawa zamówień publicznych, nie wskazywał, że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu (nie przedłożył dokumentów podmiotowych).

Zgodnie z art. 555 Prawa zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzut składa się z podstawy prawnej (przytoczenia przepisu, którego naruszenie Odwołujący wskazuje w odwołaniu) i podstawy faktycznej (opisu, przez jakie czynności lub zaniechania Zamawiającego doszło do naruszeń). O ile jeszcze można przyjąć, że podstawę prawną można wywieść z jasnego opisu uchybień, to brak jakiegokolwiek uzasadnienia podnoszonego zarzutu, opartego wyłącznie o wskazanie podstawy prawnej, uniemożliwia rozpatrzenie zarzutu. Dlatego Izba oddaliła odwołanie zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 b Prawa zamówień publicznych.

W tym miejscu trzeba zauważyć, że być może Odwołujący utożsamił „warunki udziału w postępowaniu", o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 b Prawa zamówień publicznych z „warunkami zamówienia" z art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych. Rzeczywiście użycie przez Ustawodawcę tego samego określenia („warunki") w odniesieniu do różnych instytucji może być mylące. Jeżeli Odwołujący przyjął (błędnie), że w obu przepisach mowa o tych samych „warunkach", to wyjaśniałoby brak wskazania w odwołaniu podstawy faktycznej zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 b Prawa zamówień publicznych

Odwołujący zarzucał również naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, wskazując, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona, ponieważ nie odpowiada warunkom zamówienia.

Odnosząc się do uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, Izba stwierdziła, że zarzuty wraz z argumentacją odwołania rozpatrywanego w niniejszej sprawie odwoławczej są identyczne, jak zarzuty podniesione w sprawie sygn. akt KIO 1861/23. Odwołujący w tym zakresie powtórzył zarzuty, zarówno podstawy prawne, jak i faktyczne, bez uwzględnienia, że w ramach powtórnej oceny ofert Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienie dokumentów i wyjaśnień. Nie ma żadnej podstawy prawnej, z której wynikałby obowiązek Zamawiającego samodzielnego poinformowania Odwołującego o wszczęciu postępowania wyjaśniającego – to do Odwołującego należała inicjatywa zapoznania się z dokumentacją postępowania; Odwołujący na rozprawie przyznał, że żadnego wniosku w tym zakresie, po ponowionym wyborze oferty najkorzystniejszej, nie złożył.

Izba nie mogła się odnieść do wyjaśnień i dokumentów uzupełnionych w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert, ponieważ nie były objęte zarzutami rozpatrywanego odwołania. Izba również nie mogła odnieść się merytorycznie do zarzutów odnoszących się do dokumentów przed uzupełnieniem – te dokumenty Zamawiający uznał za obarczone brakami, stąd zastosowanie procedury wezwania na podstawie art. 107 ust. 2 i 4 Prawa zamówień publicznych. W tych okolicznościach rozważania Odwołującego zawarte w uzasadnieniu rozpatrywanego obecnie odwołania, odnoszące się do ewentualnego samodzielnego uzupełnienia dokumentów przez Przystępującego (przez załączenie ich do sprzeciwu od uwzględnienia odwołania w sprawie sygn. akt 1861/23) stały się bezprzedmiotowe. Jeżeli wcześniejsza, dokonana przez Zamawiającego, ocena dokumentów przedmiotowych złożonych przez Przystępującego była wadliwa, to Zamawiający sam tą wadliwość usunął. Czy odbyło się to skutecznie, Izba nie mogła ocenić w obecnym postępowaniu odwoławczym, ponieważ uzupełnionych dokumentów i wyjaśnień rozpatrywane odwołanie nie dotyczyło. Nie ma znaczenia, że przynajmniej część z tych dokumentów (uzyskanych w toku postępowania wyjaśniającego) mogła pokrywać się z dokumentami załączonymi przez Przystępującego do sprzeciwu w postępowaniu sygn. akt 1861/23 – były to dokumenty złożone, formalnie rzecz biorąc, poza postępowaniem o udzielenie zamówienia (co zresztą sam Odwołujący zauważał w treści odwołania na stronie 10 i 11).

Z tego powodu Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……