

WYROK
z dnia 15 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **W. S.A. w Nowym Targu** oraz **Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe ARM-ex B.M., M.M. sp. j. w Broniszewie**

w postępowaniu prowadzonym przez **3 Regionalną Bazę Logistyczną w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **B. Studio sp. z o.o. w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:**
 - a) **zarzutu, że wykonawca B. Studio sp. z o.o. w Krakowie nie złożył dokumentu potwierdzającego, że system zarządzania jakością spełnia wymagania zawarte w AQAP 2110 wydanie D, wersja 1,**
 - b) **zarzutu, że wykonawca B. Studio sp. z o.o. w Krakowie nie wykazał doświadczenia spełniającego warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ**

z powodu uwzględnienia ww. zarzutów przez zamawiającego,
2. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu, że wykonawca B. Studio sp. z o.o. w Krakowie niezgodnie z rzeczywistością oświadczył, że wykona zamówienie siłami własnymi z powodu wycofania odwołania w tej części,**
3. **oddala odwołanie w pozostałym zakresie,**
4. **kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W. S.A. w Nowym Targu oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe ARM-ex B.M., M.M. sp. j. w Broniszewie i:**

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **W. S.A. w Nowym Targu** oraz **Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe ARM-ex B.M., M.M. sp. j. w Broniszewie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - buty”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 grudnia 2018 r., nr 2018/S 238-543285.

21 lutego 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia W. S.A. w Nowym Targu oraz Przedsiębiorstwu Produkcyjno - Usługowo - Handlowemu ARM-ex B.M., M.M. sp. j. w Broniszewie, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej, w zakresie części 6 zamówienia, oferty złożonej przez wykonawcę B. Studio sp. z o.o. w Krakowie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 6 zamówienia,
 - 2) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
 - 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego w części 6,
- odwołujący wniósł 4 marca 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3, art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, po uprzednim naruszeniu przez przystępującego art. 25a ust. 1 pkt 1 w zw. z ust. 2 ustawy Pzp, co doprowadziło do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przy jednoczesnym nakazaniu zamawiającemu wykluczenia przystępującego i odrzucenia jego oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 6 przedmiotowego zamówienia publicznego, złożonej przez przystępującego pomimo faktu, że oferent ten nie spełniał warunków udziału w postępowaniu i złożył nieprawdziwe oświadczenia w JEDZ. Oferent nie spełnił następujących wymagań SIWZ:

- a) pkt VI ppkt j) - w odniesieniu do zadań nr 3-9 (strona 9 SIWZ), tj. nie posiada dokumentu potwierdzającego, że system zarządzania jakością spełnia wymagania zawarte w AQAP 2110 wydanie D wersja 1,

b) pkt VI ppkt j) - zaświadczenia wydane przez WOBWSM w Łodzi; zadanie 6 (strona 9 SIWZ), tj. nie posiadała aktualnego zaświadczenia potwierdzającego, iż oferowany przedmiot zamówienia odpowiada określonym przez zamawiającego specyfikacjom technicznym, a to (vide pkt XI ppkt 1.1) SIWZ - strona 15), że dostarczony przedmiot zamówienia zostanie wyprodukowany według wymagań określonych w Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej,

c) pkt V ppkt 1.2) - dla zadania nr 6, tj. oferent nie posiada doświadczenia spełniającego warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący wskazał ponadto, że w JEDZ przystępujący złożył następujące nieprawdziwe oświadczenia:

d) część II, pkt D - wykonawca oświadczył, że nie będzie zlecał wykonania zadania osobom trzecim w jakiegokolwiek części, a to implikuje, że oświadczył, że wykona jest własnymi siłami cały proces produkcyjny - a z informacji posiadanych przez odwołującego, których zamawiający nie zweryfikował, oferent nie posiada żadnego pracownika, a tym samym nie może wykonać zamówienia, co też wskazuje, że AQUAP i ISO nie mogły być skutecznie wprowadzone do firmy oferenta,

e) część III, pkt C - wykonawca oświadczył, że na dzień składania oferty i JEDZ nie wprowadził w błąd zamawiającego oraz nie zataił informacji, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy wykonawca nie posiadał w dniu składania tych oświadczeń zaświadczenia Wojskowego Ośrodka Badawczo- Wdrożeniowego Służby Mundurowej w Łodzi odnośnie półbutów wyjściowych, które zostało wydane 11.02.2019 r.

W uzasadnieniu zarzutu nr I – to jest zarzutu naruszenia pkt VI ppkt j) - w odniesieniu do zadań nr 3-9 (strona 9 SIWZ), tj. że wykonawca nie posiada dokumentu potwierdzającego, że system zarządzania jakością spełnia wymagania zawarte w AQAP 2110 wydanie D wersja 1 – odwołujący podniósł, że certyfikat ISO 9001:2015 wydany przez Polską Akademię Jakości Cert jest nieważny i wydany z naruszeniem zasad określonych przez Polskie Centrum Akredytacji. Na certyfikacie jednostka certyfikująca umieściła symbol akredytacji Polskiego Centrum Akredytacji Nr AC 137 QMS. Symbol akredytacji oznacza, że jednostka certyfikująca posiada potwierdzone kompetencje do oceny systemów zarządzania jakością. Na stronie internetowej Polskiego Centrum Akredytacji można pobrać zakres akredytacji Polskiej Akademii Jakości Cert, który odwołujący załączył do odwołania. W zakresie akredytacji Polskiej Akademii Jakości Cert nie ma kodu PKD 15 czyli produkcji obuwia. Tak więc jednostka certyfikująca nie może stosować symbolu akredytacji w certyfikatach, które dotyczą działalności firmy nie objętej zakresem akredytacji ponieważ nie ma kompetencji potwierdzonych przez PCA do oceny takiej organizacji. Względem

powyższego nie mogło dojść do wydania takiego certyfikatu, jednostka certyfikująca nie ma prawa stosować symbolu akredytacji poza zakresem.

Odwołujący argumentował również, że zaświadczenie wydane przez Przedsiębiorstwo Konsultingowe AGM mówi o wdrożeniu systemu zarządzania jakością AQUAP u wykonawcy. Nie potwierdza jednak spełnienia wymagań AQUAP nałożonych przez zamawiającego. Spełnienie wymagań systemowych, a wdrożenie wymagań, to dwie różne rzeczy, bowiem wdrożenie systemu nie gwarantuje spełnienia wymagań - a tego już jednostka certyfikująca nie potwierdza. Zaświadczenie to zostało wydane też z istotnymi błędami merytorycznymi, tzn. AQAP 2110 nie jest normą, jest publikacją standaryzacyjną zawierającą wymagania kontaktowe NATO. Jest to także zaświadczenie o wdrożeniu, co nie oznacza jednocześnie funkcjonowania i doskonalenia systemu opartego na wymaganiach publikacji AQAP. Zgodnie z punktem 3.1.1 Wytycznych wyd. A wersja 1 „Zasady stosowania sojusznich publikacji AQAP w okresie przejściowym i po jego zakończeniu” wydanymi przez Jednostkę Narodową (WCNJK) w przypadku wymagania systemu zarządzania jakością zamawiający może oczekiwać od dostawcy/wykonawcy przedłożenia certyfikatu zgodności jego systemu z wymaganiami normy PN - EN ISO 9001:2015 lub AS/EN 9100 wydanego przez akredytowaną jednostkę certyfikującą. Przystępujący posiada certyfikat ISO 9001:2015 wydany przez Polską Akademię Jakości CERT ze znakiem akredytacji, jednak jednostka ta nie posiada akredytacji w zakresie produkcji obuwia (wyrobów ze skór), o czym mowa wyżej.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący przedstawił uzasadnienia dla zarzutu nr II – to jest naruszenia pkt VI ppkt j) SIWZ oraz Część III, pkt C JEDZ - zaświadczenia wydane przez WOBWSM w Łodzi; zadanie 6 (strona 9 SIWZ), tj. zarzutu, że przystępujący nie posiadał aktualnego zaświadczenia potwierdzającego, iż oferowany przedmiot zamówienia odpowiada określonym przez Zamawiającego specyfikacjom technicznym, a to (vide pkt XI ppkt 1.1) SIWZ - strona 15), że dostarczony przedmiot zamówienia zostanie wyprodukowany według wymagań określonych w Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej.

Odwołujący podniósł, że w dokumentacji JEDZ przystępujący oświadczył, że spełnia warunki SIWZ i posiada potwierdzony wzór za zgodność z Wojskową Dokumentacją Techniczno- Technologiczną oraz wzorem PUIW - dla wzoru 916B/MON. Oświadczenia w pliku JEDZ zostały złożone w dniu 09.01.2018 r. (oczywista omyłka pisarska, bowiem chodziło zapewne o rok 2019), a Wojskowy Ośrodek Badawczo-Wdrożeniowy Służby Mundurowej w Łodzi wydał zaświadczenie w dniu 11.02.2019 r. - czyli ponad miesiąc później. W tym stanie rzeczy przystępujący fałszywie oświadczył, że ten warunek spełnia, bowiem nie mógł mieć takiej pewności, a WOBWSM w Łodzi mógł nie potwierdzić takiego wzoru. Nadmieniał, iż z dużym opóźnieniem przystępujący dostarczył ten dokument - zamawiający pismem z dnia 23.01.2019 r. wezwał przystępującego do złożenia tego

dokumentu do dnia 04.02.2019 r., a ten otrzymał go dopiero z WOBWSM w Łodzi dnia 11.02.2019 r. Przystępujący przedłożył zamawiającemu zaświadczenie o posiadaniu zatwierdzonego wzoru 916B/MON Półbuty wyjściowe wydane przez WOBWSM w dniu 11.02.2019 r., tj. po upływie :

- 28 dni po upływie terminu składania ofert w postępowaniu nr sprawy 33/2019,
- 62 dni od daty ogłoszenia postępowania przetargowego nr sprawy 33/2019.

Wskazuje to jednoznacznie na fakt, iż przystępujący na dzień 15.01.2019 r. tj. w terminie wyznaczonym na składanie ofert, nie dysponował zatwierdzonym wzorem 916B/MON stanowiącym potwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada określonym przez zamawiającego specyfikacjom technicznym. W świetle powyższego przystępujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu.

W dalszej części odwołujący przedstawił w pkt III uzasadnienie dla zarzutu naruszenia pkt V ppkt 1.2) SIWZ- dla zadania nr 6, w którym podniósł, że przystępujący nie posiadał doświadczenia spełniającego warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący argumentował, że zamawiający określił w SIWZ pkt. V ust. 2 wymagania w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych. Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał doświadczenie w wykonywaniu dostaw będących przedmiotem zamówienia, tj. należycie wykonał dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Przedmiotem zamówienia są półbuty wyjściowe wz. 916B/MON, zatem zgodnie z WDTT wz. 916B/MON - półbuty męskie produkowane systemem klejonym obejmującym pełny cykl produkcji składający się z głównych faz : faza I - rozkrój materiałów wierzchowych i spodowych, faza II - szycie cholewek, faza III - montaż obuwia tj. łączenie kompletnych cholewek z podeszwami za pomocą spoiny klejowej tzn. systemem klejonym.

Do oferty przystępujący załączył referencje dotyczące wykonania usługi z wykorzystaniem kompletnych materiałów i komponentów powierzonych przez zlecającego usługę i obejmującej wyłącznie jedną fazę produkcji, tj. montaż obuwia metodą wtryskową polegającą na połączeniu cholewek z zewnętrzną częścią podeszwy za pomocą wtryskiwanej warstwy poliuretanu z wykorzystaniem form wtryskowych i wtryskarki. Tak przygotowane referencje przez przystępującego nie stanowią potwierdzenia zdolności technicznych firmy: nie potwierdzają zdolności i przygotowania firmy do wykonywania produkcji obuwia w pełnym cyklu technologicznym i nie są dostawami obuwia odpowiadającymi swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Brak referencji opartych na dostawach obuwia wykonanego w firmie przystępującego w pełnym cyklu technologicznym, tj. obejmującym wszystkie fazy produkcji i odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia rodzi uzasadnione podejrzenie [lub stanowi podstawę stwierdzenia], iż

przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, z dokumentów przedstawionych przez przystępującego nie wynika jednoznacznie, który z podmiotów był rzeczywistym dostawcą obuwia, czy to była B. S.A. czy B. Studio sp. z o.o. Tym samym istnieje uzasadnione podejrzenie, iż dostawcą obuwia była firma B. S.A., firma B. Studio sp. z o. o. była jedynie podwykonawcą usługi dla firmy B. S.A.

W pkt IV odwołujący przedstawił uzasadnienie dla zarzutu naruszenia części II, pkt D JEDZ. Wywiódł, że wykonawca oświadczył, że nie będzie zlecał wykonania zadania osobom trzecim w jakiegokolwiek części, a to implikuje, że oświadczył, że wykona jest własnymi siłami - cały proces produkcyjny.

Odwołujący podniósł, że z informacji posiadanych przez niego, których zamawiający nie zweryfikował w trakcie trwania postępowania, przystępujący nie posiada żadnego pracownika w spółce, a tym samym nie może wykonać zamówienia, co też wskazuje, że AQUAP i ISO nie mogły być skutecznie wprowadzone do firmy przystępującego. Prezes Zarządu B. Studio Sp. z o.o. T.G. powiązany jest z wieloma podmiotami gospodarczymi, np. Comodita G.T., Angel Business Park Sp. z o.o., Work Studio Sp. z o.o., B. S.A., a tym samym może korzystać z tych podmiotów w przedmiotowym postępowaniu, bowiem - jak się zakłada - tam są pracownicy zatrudnieni, ale w kategorięczny sposób zmienia to zakres oświadczenia z JEDZ, gdzie oferent oświadczył, że siłami własnymi wykona zlecenie. Odwołujący z doświadczenia wie, że bez pracowników nie jest to możliwe, chyba, że w formie outsourcingu, który jednak w tym przypadku jest niedopuszczalny. Pod rozwagę odwołujący poddał też formułę wdrożenia ISO i AQUAP w spółce oferenta, bowiem bez pracowników wydaje się to, co najmniej, wątpliwe.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, tj. w zakresie:

- a) zarzutu, że przystępujący nie złożył dokumentu potwierdzającego, że system zarządzania jakością spełnia wymagania zawarte w AQAP 2110 wydanie D, wersja 1,
- b) zarzutu, że przystępujący nie wykazał doświadczenia spełniającego warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ.

W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca B. Studio sp. z o.o. w Krakowie. Nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w

odwołaniu. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

W trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 13 marca 2019 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w części, to jest w zakresie zarzutu, że wykonawca B. Studio sp. z o.o. w Krakowie niezgodnie z rzeczywistością oświadczył, że wykona zamówienie siłami własnymi (pkt IV uzasadnienia odwołania).

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp skierowane do przystępującego 23 stycznia 2019 r., odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie, wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przystępującego w dniu 7 lutego 2018 r., odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie, wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień skierowane do przystępującego w dniu 7 lutego 2019 r., wyjaśnienia przystępującego z dnia 11 lutego 2019 r., wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień skierowane do przystępującego w dniu 13 lutego 2019 r., wyjaśnienia przystępującego z dnia 18 lutego 2019 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21 lutego 2019 r., odwołanie, pismo procesowe odwołującego z dnia 11 marca 2019 r., odpowiedź na odwołanie z dnia 12 marca 2019 r., pismo procesowe przystępującego z dnia 13 marca 2019 r., zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 marca 2019 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska przedstawione przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę B. Studio sp. z o.o. w Krakowie uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego w zakresie części 6 zamówienia została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu względnie zaniechał czynności odrzucenia jego oferty skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, względnie odrzucenia jego oferty, czego efektem może być uzyskanie zamówienia w części VI przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej:

- a) zarzutu, że wykonawca B. Studio sp. z o.o. w Krakowie nie złożył dokumentu potwierdzającego, że system zarządzania jakością spełnia wymagania zawarte w AQAP 2110 wydanie D, wersja 1,
- b) zarzutu, że wykonawca B. Studio sp. z o.o. w Krakowie nie wykazał doświadczenia spełniającego warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 marca 2019 r. oświadczył, iż uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w tej części. Natomiast wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron w dniu 13 marca 2019 r. oświadczył, że nie zgłasza sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie*. Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co nie nastąpiło.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu, że wykonawca B. Studio sp. z o.o. w Krakowie niezgodnie z rzeczywistością oświadczył, że wykona zamówienie siłami własnymi (pkt IV uzasadnienia odwołania). W trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron w dniu 13 marca 2019 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze*. W przywołanym przepisie ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości

środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono także stanowisko opisane szeroko, interesująco i wyczerpująco w wyroku KIO z 24 września 2018 r. sygn. akt KIO 1817/18.

Odwołanie w zakresie rozpatrywanym merytorycznie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest: „dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania – buty” (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, pkt III.1).

Ustalono ponadto, że 21 lutego 2019 r. zamawiający w zakresie części 6 zamówienia dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy B. Studio sp. z o.o. w Krakowie (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 lutego 2019 r.).

Ustalono również, że od niniejszej czynności zamawiającego odwołujący wniósł odwołanie w dniu 4 marca 2019 r.

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 11 marca 2019 r., doręczonym odwołującemu i przystępującemu w dniu 12 marca 2019 r., zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w części 6 zamówienia z dnia 21 lutego 2019 r. (pismo z 11 marca

2019 r., złożone przez zamawiającego w trakcie posiedzenia Izby w dniu 13 marca 2019 r., w aktach sprawy).

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że zamawiający po wniesieniu odwołania unieważnił swą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 6 zamówienia z dnia 21 lutego 2019 r. Jednocześnie zamawiający wyjaśnił, że nie dokonał nowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazując, że na moment wyrokowania bada ofertę przystępującego.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp *odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.*

Ponadto zgodnie z art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, *Przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom, a także jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona. Zgodnie z ust. 2, wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.*

Z pierwszego z przywołanych przepisów wynika, że odwołanie musi być skierowane wobec konkretnej czynności lub zaniechania zamawiającego. Innymi słowy na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Z drugiego z przywołanych przepisów wynika natomiast, że Izba wydając wyrok zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a więc istniejący na moment zamknięcia rozprawy. Dostrzeżenia wymaga, że obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie znają instytucji zawieszenia w odniesieniu do zaskarżonych czynności i zaniechań zamawiającego. Powyższe oznacza, że zamawiający, pomimo wniesienia odwołania, może dokonywać w postępowaniu dalszych czynności o charakterze materialnoprawnym, w tym również takich, które niweczą lub znoszą skutki poprzednich czynności, nie wykluczając czynności/zaniechań zaskarżonych w odwołaniu. Powyższe nie zwalnia Izby od konieczności rozpoznania odwołania, w sytuacji gdy odwołujący w dalszym ciągu je popiera. Jednakże, z mocy art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, Izba przy wyrokowaniu zobowiązana jest wziąć pod uwagę stan istniejący na moment wyrokowania. W takiej sytuacji elementem, który Izba musi ocenić jest to, czy substrat zaskarżenia istnieje na moment wyrokowania w sprawie.

Odwołujący w trakcie rozprawy podniósł, że – w jego ocenie – w dalszym ciągu istnieje substrat zaskarżenia. Wskazał, że zamawiający wprowadził unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, ale zapowiedział, że nie zamierza wykluczyć przystępującego z udziału w postępowaniu z powodów wskazanych w pkt II uzasadnienia odwołania.

Zdaniem Izby, stanowisko odwołującego o istnieniu substratu zaskarżenia na moment wyrokowania w sprawie nie zasługiwało na uwzględnienie. Jak wynika z przywołanego przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie służy wykonawcy wyłącznie wobec czynności zamawiającego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Z przepisu tego wynika zatem, że odwołanie nie przysługuje wobec zamiaru czy zapowiedzi dokonania bądź niedokonania jakiejś czynności. Podkreślenia wymaga, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest tym momentem, który wyznacza koniec procesu badania i oceny ofert, w tym analizy istnienia podstaw wykluczenia. Zamawiający wybierając daną ofertę jako najkorzystniejszą przesądza, że oferta ta nie podlega odrzuceniu, a wykonawca który ją złożył nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Skutkiem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 6 było to, że zamawiający powrócił do etapu badania i oceny ofert, w tym oceny istnienia podstaw do wykluczenia przystępującego z postępowaniu. O zakończeniu tego procesu będzie można mówić w momencie zawiadomienia wykonawców o rezultatach badania (np. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej).

W niniejszej sprawie odwołujący podważył zasadność wyboru oferty przystępującego jednocześnie zarzucając zaniechanie wykluczenia oraz odrzucenia oferty przystępującego. W ocenie Izby uznać należy, że w opisanym przypadku zaniechanie wykluczenia/odrzucenia oferty najkorzystniejszej ściśle związane jest z czynnością jej wyboru. Zakwestionowana czynność została przez zamawiającego zniesiona. Jednocześnie nakazanie zamawiającemu dokonania określonych czynności oraz kwestionowanie przez Izbę przyszłych, hipotetycznych czynności - które nie zaistniały jeszcze w tym postępowaniu - nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby to poza ramy tego postępowania odwoławczego. Podkreślenia wymaga, że Izba ocenia prawidłowość czynności i zaniechań zamawiającego. Izba nie zastępuje zamawiającego w czynnościach postępowania, w szczególności nie może podejmować w postępowaniu czynności za zamawiającego, przejmując kompetencje komisji przetargowej i kierownika zamawiającego ani wykonywać czynności równoległych do czynności zamawiającego. Izba może oceniać jedynie legalność czynności lub zaniechań zamawiającego. Natomiast o zaniechaniu można mówić w sytuacji, gdy na moment wyrokowania zamawiający zakończy proces badania i z rezultatu tego badania będzie wynikało, że zamawiający uważa iż nie miał obowiązku wykonania określonej czynności.

Nie można się zgodzić także ze stanowiskiem odwołującego, który wywiódł, że nierozpoznanie merytorycznie zarzutu oznaczało będzie pozbawienie go środka ochrony prawnej wobec zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z powodu opisanego w pkt II uzasadnienia odwołania. Zdaniem Izby, odwołujący – w przypadku ponownego wyboru oferty przystępującego – będzie posiadał

instrumenty prawne umożliwiające mu wniesienie odrębnego odwołania na czynności lub zaniechania, które będą miały miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba doszła do przekonania, że nie ma podstaw do uwzględnienia odwołania w rozpatrywanym zakresie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 2, 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 2, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp, *koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 4a ponosi:*

- a) *odwołujący, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało oddalone przez Izbę,*
- b) *zamawiający, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało uwzględnione przez Izbę.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Koszty postępowania odwoławczego w zakresie umorzonym znoszą się wzajemnie (por. art. 186 ust. 6 pkt 1 i 2 lit. b ustawy Pzp per analogiam). O wyniku postępowania w analizowanej sprawie rozstrzyga zatem kierunek rozstrzygnięcia w zakresie rozpoznawanym merytorycznie (por. art. 186 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp per analogiam). Odwołanie – w zakresie rozpoznawanym merytorycznie - podlegało oddaleniu w całości. Kosztami postępowania odwoławczego obciążono zatem w całości odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: