

**WYROK**

**z dnia 1 marca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie **1 marca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **8 lutego 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako „Konsorcjum Leśne T.” (Firma Handlowo-Usługowa M. T., Łężyce, M. Z. „ŚWIERK”, Dańczów, Firma Handlowo-Usługowa B. M., Łężyce)**

w postępowaniu pn. *Wykonanie prac związanych z czynną ochroną ekosystemów leśnych w PNGS w 2021 r.* (nr postępowania 1/ZP/PN/ZAO/U/2021)

prowadzonym przez zamawiającego: **Park Narodowy Gór Stołowych z siedzibą w Kudowie-Zdroju**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Usługi Prac Leśnych i Rolniczych K. W., Dolina, Usługi Prac Leśnych K. Z., Złotno –** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:**

**1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**

**2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3917 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemnaście złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie.**

**Sygn. akt KIO 416/21**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 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.**

## Uzasadnienie

Park Narodowy Gór Stołowych z siedzibą w Kudowie-Zdroju {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Wykonanie prac związanych z czynną ochroną ekosystemów leśnych w PNGS w 2021 r.* (nr postępowania 1/ZP/PN/ZAO/U/2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 24 grudnia 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S\_251 pod poz. 631372.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

29 stycznia 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania w części nr 3 tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Usługi Prac Leśnych i Rolniczych K. W. {dalej: „K. W.”} z Doliny i Usługi Prac Leśnych K. Z. {dalej: „K. Z.”} ze Złotna {dalej łącznie zwani: „Konsorcjum Prac Leśnych” lub „Przystępującym”}.

8 lutego 2021 r. Firma Handlowo-Usługowa M. T. z Łęczyc, M. Z. „ŚWIERK” z Dańczowa oraz Firma Handlowo-Usługowa B. M. z Łęczyc – wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum Leśne T. {dalej również: „Odwołujący”} wnieśli w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania wykluczenia przez Zamawiającego Konsorcjum Prac Leśnych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 12 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Prac Leśnych, pomimo że nie wykazało, że spełnia określone przez Zamawiającego dla części nr 3 warunki udziału w postępowaniu.
2. Art. 7 ust. 3 – przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Prac Leśnych, pomimo że podlega ono wykluczeniu z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w części nr 3 zamówienia:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Wykluczenia Konsorcjum Prac Leśnych z powodu niewykazania warunków udziału

w postępowaniu.

3. Badania i oceny oferty Konsorcjum Leśnego T. i w konsekwencji wyboru jego oferty.

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Zamawiający w rozdziale VI pkt 6.2. ppkt 3. lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} określił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej: *Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 500 000 zł brutto na każdą część zamówienia. Jeżeli wykonawca składa ofertę na dwie lub trzy części zamówienia musi wykazać się odpowiednio dwu lub trzykrotnością tej kwoty.*

Jednocześnie Zamawiający dalej w pkt 6.4. wyraźnie zastrzegł: *W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 6.2. winien spełniać co najmniej jeden z tych wykonawców albo wszyscy ci Wykonawcy wspólnie z zastrzeżeniem, iż warunek opisany w pkt 6.2. ppkt 3) lit. a) winien spełniać co najmniej jeden z tych wykonawców.*

Ponadto Zamawiający określił w rozdziale VII pkt 7.1.:

- lit. a tiret siedemnaste, że informacje niezbędne do oceny spełniania warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia wykonawcy winni wskazać wypełniając w części IV lit. C wiersz drugi (pkt 1b) JEDZ;

– lit. b, że należy przedłożyć dowody (referencje) należytego wykonania usług wykazanych w JEDZ.

Z JEDZ złożonych przez wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum Prac Leśnych wynika, że na potwierdzenie spełniania warunku udziału, o którym mowa powyżej, wykazali oni w części IV, sekcji A, pkt 1b usługi o następującej wartości (a także przedłożyli stosowne referencje potwierdzające wysokość wykazanych kwot):

1. K. Z. – 3 usługi realizowane na rzecz Nadleśnictwa Zdroje: 1) 496.343,19 zł (umowa zawarta na 2018 r.), 2) 463.802,59 zł (umowa zawarta na 2019 r.), 3) 439.515,29 zł (w 2020 r.).
2. K. W. – 3 usługi realizowane na rzecz Nadleśnictwa Zdroje: 1) 3 18.680,70 zł (umowa zawarta na 2018 r.), 2) 258.614,72 zł (umowa zawarta na 2019 r.), 3) 282.872,91 zł (w

2020 r.)

Odwołujący podsumował, że jak wynika z powyższego zestawienia, żaden z konsorcjantów nie wykazał, aby samodzielnie wykonał co najmniej jedną usługę (czyli w ramach jednej umowy) o wymaganej wartości 500.000,00 zł brutto.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że przy ocenie spełniania przez Konsorcjum Prac Leśnych warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia zupełnie pominął ustanowione przez siebie wymaganie, aby był on spełniony przez co najmniej jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W ocenie Odwołującego przy tak określonym warunku udziału w postępowaniu nie jest dopuszczalne sumowanie wartości wykonanych usług z różnych umów.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wywiódł, że nawet jeżeli obaj konsorcjanci wykonywali na rzecz Nadleśnictwa Zdroje wspólnie jedną umowę, której wartość np. za 2018 r. po zsumowaniu wyniosłaby 815.023,89 zł (496.343,19 zł + 318.680,70 zł), nie jest uprawnione posługiwanie się doświadczeniem całego konsorcjum przez jednego z konsorcjantów i sumowanie wartości takich usług, gdyż wykonawca wspólnie ubiegający się z innymi wykonawcami o udzielenie zamówienia, a następnie współrealizujący z nimi umowę nabywa doświadczenie tylko i wyłącznie w zakresie odpowiadającym faktycznie i realnie zrealizowanej części takiego zamówienia. Stanowisko takie znajduje oparcie w zachowującym aktualność w tej sprawie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 kwietnia 2017 r. sygn. C-387/14:

*62. Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.*

*63. Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.*

*64. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.*

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że żaden z konsorcjantów nie wykazał, aby samodzielnie wykonał co najmniej jedną usługę (na podstawie jednej umowy), polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 500.000,00 zł brutto. Konstatacja taka musi skutkować uznaniem,

że Konsorcjum Prac Leśnych nie wykazało spełniania warunku dotyczącego doświadczenia określonego dla części 3 i w związku z tym powinno podlegać wykluczeniu, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą. W konsekwencji Zamawiający powinien przystąpić do badania o oceny oferty Konsorcjum Leśnego T. i dokonać jej wyboru jako najkorzystniejszej.

W odpowiedzi na odwołanie, która wpłynęła do Izby 1 marca 2021 r. (datowanej na 19 lutego 2021 r.), Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności wskazując następującą argumentację.

Zamawiający wywiódł, że wykładnia – jak to określił – „przedmiotowej części SIWZ” została dokonana przez Odwołującego w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji dokonana przez niego ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia. Natomiast oceny wskazanego warunku należy według Zamawiającego dokonać z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania, a także przedmiotu zamówienia. Stąd należy uznać, że doświadczenie Konsorcjum Prac Leśnych z okresu ostatnich trzech lat (2018-2020) zapewnia należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu – jak to określił – „niedyskryminującego charakteru innych wykonawców”.

Odnosząc się do rozważanej w odwołaniu kwestii doświadczenia całego konsorcjum i sumowania wartości usług wykonanych przez poszczególnych konsorcjantów, Zamawiający stwierdził, że stanowisko Odwołującego nie znajduje oparcia w przywołanym wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14. Do przyjęcia odmiennego poglądu skłania Zamawiającego przede wszystkim – jak to określił – „swoista argumentacja”, jaką w omawianym zakresie przyjmuje Krajowa Izba Odwoławcza np. w orzeczeniu z 4 lipca 2017 r. sygn. akt: KIO 1113/17, KIO 1122/17, KIO 1125/17, KIO 1129/17 oraz treść orzeczenia z 18 września 2017 r., gdzie Izba zwróciła też uwagę na obowiązującą zasadę solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i następnie realizujących zamówienie.

Zamawiający w ramach podsumowania powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 10 października 2013 r. w sprawie Provincia di fermo (C-94/12), w którym zwrócono uwagę, że w przypadku specyficznych zamówień można wymagać od konsorcjów wykazania pewnych kwalifikacji zawodowych wyłącznie od jednego z konsorcjantów, jeżeli nie można ich uzyskać przez proste połączenie potencjałów. Wówczas zamawiający może wymagać, aby pewien minimalny poziom kwalifikacji (np. w postaci ilości wykonanych zamówień) został wykazany wyłącznie przez jednego konsorcjanta. Warunkiem jest oczywiście proporcjonalność takiego wymogu do celów zamówienia.

Z ostrożności Zamawiający podniósł, że konsekwencją unieważnienia wyboru jako

najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Prac Leśnych w części nr 3 nie może być jego wykluczenie, lecz nakazanie powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż Zamawiający będzie umocowany na podstawie obowiązujących przepisów prawa do żądania od Konsorcjum Prac Leśnych uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Konsorcjum Prac Leśnych przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując następującą argumentację.

Według Przystępującego każdy z konsorcjantów z osobna spełnił warunek, o którym mowa w rozdziale VI pkt 6.2. ppkt 3. lit. a SIWZ {przytoczono w piśmie w brzmieniu identycznym jak w odwołaniu}.

Zdaniem Przystępującego według treści warunku usługi na kwotę 500.000 zł nie tyle mają być wykonane na podstawie jednej umowy, lecz jest to wartość usług, jaką trzeba udokumentować na każdą część zamówienia. W treści warunku nie ma bowiem żadnego zapisu, że prace trzeba wykonać w ramach jednej umowy. Zamawiający tłumaczy jedynie, jak należy rozumieć słowo „usługa”, co w nawiasie wyraźnie jest opisane (przez usługę rozumie się wykonanie prac na podstawie jednej umowy). Skoro warunkiem jest wykonanie co najmniej jednej usługi, nie mniej niż jedna usługa spełnia wymieniony warunek i jednocześnie jest to minimum. W konsekwencji błędne jest rozumowanie, że nie można zsumować większej liczby wykonanych usług.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący {który nie stawił się na posiedzenie i rozprawę pomimo prawidłowego zawiadomienia o ich terminie} pozostali przy swoich stanowiskach i argumentacji.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. –

Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może również ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż uniemożliwia mu to uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Niesporne były następujące okoliczności.

Po pierwsze, że Zamawiający w pkt 6.2. ppkt 3. lit. a) w zw. z pkt 6.4. rozdziału VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „specyfikacja” lub „s.i.w.z.”} sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej w następującym brzmieniu:

*Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaze, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 500 000 zł brutto na każdą część zamówienia. Jeżeli wykonawca składa ofertę na dwie lub trzy części zamówienia musi wykazać się odpowiednio dwu lub trzykrotnością tej kwoty.*

*W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 6.2. winien spełniać co najmniej jeden z tych wykonawców albo wszyscy ci Wykonawcy wspólnie z zastrzeżeniem, iż warunek opisany w pkt 6.2. ppkt 3) lit. a) winien spełniać co najmniej jeden z tych wykonawców.*

Po drugie, że z JEDZ złożonych przez wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum Prac Leśnych wynika, że na potwierdzenie spełniania warunku udziału, o którym



mowa powyżej, wykazali oni w części IV, sekcji A, pkt 1b tych dokumentów usługi dotyczące zrywki i pozyskania drewna wykonane na rzecz Nadleśnictwa Zdroje o następujących wartościach (co znalazło także potwierdzenie w referencjach złożonych na potwierdzające należytego wykonania tych zamówień):

1. K. Z. – 3 usługi o wartości (brutto): 1) 496.343,19 zł (umowa zawarta na 2018 r.), 2) 463.802,59 zł (umowa zawarta na 2019 r.), 3) 439.515,29 zł (w 2020 r.).
3. K. W. – 3 usługi o wartości: 1) 318.680,70 zł (umowa zawarta na 2018 r.), 2) 258.614,72 zł (umowa zawarta na 2019 r.), 3) 282.872,91 zł (w 2020 r.).

Po trzecie, że żadna wartość brutto każdej z powyższych sześciu wykazanych przez Konsorcjum Prac Leśnych usług jest niższa niż 500 tys. zł.

Wobec tego kluczowe znaczenie dla tej sprawy ma interpretacja przytoczonych powyżej postanowień specyfikacji, w których Zamawiający określił dla wykonawców ubiegających się o to zamówienie warunek udziału w zakresie zdolności technicznej, w tym określił, w jaki sposób mogą go spełnić wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie tego zamówienia. Ponieważ postanowienia te zostały sformułowane jednoznacznie i poprawnie językowo, nie ma nie tylko potrzeby, ale nawet podstaw, aby wykraczać poza ich wykładnię literalną (zgodnie z zasadą *clara non sunt interpretanda*).

Po pierwsze, w przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia w jednej części konieczne jest wykazanie należytego wykonania co najmniej jednej usługi dotyczącej prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna o wartości opiewającej na co najmniej 500 tys. zł.

Po drugie, w treści warunku wprost zostało przesądzone, że przez usługę rozumie się umowę, a w konsekwencji ustanowiony próg wartościowy musi zostać osiągnięty przez prace w zakresie zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna wykonane na podstawie jednej umowy.

Po trzecie, w odniesieniu do tego warunku wyłączona została zasada, zgodnie z którą zdolności lub potencjał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia podlegają sumowaniu, gdyż należywym wykonaniem usługi (umowy) w zakresie zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna musi wykazać się co najmniej jeden z wykonawców występujących wspólnie w tym postępowaniu.

Oczywiście błędna jest zatem interpretacja zaprezentowana przez Przystępującego, zgodnie z którą wymagany próg wartościowy mógł zostać osiągnięty przez zsumowanie większej liczby wykonanych usług (umów). Innymi słowy nie znajduje oparcia w brzmieniu warunku taka jego interpretacja, że im więcej usług (umów) złożyło się na wymaganą

wartość, tym lepiej.

O ile nie ma wątpliwości, że Zamawiający na etapie badania spełniania przez Konsorcjum Prac Leśnych powyższego warunku zinterpretował go w sposób odbiegający od jego brzmienia, o tyle Zamawiający do zamknięcia rozprawy nie sprecyzował dokładnie, jakie rozumienie warunku przyjął. Zamawiający powołał się bowiem ogólnikowo na to, że oceny spełniania tego warunku dokonał z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania, a także przedmiotu zamówienia.

Jedynie pośrednio na podstawie odpowiedzi na odwołanie i stanowiska wyrażonego ustnie na rozprawie domniemywać można, że Zamawiający na etapie weryfikacji spełniania przez Konsorcjum Prac Leśnych warunku określonego w s.i.w.z. odstąpił od egzekwowania zastrzeżenia, że w przypadku tego warunku usługi wykazane przez poszczególnych członków konsorcjum nie będą podlegały sumowaniu.

Umknęło uwadze Zamawiającego, że czynność określenia warunku udziału w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, względnie czynność jego zmiany w zgodzie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (poprzednio funkcjonującego pod nazwą Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości), na które aktualnie się powołuje, mogły zostać dokonane wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Natomiast po upływie tego terminu i otwarciu ofert nie ma już możliwości zmiany warunków, na których prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż – jak stanowi art. 38 ust. 4 pzp zd. 1 – w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie może również po upływie tego terminu wobec wykonawców, którzy złożyli oferty, odstąpić od egzekwowania określonych już ostatecznie warunków dla prowadzonego postępowania, niezależnie od tego, jak krytycznie sam je *post factum* ocenia. Specyfikację istotnych warunków zamówienia przez odesłanie z art. 14 § 1 pzp należy uznać w rozumieniu art. 70<sup>1</sup> § 4 Kodeksu cywilnego za zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem przetargu są obowiązani postępować. Ponieważ w zamówieniach publicznych warunki przetargu oprócz ogłoszenia są konkretyzowane w specyfikacji, należy ją również uznać za określającą warunki przetargu w rozumieniu Kodeksu cywilnego.

Drugą kluczową okolicznością, która na rozprawie okazała się być niesporna, jest to, że Zamawiający nie wzywał Konsorcjum Prac Leśnych do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt 6.2. ppkt 3. lit. a) w zw. z pkt 6.4. rozdziału VI.

Reasumując, o ile Zamawiający nieprawidłowo ocenił, że Konsorcjum Prac Leśnych wykazało spełnianie warunku, o którym mowa w pkt 6.2. ppkt 3. lit. a) w zw. z pkt 6.4. rozdziału VI, o tyle nie jest to wystarczające dla uznania, że Przystępujący podlega wykluczeniu, gdyż nie był w tym zakresie wzywany do uzupełnienia dokumentów.

W tych okolicznościach odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając sprawę w granicach zarzutu zawartego w odwołaniu, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Prac Leśnych, które nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu, jest przedwczesny z uwagi na art. 26 ust. 3 pzp, którego naruszenie nie zostało objęte odwołaniem.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Jak już powyżej zaznaczono, z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.)

Izba zważyła, że według art. 552 ust. 1 pzp wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Ponieważ Zamawiający nie wzywał Konsorcjum Prac Leśnych do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku, którego nie udało mu się wykazać za pomocą pierwotnie złożonych dokumentów, czyli dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp, za bezzasadny, bo przedwczesny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp, gdyż Zamawiający ma obowiązek dokonać czynności, o której mowa w art. 26 ust. 3 pzp i nie można z góry przesądzić, jaki będzie jej rezultat.

Zgodnie natomiast z art. 555 npzp {poprzednio identyczną regulację zawierał art. 192 ust. 7 pzp} Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 pzp) {obecnie analogiczną regulację zawiera art. 513 pkt 1 i 2 npzp} oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Wniesione w tej sprawie odwołanie, jak to powyżej ustalono, nie zawiera zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum Prac Leśnych do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału, czyli zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 pzp. Wręcz przeciwnie, odwołanie ogranicza się do okoliczności, które miałyby wskazywać na definitywne niewykazanie przez Konsorcjum Prac Leśnych warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, co miałyby prowadzić do wykluczenia go z tego postępowania o udzielenie zamówienia.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp przez Zamawiającego, gdyż Zamawiający co najwyżej mógł naruszyć art. 26 ust. 3 pzp, co jednak znajduje się poza granicami kognicji Izby w tej sprawie.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a-b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty

## **Sygn. akt KIO 416/21**

Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, potwierdzone złożoną fakturą, oraz koszty dojazdu samochodem na posiedzenie w wysokości obliczonej wg tzw. kilometrówki, według złożonego zestawienia.