

**WYROK**  
z dnia 17 marca 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**Smoked Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Wdrożeniowe „Manta” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Woziwoda z siedzibą w Woziwodzie**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Smoked Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Wdrożeniowe „Manta” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Smoked Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Wdrożeniowe „Manta” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością** tytułem wpisu od odwołania,

**2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Smoked Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Wdrożeniowego „Manta” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe – Nadleśnictwa Woziwoda kwotę 4 268 zł 64 gr (słownie: cztery tysiące dwieście sześćdziesiąt osiem złotych sześćdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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.

## Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Woziwoda prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę wieży (dostrzegalni) wraz z infrastrukturą techniczną w Nadleśnictwie Woziwoda w formule zaprojektuj, wybuduj i dostarcz” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/243-600545. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Smoked Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Wdrożeniowe „Manta” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu nieprawidłowy wybór oferty wykonawcy RETIS Construcion Sp. z o.o. i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy oraz zaniechanie analizy, czy w postępowaniu doszło do obejścia ustawy lub zмовы przetargowej, wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowy wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy RETIS Construcion Sp. z o.o. oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy RETIS Construcion Sp. z o.o., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz dopuszczenie się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty RETIS Construcion Sp. z o.o., powtórzenia czynności oceny oferty, wykluczenia wykonawcy RETIS Construcion Sp. z o.o. z postępowania,
2. zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego,
3. przeprowadzenie dowodu z dokumentów: zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 15 lutego 2021 na fakt nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, odpowiedzi

wykonawcy RETIS Construcion Sp. z o.o. na wezwanie z 3 lutego 2021 r. na fakt przyznania, iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z wyborem oferty najkorzystniejszej, bowiem wybrany wykonawca podlega wykluczeniu z uwagi na niespełnienie warunku udziału w zakresie doświadczenia.

Zgodnie z częścią 6.2 pkt 3) lit. a) tiret 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „warunek w zakresie doświadczenia zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że prawidłowo wykonał system monitoringu składający się z systemu telewizyjnej terenów leśnych z zastosowaniem systemu automatycznej detekcji dymu – co najmniej 2 pełne instalacje na terenach zwartych kompleksów leśnych o powierzchni minimum 2000 ha, składające się m.in. z min. 2 kamer – dostawa, montaż, uruchomienie. Monitoring umożliwiający obserwację terenu w promieniu minimum 15 km”. Z dokumentów złożonych przez wykonawcę RETIS Construcion Sp. z o.o. nie wynika, że wymienione w wykazie wykonanych instalacji systemu monitoringu (załącznik nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) składały się z min. 2 kamery. Z tego też względu Zamawiający, pismem z 2 lutego 2021 r., wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień lub poprawienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca wskazał, iż wykonał 3 instalacje, w ramach których wykorzystano 4 kamery, tj. w Nadleśnictwie Barlinek jedna kamera, Nadleśnictwie Złocieniec jedna kamera, Nadleśnictwie Chocianów 2 kamery. Z powyższego jednoznacznie wynika, że wykonawca wykazał doświadczenie w zakresie jednej pełnej instalacji składającej się z 2 kamer, zatem nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu.

W wyjaśnieniach wykonawca stwierdził, że miał prawo zsumować ilość kamer z 3 instalacji, bowiem Zamawiający dopiero w wezwaniu posłużył się terminem „każda”. Takie stanowisko wykonawcy nie zasługuje na aprobatę.

W przywołanym przez wykonawcę wyroku KIO 21/18 zamawiający w treści warunku użył określenia „zadania”, którego rozumienia nie dookreślił w treści dokumentacji przetargowej, natomiast zadanie świadczone było przez wykonawcę w wyniku zawarcia dwóch umów tożsamyh co do przedmiotu świadczenia, nieprzerwanie przez okres kolejnych 10 miesięcy przed terminem składania ofert, co jest zgodne z treścią postawionego warunku. Powyższego orzeczenia nie można powiązać z przedmiotowym postępowaniem.

Tymczasem Zamawiający wskazał, że pełne instalacje oznaczają dostawę, montaż i uruchomienie. Skoro zatem Zamawiający postawił warunek dwóch pełnych instalacji, składających się (instalacje składają się) m.in. z min. 2 kamer, to wbrew zasadom logiki jest rozumowanie wykonawcy, że można zsumować kamery z kilku instalacji.

Zamawiający nie musiał dodawać, że „każda instalacja powinna składać się z 2 kamer”, bowiem wynika to wprost z wykładni gramatycznej i celowościowej. Nie można wykonać pełnej instalacji (dostawa, montaż i uruchomienie) bez użycia chociaż 1 kamery. Co oznacza, przy warunku 2 pełnych instalacji, minimum 2 kamery. Zatem stawianie dodatkowego warunku min. 2 kamer byłoby pozbawione sensu, iluzoryczne i wbrew logice. Z tego też względu, mając na względzie wykładnię językową, argumentacja wykonawcy jest niezgodna ze stanem faktycznym i prawnym oraz stworzona jedynie na potrzeby wpłynięcia na decyzję Zamawiającego.

Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu dokonywana jest zero-jedynkowo. Wykonawca nie jest uprawniony do dokonywania wykładni rozszerzającej postawionych warunków udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia.

Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak również nie jest dopuszczalna wykładania uznaniowa (wyrok KIO 377/20; KIO 42/20). Na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To w interesie wykonawców leży dbałość o to, by postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie budziły wątpliwości. Wybrany wykonawca nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienia. Wykonawca nie ma obowiązku występowania o sposób rozumienia warunku przez zamawiającego, to w przypadku jego niejednoznacznego brzmienia, podejmując decyzję o udziale w postępowaniu, wykonawca, w swoim najlepiej pojętym interesie, powinien zwrócić się do zamawiającego z pytaniem pozwalającym mu na ocenę, czy np. posiada odpowiednie doświadczenie, bądź zaskarżenie rzeczoności warunku celem uzyskania jego modyfikacji. W odniesieniu do ewentualnych wątpliwości co do treści bądź zakresu stawianych przez zamawiającego wymogów, w przypadku podmiotu profesjonalnego, jakim jest przedsiębiorca działający na rynku, uprawnienie, o którym mowa w art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przereadza

się, przez pryzmat zasady zachowania należytej staranności w profesjonalnym obrocie, w obowiązek wykonawcy. Wykonawca, który wątpliwości co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wyjaśni, utraci możliwość powoływania się z korzyścią dla siebie na te okoliczności niezależnie od tego, jak zostałyby one rozstrzygnięte, gdyby faktycznie wystąpiły.

Uwzględniając wyjaśnienia wybranego wykonawcy Zamawiający *de facto* dokonał zmiany warunków udziału w postępowaniu. Dokonywanie jakichkolwiek zmian w trakcie postępowania jest niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych, a tym samym niedopuszczalne.

Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przede wszystkim poprzez brak traktowania wszystkich oferentów na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia oferty wykonawcy RETIS Construcion Sp. z o.o. skutkowało nieprawidłowym wyborem oferty najkorzystniejszej. Co za tym idzie, Zamawiający dopuścił się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Odwołujący wskazał, że „kończąc, warto zwrócić uwagę”, iż firma MWM Sp. z o.o. sp. k. udostępniła wybranemu wykonawcy swoje zasoby (w postaci referencji). Ta sama firma jest również członkiem konsorcjum biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu. Ci dwaj wykonawcy otrzymali największą liczbę punktów. Sytuację, w której jeden podmiot złożył ofertę jako wykonawca oraz występuje jako podwykonawca w ramach oferty innego wykonawcy, będąc obowiązany do realizacji znaczącej części zamówienia, należy ocenić nie tylko w świetle przepisów Kodeksu cywilnego, ale również na gruncie przepisów dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji oraz ochrony konkurencji.

Zgodnie z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego nieważna jest czynność prawna sprzeczna z ustawą oraz czynność prawna mająca na celu obejście ustawy. Czynność prawna mająca na celu obejście ustawy polega na takim ukształtowaniu jej treści, które z punktu widzenia formalnego (pozornie) nie sprzeciwia się ustawie, ale w rzeczywistości (w znaczeniu materialnym) zmierza do zrealizowania celu, którego osiągnięcie jest przez nią zakazane. A zatem dokonując czynności prawnej, wykorzystując prawnie dopuszczalne instytucje przewidziane przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (podwykonawstwo), doprowadza się do powstania sytuacji prawnej takiej samej lub bardzo zbliżonej do tej, która jest zabroniona (złożenie przez jeden podmiot więcej niż jednej oferty). Taka czynność prawna powinna zostać uznana za nieważną jako mająca na celu obejście przepisu 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta wykonawcy (będącego jednocześnie podwykonawcą) powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy

Prawo zamówień publicznych. Taką samą sankcją należy zastosować w stosunku do oferty wykonawcy, w ramach której wykonawca występował jako podwykonawca.

Powyżej opisaną sytuację Zamawiający obowiązany jest rozpatrywać również w kontekście regulacji dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji, w szczególności jako znowę przetargową. Stwierdzenie, czy konkretne zachowanie podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wymaga dokonania dokładnej analizy pod kątem zaistnienia znamion danej postaci czynu nieuczciwej konkurencji. W przypadku znowy przetargowej analizy należy dokonywać z uwzględnieniem celu czynu nieuczciwej konkurencji, którym to celem jest doprowadzenie do udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy czy też wyeliminowaniu lub ograniczeniu konkurencji na rynku.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dokonał żadnej analizy i żadnych ustaleń co do wskazanych powyżej kwestii, pomimo że sytuacja dotyczy dwóch najwyższych ocenionych ofert (różniących się jedynie ceną i to nieznacznie, a powołujących się na to samo doświadczenie i referencje). Nie ulega wątpliwości, że w takiej konfiguracji firma MWM Sp. z o.o. sp. k. i tak otrzymałaby zamówienie albo jako wykonawca, albo jako podwykonawca.

## II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zdaniem Zamawiającego zarzuty zawarte w odwołaniu są nieuzasadnione.

Zamawiający, po otwarciu ofert i przedłożeniu dokumentów przez wykonawcę RETIS Construcion Sp. z o.o., którego oferta była najkorzystniejsza, długo analizował, czy przedłożone referencje dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia w aspekcie jego opisu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w ogłoszeniu.

29 stycznia 2021 r. Zamawiający otrzymał od Odwołującego informację, w której wskazał, że w celu spełnienia kryterium doświadczenia „wykonawcy powinni wcześniej wykonać i móc udokumentować dwie pełne instalacje na terenach leśnych z zastosowaniem systemu automatycznej detekcji dymu. Zgodnie z SIWZ przez dwie pełne instalacje należy rozumieć dwie pełne instalacje składające się z dwóch kamer każda”. Zamawiający, interpretując postawiony warunek w ten sposób, zbędnie zasugerował się, że powinny to być dwie instalacje, z których każda ma składać się z dwóch kamer, co wykracza poza opisany przedmiot zamówienia. Intencją zamawiającego niewątpliwie nie mogło być żądanie wykazania w zakresie doświadczenia wykonania aż 4 kamer, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia stanowi wykonanie jedynie dwóch kamer. Dlatego też Zamawiający skierował do RETIS Construcion Sp. z o.o. wezwanie z 2.02.2021 r. do złożenia wyjaśnień lub

poprawienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W piśmie tym niepotrzebnie użyto słowo „każda”.

Odpowiedź na wezwanie przesłana przez RETIS Construction Sp. z o.o. z 3 lutego 2021 r., w szczególności przywołany wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 przekonała Zamawiającego, że wykonawca ten spełnił warunek w zakresie doświadczenia, nawet w sytuacji, gdyby przyjąć za zasadną interpretację Odwołującego co do wymaganej ilości kamer. W wyroku tym, w odpowiedzi na pytanie siódme Trybunał wskazał że „art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba, że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich”. Wyrok ten pozostaje aktualny również na gruncie dyrektywy 2014/24/UE i stanowi wykładnię prawa unijnego, do której zamawiający i wykonawcy powinni się stosować.

W ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, część 6.2 pkt 3 lit. a tiret 2, Zamawiający, określając warunek w zakresie doświadczenia nie zaznaczył wyraźnie, że wyklucza możliwość, na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celem zamówienia, powoływania się przez wykonawcę na większą liczbę umów jako na jedno zamówienie. Tym samym zamawiający nie mógł wykluczyć wykonawcy RETIS Construction Sp. z o.o. Oferta tego wykonawcy jest najkorzystniejsza, a oferta Odwołującego była dopiero na trzecim miejscu.

Zatem Zamawiający nie naruszył przepisów art. 91 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący, wskazując na drugą w kolejności ofertę firmy MWM Sp. z o.o. sp. k., zarzucił Zamawiającemu nierozpatrzenie sytuacji tej firmy w kontekście regulacji dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji, w szczególności jako zmowy przetargowej. Zdaniem Odwołującego złożenie oferty przez wykonawcę działającego w ramach konsorcjum, udostępniającego zasoby w postaci referencji wykonawcy, którego oferta okazała się najkorzystniejsza, stanowi naruszenie art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego i przepisów dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji, a oferta wykonawcy będącego jednocześnie podwykonawcą powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie zgodził się z tym stanowiskiem.

Na podstawie art. 82 ustawy Prawo zamówień publicznych każdy z wykonawców może złożyć tylko jedną ofertę w postępowaniu. Oznacza to, że złożenie więcej niż jednej oferty odniesie ten skutek, że zamawiający będzie zobligowany do ich odrzucenia. Nieco inaczej

wygląda natomiast sytuacja podwykonawcy, który występuje w podwójnej roli jako podwykonawca oraz jako wykonawca składający ofertę. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują w takim przypadku obowiązku odrzucenia ofert. Przepis art. 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie podwykonawcy. Prawo zamówień publicznych nie zabrania występowania tego samego podmiotu jako podwykonawcy w różnych ofertach bądź jako wykonawcy w jednej, a podwykonawcy w innej ofercie. Wobec tego nie ma również z tego względu zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nieporozumieniem jest też podnoszenie przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji – zmowy przetargowej. Wykazanie zmowy przetargowej zostało przedstawione w wyroku KIO 3269/20. Z przepisów art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika, że nie każde porozumienie między wykonawcami jest zakazane. Zabronione i niedopuszczalne przez prawo są jedynie takie porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji między wykonawcami. W kontekście powyższego stwierdzić trzeba, że niewystarczające jest wykazanie jakiegokolwiek porozumienia, ale musi to być porozumienie antykonkurencyjne, czyli takie, które prowadzi do zakłócenia konkurencji. Zakłócenie konkurencji oznacza sytuację, w której określony wykonawca, dzięki zawartemu z innym wykonawcą lub wykonawcami porozumieniu, może uzyskać zamówienie, chociaż jego oferta niekoniecznie jest ofertą najkorzystniejszą dla zamawiającego.

Zamawiający, analizując w postępowaniu oferty wszystkich wykonawców, nie dopatrył się zawarcia jakiegokolwiek porozumienia pomiędzy wykonawcami będącymi w rankingu na pierwszym i drugim miejscu, porozumienia, którego celem byłoby zakłócenie konkurencji. To, że podmiot udostępnił zasoby innemu wykonawcy, będąc jednocześnie jednym z partnerów konsorcjum (innego wykonawcy) nie może stanowić absolutnie o zmowie przetargowej. Zamawiający nie dysponuje dowodami bezpośrednimi czy pośrednimi na okoliczność zawartego pomiędzy wykonawcami porozumienia, które miałyby zakłócać konkurencję. Takimi dowodami nie dysponuje również Odwołujący, a zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania takich okoliczności i dowodów ciąży na Odwołującym.

Zamawiający zakwestionował interes prawny Odwołującego w aspekcie postanowienia art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż oferta Odwołującego znajdowała się na trzeciej pozycji, zatem w razie uwzględnienia odwołania mógłby zająć co najwyżej drugą pozycję, a więc nadal nie wygrywa postępowania.

### III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), natomiast do postępowania odwoławczego przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Izba stwierdziła także, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Przepis ten stanowi, że środki ochrony prawnej 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 (ustawy Prawo zamówień publicznych).

W ocenie Izby, zgodnie z przyjętym obecnie poglądem orzecznictwa, na gruncie aktualnego stanu prawnego związanego z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którym badanie zdolności wykonawców do wykonania zamówienia (w szczególności składanie dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.) nie odbywa się już jednoetapowo, sam fakt, że dany wykonawca znajduje się na dalszym niż drugie miejscu rankingu ofert, nie pozbawia go interesu we wniesieniu odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej, nawet jeśli nie kwestionuje ofert wykonawców znajdujących się na kolejnych pozycjach rankingu, gdyż ranking ten nie jest ostateczny, a w przypadku unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający może podejmować dalsze czynności w stosunku do tych wykonawców, np. ww. wezwania, o których mowa w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podczas rozprawy Odwołujący oświadczył, że część odwołania zaczynająca się od słów: „Kończąc, warto zwrócić uwagę” jest tylko uwagą do Zamawiającego, natomiast nie stanowi zarzutu odwołania. W związku z powyższym kwestia ta nie była przez Izbę rozpatrywana jako zarzut.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść oferty wykonawcy RETIS Construcion Sp. z o.o. i złożonych przez niego wyjaśnień oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz pism i stanowiska Odwołującego i Zamawiającego przedstawionego podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowy wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy RETIS Construcion Sp. z o.o. oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy RETIS Construcion Sp. z o.o., pomimo że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a przez to dopuszczenie się zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Przywołane przepisy stanowią:

Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”,

Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia”,

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”,

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy” (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Ze stanu faktycznego sprawy oraz zarzutów sformułowanych przez Odwołującego wynika, że w niniejszym postępowaniu odwoławczym przepis art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma w ogóle zastosowania, ponieważ zarzuty nie dotyczą nieprawidłowej oceny ofert według kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, np. nieprawidłowej punktacji ofert. Tym samym zarzut oparty o ten przepis nie mógłby się potwierdzić. Z kolei ewentualne naruszenie zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 i

ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych co do zasady jest jedynie konsekwencją innych działań zamawiającego.

Zgodnie z rozdziałem 6. pkt 6.2. ppkt 3 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ramach zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., tj. wymaganego doświadczenia, wykonawca miał wykazać, że prawidłowo wykonał system monitoringu składający się z systemu [obserwacji] telewizyjnej terenów leśnych z zastosowaniem systemu automatycznej detekcji dymu – co najmniej 2 pełne instalacje na terenach zwartych kompleksów leśnych o powierzchni minimum 2000 ha, składających się m.in. z min. 2 kamer – dostawa, montaż, uruchomienie. Monitoring umożliwiający obserwację terenu w promieniu minimum 15 km.

Na potwierdzenie powyższego, zgodnie z rozdziałem 7. pkt 7.3 ppkt 1 lit. c i d specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca miał przedstawić wykaz instalacji systemu monitoringu według załącznika nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia: wykaz min. 2 pełnych instalacji na terenach zwartych kompleksów leśnych o powierzchni minimum 2000 ha, składających się m.in. z min. 2 kamer – dostawa, montaż, uruchomienie. Monitoring umożliwiający obserwację terenu w promieniu minimum 15 km oraz dowody określające, czy instalacje wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zostały wykonane zgodnie z zamówieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

W załączniku nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wykaz wykonanych instalacji systemu monitoringu” wskazano: „Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia – wykaz min. 2 pełnych instalacji na terenach zwartych kompleksów leśnych o powierzchni minimum 2000 ha, składające się m.in. z min. 3 kamer – dostawa, montaż, uruchomienie. Monitoring umożliwiający obserwację terenu w promieniu minimum 15 km.” Przy czym Strony nie kwestionowały, że wymagana minimalna liczba kamer to 2, a nie 3.

Wykonawca RETIS Construcion Sp. z o.o. złożył „Wykaz wykonanych instalacji systemu monitoringu”, w którym wskazał trzy realizacje:

Rodzaj i zakres wykonanych instalacji / Wartość brutto (zł) / Data wykonania / Miejsce wykonania/ Nazwa podmiotu zamawiającego

1. Dostawa oraz montaż wraz z wdrożeniem systemu wczesnego wykrywania pożarów / 79.900 zł brutto / 30.03.2018 / Chocianów / Nadleśnictwo Chocianów,
2. Dostawa oraz montaż systemu monitoringu wizyjnego w ramach ochrony przeciwpożarowej / 76.645 zł brutto / 03.2020 / Barlinek / Nadleśnictwo Barlinek,

3. Modernizacja systemu monitoringu przeciwpożarowego / 71.207,16 zł brutto / 20.04.2019 / Złocieniec / Nadleśnictwo Złocieniec.

Pismem z 2 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał RETIS Construcion Sp. z o.o., powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., do „złożenia wyjaśnień lub poprawienia Wykazu wykonanych instalacji systemu monitoringu (załącznik nr 7 do SIWZ). Zgodnie z zapisami SIWZ – Warunek w zakresie doświadczenia zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że prawidłowo wykonał system monitoringu składający się z systemu telewizyjnej obserwacji terenów leśnych z zastosowaniem systemu automatycznej detekcji dymu – co najmniej 2 pełne instalacje na terenach zwartych kompleksów leśnych o powierzchni minimum 2000 ha, składające się m.in. z min. 2 kamer – dostawa, montaż, uruchomienie. Monitoring umożliwiający obserwację terenu w promieniu minimum 15 km. Z dokumentacji złożonej przez Wykonawcę nie wynika wprost, że wymienione instalacje systemu monitoringu składały się z min. 2 kamer każda. W związku z powyższym proszę o złożenie dowodów potwierdzających instalacje 2 kamer w każdej wykazanej instalacji lub złożenie poprawionego dokumentu wykazującego spełnienie warunku udziału w postępowaniu wraz z dowodami określonymi powyżej.”

W odpowiedzi RETIS Construcion Sp. z o.o. wskazał, że „zwraca uwagę na fakt braku w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej również jako SIWZ) wymogu wykazania przez wykonawcę wcześniejszego wykonania co najmniej 2 instalacji systemu monitoringu składających się z minimum 2 kamer każda, celem uznania, że spełniony został warunek w zakresie doświadczenia. Jak wynika z części 6.2 pkt 3) lit. a) tiret drugi SIWZ <<Warunek w zakresie doświadczenia zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że prawidłowo wykonał system monitoringu składający się z systemu telewizyjnej obserwacji terenów leśnych z zastosowaniem systemu automatycznej detekcji dymu – co najmniej 2 pełne instalacje na terenach zwartych kompleksów leśnych o powierzchni minimum 2000 ha, składające się m.in. z min. 2 kamer – dostawa, montaż, uruchomienie. Monitoring umożliwiający obserwację terenu w promieniu minimum 15 km>>. W rzeczonym zapisie brak jest słowa <<każda>> w odniesieniu do wymogu ilości kamer w danej instalacji. Potwierdzeniem tego jest również Państwa wezwanie do złożenia wyjaśnień, albowiem dopiero w tymże wezwaniu słowo <<każda>> zostaje przez Państwa użyte (...). Przywołane w zdaniu poprzedzającym sformułowanie różni się jednak od przedmiotowego zapisu SIWZ i w związku z tym jako użyte dopiero w wezwaniu do złożenia wyjaśnień nie może stanowić kryterium oceny spełnienia warunku doświadczenia przez RETIS Construction sp. z o. o. Z przedłożonej w ramach postępowania dokumentacji jednoznacznie wynika, że wykazano doświadczenie w zakresie wykonania 3 instalacji (o jedną więcej niż wymóg SIWZ), w ramach których wykorzystano 4 kamery (o dwie więcej niż wymóg SIWZ) – większa niż minimalna ilość kamer wynika już chociażby z ilości wykonanych instalacji

udokumentowanych w ramach postępowania, tj. trzech – Nadleśnictwo Barlinek jedna kamera, Nadleśnictwo Złocieniec jedna kamera, Nadleśnictwo Chocianów 2 kamery. W tym miejscu pragniemy przywołać wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt (...). Reasumując, w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wyłączył możliwości powołania się na większą ilość umów i w związku z tym uznać należy, że dopuszczalnym jest spełnienie wymogu minimalnej ilości kamer w powołaniu na większą niż dwie ilości umów jako jedno zamówienie. Raz jeszcze podkreślić należy, że terminem <<każda>> Zamawiający posłużył się dopiero w wezwaniu do złożenia wyjaśnień natomiast wezwanie to nie znajduje żadnego oparcia w treści SIWZ. Mając powyższe na uwadze uznać należy, że Retis Construcion sp. z o. o. wykazało spełnienie wymogu wskazanego w części 6.2 pkt 3) lit. a) tiret drugi SIWZ, do którego odnosi się wezwanie z dnia 02 lutego 2021 do złożenia wyjaśnień lub poprawienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu.”

5 lutego 20201 r. Nadleśnictwo Woziwoda, działając na podstawie zapisów Programu Funkcjonalno-Użytkowego (część I, pkt 3.6), stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaprosiło RETIS Construcion Sp. z o.o. do zaprezentowania oferowanego systemu monitoringu i zastosowanych rozwiązań (podłączenie wraz z prezentacją działania systemu i weryfikacji poszczególnych funkcjonalności) w siedzibie Nadleśnictwa w terminie do uzgodnienia.

Jak wynika z przywołanych powyżej postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przystępujący do przetargu wykonawca miał wykazać, że prawidłowo wykonał system monitoringu składający się z systemu [obserwacji] telewizyjnej terenów leśnych z zastosowaniem systemu automatycznej detekcji dymu – co najmniej 2 pełne instalacje na terenach zwartych kompleksów leśnych o powierzchni minimum 2000 ha, składające się m.in. z min. 2 kamer – dostawa, montaż, uruchomienie.

RETIS Construcion Sp. z o.o. wykazał, że wykonał 3 instalacje, w ramach których wykorzystano 4 kamery, tj. w Nadleśnictwie Barlinek jedną kamerę, w Nadleśnictwie Złocieniec jedną kamerę oraz w Nadleśnictwie Chocianów 2 kamery.

Sporne w postępowaniu odwoławczym było, czy wymóg „co najmniej 2 pełne instalacje składające się z min. 2 kamer” należy interpretować jako wymóg, by były to dwie kamery w każdej instalacji (jak wskazywał Odwołujący), czy też łącznie dwie kamery w obu instalacjach (jak wskazywał zamawiający oraz wykonawca RETIS Construcion Sp. z o.o.).

W ocenie Izby, jakkolwiek rację ma Odwołujący, że logicznie i celowościowo Zamawiający powinien był skonstruować warunek tak, by były to po dwie kamery w każdej instalacji (i nie

byłby to warunek wygórowany, gdy sam Zamawiający zamawia instalację z dwiema kamerami), to z językowej wykładni istniejącego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia taki wymóg jednoznacznie nie wynika. Zamawiający bowiem w sposób niedookreślony wskazał, że mają to być min. 2 pełne instalacje składające się z min. 2 kamer, nie zaś, że każda z instalacji ma posiadać dwie kamery. Ze względu zaś na to, że warunek ten nie został sformułowany w sposób wyraźnie wskazujący, że wymóg dwóch kamer dotyczy każdej z dwóch instalacji (ewentualnie trzech, czterech itd. instalacji, którymi wykazałby się wykonawca), to ze względu na zasadę przejrzystości postępowania, jak też uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie może być interpretowany w sposób, który z niego bezpośrednio nie wynika.

Jak też się okazało na przykładzie Nadleśnictwa Barlinek i Nadleśnictwa Złocieniec, zdarzają się również instalacje, w których zamawiający zamawiają po jednej kamerze w instalacji. Zatem faktu wymogu dwóch kamer w jednej instalacji nie można także wywodzić z użycia określenia „instalacja” czy jakichś minimalnych cech instalacji w tym zakresie. Nie można też wykluczyć, że istnieją zamawiający, którzy zamawiają przygotowanie instalacji bez samych kamer – z różnych powodów, np. już posiadają kamery, jak też samo wykonanie instalacji nie musi być kompletnym projektem, a kamery zostaną zainstalowane osobno. Zatem rzeczywiście przy dwóch instalacjach z kamerami nie może być mniejszej liczby kamer niż 2, ale z kolei bez wymogu dotyczącego minimalnej liczby kamer sytuacja mogłaby być odmienna i liczba kamer byłaby mniejsza niż 2.

Na marginesie – Izba już wcześniej wielokrotnie zwracała uwagę, że taki sposób formułowania warunków udziału w postępowaniu jak w niniejszym przypadku nie powinien mieć miejsca, gdyż jest nieczytelny i budzi właśnie takie spory jak w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Dlatego konieczne jest wskazywanie, czy minimalna liczba jest osobnym wymogiem dla każdej realizacji, czy też wymogiem łącznym (przez np. użycie słów „każdy”, „łącznie”). Natomiast w orzecznictwie przyjęto ogólną interpretację, że jeśli dany zamawiający nie wskazał, że chodzi o każdą realizację, to taki kontekst wypowiedzi jak obecnie rozpatrywany oznacza, że zamawiający nie wyłączył sumowania, zatem jest ono dopuszczalne.

Natomiast samo orzeczenie C-387/14, choć odnosi się do podobnego zagadnienia, nie ma zastosowania w tej sytuacji – swoją hipotezę go nie obejmuje, ponieważ w tym przypadku osobne realizacje były wręcz wymogiem, a sporne było jedynie, czy na gruncie brzmienia warunku dwie kamery mają być w każdej z realizacji.

Tym samym nie można stwierdzić, że na gruncie brzmienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 6. pkt 6.2 ppkt 3 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca RETIS Construcion Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia tego warunku.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2, § 5, § 8 ust. 2 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 20.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:

1) wpis, obejmujący:

- a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby,
- b) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu, oraz tłumaczy, w przypadku, o którym mowa w art. 548 ustawy,
- c) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę z urzędu;

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

- a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,
- b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,

c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,

d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Z kolei § 8 ust. 2 ww. rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący; w takim przypadku Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 20.000 złotych i zasądziła od Odwołującego zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych oraz dojazdu pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 668,64 złote.

**Przewodniczący:** .....

**Przewodniczący:** .....