

Sygn. akt: KIO 1310/22

WYROK
z dnia 6 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2022 r. przez wykonawcę Alles Cool Chłodnictwo Klimatyzacja Wentylacja J. S. z siedzibą w Kępnie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto i Gminę Kórnik

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Alles Cool Chłodnictwo Klimatyzacja Wentylacja J. S. z siedzibą w Kępnie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Alles Cool Chłodnictwo Klimatyzacja Wentylacja J. S. z siedzibą w Kępnie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Alles Cool Chłodnictwo Klimatyzacja Wentylacja J. S. z siedzibą w Kępnie na rzecz Zamawiającego: Miasta i Gminy Kórnik kwotę 48 zł 50 gr (słownie: czterdzieści osiem złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

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 2021 r., poz. 1129 wraz 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 1310/22

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto i Gmina Kórnik wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę krytego boiska – lodowiska wraz z zapleczem socjalnym i infrastrukturą na terenie OSIR Kórnik”, nr postępowania B-FP. 271.11.2022.

W dniu 16 maja 2022 r. Odwołujący: Alles Cool Chłodnictwo Klimatyzacja Wentylacja J. S. z siedzibą w Kępnie powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sepochacz sp. z o. o. sp. k.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 16 maja 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej formułując zarzut w następujący sposób: **„Niniejszym zarzucamy wybór oferenta sprzecznie z wymogami SIWZ.”**

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający wezwał wskazaną spółkę do uzupełnienia, bowiem wraz z ofertą nie przedłożyła ona wymaganych w SIWZ dokumentów.

W szczególności wskazał, że konkurent nie wykazał zdolności finansowej, a także nie potwierdził wykonania robót wymaganych według SIWZ.

Zauważył, że w odpowiedzi na wezwanie urzędu oferent przedłożył dokumentację jakoby potwierdzającą wykonanie wymaganych robót budowlanych.

Odwołujący stwierdził również, że w wyniku weryfikacji dokumentów ustalił, że uzupełnienie złożone zostało przez konkurencję w dniu 6 maja 2022 r. i do uzupełnienia tego dołączono dokumenty potwierdzające wykonanie co najmniej jednej prawidłowo ukończonej i oddanej do użytku roboty budowlanej, polegającej na budowie obiektu sportowego o kubaturze min. 1200 m³.

Zaznaczył przy tym, że w tym zakresie oferent wskazał prace polegające na budowie sali sportowej o kubaturze 11205 m³ przy Szkole Podstawowej im. Ewerysta Estkowskiego wraz z zagospodarowaniem terenu.

Według Odwołującego - dokumenty przedłożone przez konkurencję w tej materii nie stanowią, że robota taka została oddana do użytku.

W związku z tym stwierdził również, że mając na uwadze terminy zakończenia prac można domniemywać, że faktycznie prace te zostały oddane do użytku.

Podniósł, że urząd nie może weryfikować dokumentów na podstawie domniemania, ale wyłącznie na podstawie dokumentów.

Odwołujący wskazał – według niego - na inną dużo istotniejszą kwestię, że jednym z wymogów SIWZ (strona 7 SIWZ) było wykazanie, że oferent wykonał co najmniej jedną prawidłowo ukończoną i oddaną do użytku robotę budowlaną, polegającą na wykonaniu, remoncie, modernizacji lub rozbudowie instalacji chłodniczej o mocy chłodniczej nie mniejszej niż 100kW, a konkurencyjny oferent nie wykazał spełnienia tego wymogu.

Podniósł, że zgodnie z SIWZ wymóg, o którym mowa należało spełnić na dzień złożenia ofert, podczas gdy wyżej wskazana spółka złożyła ofertę w dniu 26 kwietnia 2022 r., dokumenty natomiast uzupełniła w dniu 6 maja 2022 r.

Zwrócił uwagę, że jako wypełnienie wymogu wykonawca konkurencyjny wskazał rozbudowę infrastruktury magazynowo-konserwatorsko-wystawienniczej w Dziekanowicach.

Jednocześnie zaznaczył, że przedłożone dokumenty mając potwierdzać spełnienie wymienionego wymogu datowane są na dzień 4 maja 2022 r., tj. już po dniu złożenia ofert, a konkurencyjny oferent nie przedstawił żadnego dokumentu, że na dzień złożenia oferty ukończył robotę, na którą powołuje się, a co jeszcze ważniejsze nie udowodnił, że na dzień 26 kwietnia 2022 r. robota ta była oddana do użytku.

W ocenie Odwołującego - z dokumentów przedłożonych na wezwania wynika wręcz, że robota ta nie mogła być oddana do użytku na dzień 26 kwietnia 2022 r., a co więcej nie była też oddana do użytku na dzień 6 maja 2022 r.

W związku z powyższym – zdaniem Odwołującego - Urząd Miasta i Gminy Kórnik nie mógł dokonać wyboru oferenta Spochacz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, bowiem nie wykazał on, że spełnia wymogi określone w SIWZ.

W ocenie Odwołującego - oczywiste jest, że na dzień składania ofert wykonawca nie spełniał wymogów, o których mowa w SIWZ.

Mając powyższe na uwadze stwierdził, że Urząd Miasta i Gminy Kórnik zobowiązany był odrzucić ofertę firmy Spochacz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa.

Odwołujący również wskazał, że „Warto także w tym miejscu zastanowić się czy oferent Spochacz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa nie dopuścił się naruszenia prawa, jako że złożył w toku postępowania przetargowego oświadczenia niezgodne z prawdą.”.

W związku z tym wnosił o odrzucenie oferty firmy Spochacz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, względnie o unieważnienie postępowania od którego wniósł odwołanie.

Jednocześnie wnosił o ewentualne nakazanie wstrzymania zawarcia umowy do czasu rozpatrzenia odwołania i o nakazanie Zamawiającemu zwrotu kosztów postępowania, tj. opłaty od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Pismem z dnia 24 maja 2022 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w wykonaniu zarządzenia z dnia 20 maja 2022 r. składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Odwołującego – Alles Cool Chłódnictwo Klimatyzacja Wentylacja J. S. z siedzibą w Kępnie do uzupełnienia następujących braków w odwołaniu poprzez:

1) wskazanie podstawy prawnej zarzucanego przez Zamawiającego naruszenia prawa, to jest jej wskazanie przy czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy - element odwołania opisany w art. 516 ust.1 pkt 7 w związku z pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.),

2) wskazanie okoliczności prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności - element odwołania opisany w art.516 ust.1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.).

Pismem z dnia 23 maja 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie uwzględniając odwołanie w części stwierdzając, że w oparciu treść odwołania, Zamawiający kierując się najdalej idącą ostrożnością procesową oraz przychylnością dla zidentyfikowania możliwie największej ilości zarzutów odwoławczych (**pomimo braku wyraźnego i jednoznacznego sformułowania ich treści wynikającej z pisma Odwołującego**), uznaje możliwość zidentyfikowania następujących zarzutów odwoławczych:

I. wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy „SPOCHACZ Sp. z o.o. Sp. komandytowa”, pomimo, że wykonawca ten złożonymi podmiotowymi środkami dowodowymi nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego: „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał należycie, porównywalne z robotami budowlanymi stanowiącymi przedmiot zamówienia:

a) co najmniej jedną prawidłowo ukończoną i oddaną do użytku robotę budowlaną, polegającą na budowie obiektu sportowego o kubaturze minimum 1200m³, oraz

b) co najmniej jedną prawidłowo ukończoną i oddaną do użytku robotę budowlaną, polegającą na wykonaniu, remoncie, modernizacji lub rozbudowie instalacji chłodniczej o mocy chłodniczej nie mniejszej niż 100kW przy czym warunek zostanie również uznany za spełniony, jeżeli robota, o której mowa w pkt 4.1. lit v będzie wykonana łącznie z robotą, o której mowa w pkt 4.1.

II. wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy „Spochacz Sp. z o.o. Sp. komandytowa”, pomimo, że wykonawca ten złożonymi podmiotowymi środkami dowodowymi nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli udowodni, że posiada w banku lub spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie minimum 3 000 000 zł”

Całość argumentacji Odwołującego sprowadza się do tezy „W szczególności nie wykazała zdolności finansowej”.

Wobec powyższego Zamawiający stosownie do przepisu art. 522 ust. 3 ustawy Pzp oświadczył, że:

1) uwzględni zarzut wskazany powyżej w pkt I. jednocześnie nie czyniąc zadość żądaniu Odwołującego dotyczącym odrzucenia oferty Wykonawcy „Spochacz Sp. z o.o. Sp. komandytowa”, albowiem jest ono sprzeczne z przepisami ustawy Pzp i jako takie nie może zostać zrealizowane. W toku postępowania, Wykonawca „Spochacz Sp. z o.o. Sp. komandytowa” został jednokrotnie wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Powyższe skutkuje tym, że ewentualne odrzucenie oferty tego wykonawcy (czego żąda Odwołujący), musi zostać poprzedzone wdrożeniem procedury sanacyjnej względem złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych, polegającej na wyjaśnieniu złożonych podmiotowych środków dowodowych oraz ewentualnym wezwaniu do złożenia prawidłowych dokumentów zgodnie z art. 128 ustawy Pzp,

2) nie uwzględnił zarzutu wskazanego powyżej w pkt II. albowiem Wykonawca „Spochacz Sp. z o.o. Sp. komandytowa” złożył podmiotowy środek dowodowy wykazujący spełnienie ustanowionego w postępowaniu warunku udziału w postępowaniu, w

szczegółności został on sporządzony w prawidłowej formie, jego treść potwierdza w sposób nie budzący żadnych wątpliwości spełnienie warunku, został wystawiony przez uprawniony podmiot, oraz dokument został sporządzony wymaganym terminie (nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem) i przekazany w odpowiednim terminie.

Ponadto Zamawiający oświadczył, że mając na względzie powyższe, unieważnił w dniu 20 maja 2022 r. czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty „Spochacz Sp. z o.o. Sp. komandytowa” oraz podjęcie dalsze czynności w toku Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednocześnie w wykonaniu powyższego wezwania Odwołujący w piśmie z dnia 25 maja 2022 r. wskazał:

1. czynność: wybór oferenta Spochacz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (dalej Spochacz) podczas gdy oferta tego przedsiębiorstwa, z uwagi na niespełnienie przez niego wymogów określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ) winna podlegać odrzuceniu,

2. zaniechanie: nieodrzczenie oferty Spochacz, pomimo, że nie spełniała ona wymagań SWZ, dodatkowo:

3. zaniechanie: nieprzeprowadzenie procedury zgodnie z art. 128 ustawy w odniesieniu do zdolności finansowej Spochacz – chociaż w tej materii mając na uwadze, że i tak nie spełniał on wymogów określonych w SWZ byłoby to niecelowe bowiem i tak ten oferent nie mógł być wybrany.

Nadto, Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył art. 226 ustawy prawo zamówień publicznych, podnosząc, że „...stosownie do art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli ... została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Kolejno natomiast zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli ... jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”

Odwołujący ustosunkował się również do powyższego pisma Zamawiającego z dnia 20 maja 2022 r. wskazując, że Zamawiający poprzez uchylene decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, o czym mowa jest w piśmie Zamawiającego, przyznał rację Odwołującemu i potwierdził zasadność złożonego odwołania.

Zaznaczył przy tym, że decyzja o uchyleniu nie była wynikiem autokontroli jak wskazał w decyzji organ, ale była następstwem kontroli przeprowadzonej przez Odwołującego.

Zwrócił uwagę, że nieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nastąpiło w dniu 20 maja 2022 r., podczas gdy odwołanie złożone zostało w dniu 16 maja 2022 r.

Zauważył, że Zamawiający w piśmie wskazał, że przed odrzuceniem oferty zobowiązany jest przeprowadzić procedurę sanacyjną i przywołał na tą okoliczność art. 128 ustawy. Jednakże przepis ten stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Zarzucił, że „Rozkładając przepis na poszczególne elementy wskazać należy, że nie ma on zastosowania w niniejszej sprawie. Należy wezwać oferenta, jeżeli:

1. nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu
2. wyżej wskazane są niekompletne lub zawierają błędy.

Żaden z powyższych nie znajduje uzasadnienie w tym postępowaniu o zamówienie publiczne. Spochacz złożył oświadczenia o których mowa w art. 125 ust. 1. Podobnie Spochacz złożył środki dowodowe. Ponadto złożone oświadczenia nie są niekompletne ani też nie zawierają błędów. Osobną kwestią jest ich zgodność ze stanem faktycznym i prawnym, ale złożone zostały, a że niezgodne z wymogami Zamawiającego to już odrębna materia. Wyprzedzając ewentualne twierdzenia Spochacz czy też Zamawiającego należy podnieść, że trudno mówić o błędzie, jeżeli data wskazana przez Spochacz w wykazie robót jest zgodna z datą wskazaną na dokumencie który Spochacz przedłożył jako potwierdzenie spełnienia wymogu.

W konsekwencji Zamawiający nie tylko nie miał obowiązków wdrożenia procedury opisanej w art. 128 ustawy, ale wręcz nie miał do tego prawa. Natomiast w następstwie przedłożonych przez Spochacz dokumentów Zamawiający był zobligowany do odrzucenia jego oferty.

Warto przypomnieć, że ogólną zasadą jest, że przepisów prawa nie interpretuje się rozszerzająco. W związku z tym jak wykazano powyżej brak jest przesłanek do przeprowadzenia postępowania z art. 128 ustawy w zakresie w jakim chciałby do uczynić Zamawiający.

Przywołany przepis art. 128 pzp ma na celu usunięcie wątpliwości, wyeliminowanie błędów, ale z pewnością nie było założeniem ustawodawcy umożliwienie korekty oferty co miało by miejsce w niniejszej sprawie gdyby Zamawiający wezwał Spochacz do jak mniemamy wyjaśnień co do daty. Daty wskazane przez Spochacz nie są nie czytelne czy nie

budzą innych wątpliwości, poza tym, że nie są zgodne z wymogami (oczekiwaniem) Zamawiającego. W konsekwencji, gdyby uznać interpretację przepisu zgodną z Zamawiającym doszłoby do sytuacji w których umożliwiono by w praktyce wygrywanie zamówień oferentom „którzy mają wygrać”. Warto również wskazać na art. 128 ust. 3 ustawy który stanowi, że złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełnienia kryteriów selekcji. Oznacza to, że już sam ustawodawca wskazał, że celem procedury z art. 128 ustawy nie jest wykazanie spełnienia warunków określonych przez Zamawiającego a jedynie usunięcie wątpliwości w ofercie, których w niniejszej sprawie nie ma: data oferty - 26 kwietnia 2022 r., data potencjalnego (przy wersji optymistycznej dla Spochacz) spełnienia warunków – 4 maja 2022 r.

Przywołany przepis służy właśnie okolicznością takim jak przedłożone zaświadczenie o spełnieniu wymogów zdolności finansowej. Spochacz przedłożył dokument potwierdzający taką zdolność na dzień 05 maja 2022 r. podczas gdy winno być na dzień złożenia oferty. Jednakże w trybie art. 128 ustawy możliwe było wezwanie Spochacz do wykazania, że warunek ten spełniony był również na dzień 26 kwietnia 2022 r. Jednakże ta sama zasada nie będzie miała zastosowania dla wykonanych robót bowiem z dokumentów przedłożonych przez Spochacz jasno wynika, że robota nie została oddana do użytkowania na dzień ofertowania...”.

Ostatecznie, Odwołujący pismem z dnia 31 maja 2022 r. cofnął w części odwołanie dotyczące zarzutu zaniechanie: nieprzeprowadzenie procedury zgodnie z art. 128 ustawy w odniesieniu do zdolności finansowej Spochacz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty wykonawcy Spochacz sp. z o.o. sp. k. i w oparciu o załączone przez niego podmiotowe środki dowodowe, jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła oddalić odwołanie.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności, rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny prawnej dopuszczalności przedmiotowego odwołania.

Stosownie do art.505 ust.1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ani w swoim odwołaniu, ani na posiedzeniu czy rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie wykazał przesłanki poniesienia szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 maja 2022 r. oświadczył, że w dniu 20 maja 2022 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, zobowiązując się, że podejmie dalsze czynności w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w granicach przepisu art.128 ustawy Pzp.

W związku z tym, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający unieważniając przetarg na tym etapie stworzył sytuację prawną, która powoduje, że nawet wcześniejsze, domniemane i hipotetyczne naruszenie przez niego ustawy Pzp jest irrelewantne dla oceny możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w przyszłości, bowiem będzie on miał prawo do skorzystania z nowego środka ochrony prawnej, po przeprowadzeniu przez Zamawiającego ponownego badania i oceny oferty konkurencyjnej, a następnie dokonania przez niego ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przy czym na obecnym etapie wynik powyższego badania i oceny ofert, a także przyszłego wyboru najkorzystniejszej oferty nie jest przesądzony.

Wymaga również wskazania, że powyższe czynności są ustawowo zastrzeżone do kompetencji Zamawiającego (gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia Publicznego) i Izba nie może w nie wkraczać w sposób wyprzedzający w ich zakres, skoro jeszcze Zamawiający nie wykonał tych czynności.

Stosownie do art. 253 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone
– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z powyższego przepisu wynika w sposób jednoznaczny, że co do zasady czynności wyboru najkorzystniejszej oferty towarzyszy czynność odrzucenia oferty.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a zatem nie może być mowy o zaniechaniu odrzucenia oferty konkurencyjnej.

Na marginesie, Izba dostrzegła, że Odwołujący w piśmie z dnia 25 maja 2022 r. uzupełniającym braki formalne odwołania dokonał rozszerzenia zaskarżonych czynności (pierwotnie wskazał jedynie czynność wyboru, podczas gdy w piśmie uzupełniającym podniósł również zaniechanie nieodrżucenia oferty konkurenta i zaniechanie nieprzeprowadzenia procedury zgodnie z art.128 ustawy Pzp), a także rozszerzył zarzuty odwołania (pierwotnie wskazał jedynie zarzut sprzeczności wyboru oferty z wymogami SIWZ, przy czym w odwołaniu w ogóle nie przytoczył przepisu prawa, który Zamawiający naruszył poprzez powyższe działania lub zaniechania).

Przy tak sformułowanym zarzucie odwołania: **„Niniejszym zarzucamy wybór oferenta sprzecznie z wymogami SIWZ.”**, jedyną podstawę prawną dla takiego zarzutu można by wyprowadzić jedynie z przepisu art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Natomiast, odwołanie nie przewidywało zaniechania czynności Zamawiającego polegających na naruszeniu przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp (zaniechanie odrzucenia oferty konkurenta z powodu niespełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu) czy na naruszeniu art.128 ustawy Pzp (zaniechania uzupełnienia czy wyjaśnienia dokumentów, podmiotowych środków dowodowych).

Powyższe zabiegi Odwołującego dokonane w piśmie z dnia 25 maja 2022 r. – zdaniem Izby – stanowiły rozszerzenie zarzutów odwołania z dnia 16 maja 2022 r.

W myśl przepisu art.555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Reasumując, przedmiotowe odwołanie podlegało przede wszystkim oddaleniu z powodu nie wykazania przez Odwołującego przesłanek z art.505 ust.1 ustawy Pzp, gdzie ten w ogóle nie odniósł się do tego istotnego zagadnienia dotyczącego szkody decydującego o możliwości uznania odwołania za dopuszczalne czy nie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....