

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 3 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **Acer sp. z o.o. w Międzyrzeczu** (sygn. akt KIO 1921/24);

B.w dniu 3 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **Gamuza sp. z o.o. w Bielsku-Białej** (sygn. akt KIO 1939/24);

C.w dniu 3 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **M.O., prowadzącego w Łomnicy działalność gospodarczą pod firmą M.O., Zakład Zadrzewień Zieleni i Rekultywacji Abies** (sygn. akt KIO 1949/24)

w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A w Konstancinie Jeziornej** przy udziale:

1. uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1921/24:

A. wykonawcy **K.M., prowadzącego w Żdanowie działalność gospodarczą pod firmą K.M. - Usługi Leśno-Budowlane „DREWBUD”**,

B. wykonawcy **AD. prowadzącego w Płocku działalność gospodarczą pod firmą: Drwalex AD.**,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o. o. w m. Durdy** oraz **Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o. o. w m. Durdy**,

D. wykonawcy **Gamuza sp. z o.o. w Bielsku-Białej**,

E. wykonawcy **MatPark sp. z o.o. w Gródku nad Dunajcem**,

F. wykonawcy **SOEN sp. z o.o. w Gronowie Górnym**

2. uczestników po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1921/24:

A. wykonawcy **Ekolas II sp. z o.o. w Przygodzicach**

3. uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 1939/24:

A. wykonawcy **SOEN sp. z o.o. w Gronowie Górnym**

3. uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 1949/24:

A. wykonawcy **AD. prowadzącego w Płocku działalność gospodarczą pod firmą: Drwalex AD.**,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o. o. w m. Durdy** oraz **Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o. o. w m. Durdy**,

C. wykonawcy **K.M., prowadzącego w Żdanowie działalność gospodarczą pod firmą K.M. - Usługi Leśno-Budowlane „DREWBUD”**,

orzeka:

KIO 1921/24

1. uwzględnia częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietów nr 24 i 26, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie ww. pakietów, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazów osób złożonych w zakresie ww. pakietów przez wykonawcę **MatPark sp. z o.o. w Gródku nad Dunajcem**,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Acer sp. z o.o. w Międzyrzeczu w części 1/2** oraz **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A w Konstancinie Jeziornej w części 1/2** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Acer sp. z o.o. w Międzyrzeczu** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **zamawiającego** tytułem **wynagrodzenia pełnomocnika**, kwotę **531 zł 17 gr** (słownie: pięćset trzydzieści jeden złotych siedemnaście groszy) poniesioną przez **zamawiającego** tytułem **dojazdu na posiedzenie Izby**,

3.2.zasądza od **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A w Konstancinie Jeziornej**na rzecz wykonawcy **Acer sp. z o.o. w Międzyrzeczu** kwotę **5.434 zł 42 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta trzydzieści cztery złote czterdzieści dwa grosze grosze),

3.3.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Acer sp. z o.o. w Międzyrzeczu** kwoty **5.000 zł 000 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej nadpłacony wpis od odwołania,

KIO 1939/24

4.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 20, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie ww. pakietu, w tym odrzucenie oferty wykonawcy **Soen sp. z o.o. w Gronowie Górnym** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niewykazania przez ww. wykonawcę, że cena jego oferty w zakresie pakietu nr 20 nie jest rażąco niska,

5.kosztami postępowania obciąża **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A w Konstancinie Jeziornej** i:

5.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 g r** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Gamuza sp. z o.o. w Bielsku-Białej** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **338 zł 00 gr** (słownie: trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy), poniesioną przez **odwołującego** tytułem **dojazdu na posiedzenie Izby**, kwotę **17 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście złotych zero groszy), poniesioną przez **odwołującego** tytułem **opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa**,

5.2.zasądza od **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A w Konstancinie Jeziornej**na rzecz wykonawcy **Gamuza sp. z o.o. w Bielsku-Białej** kwotę **18.955 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby, opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa,

KIO 1949/24

6.oddała odwołanie,

7.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **M.O., prowadzącego w Łomnicy działalność gospodarczą pod firmą M.O., Zakład Zadrzewień Zieleni i Rekultywacji Abies** i:

7.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 g r** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M.O., prowadzącego w Łomnicy działalność gospodarczą pod firmą M.O., Zakład Zadrzewień Zieleni i Rekultywacji Abies** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez **zamawiającego** tytułem **wynagrodzenia pełnomocnika**, kwotę **531 zł 17 gr** (słownie: pięćset trzydzieści jeden złotych siedemnaście groszy) poniesioną przez **zamawiającego** tytułem **dojazdu na posiedzenie Izby**,

7.2.zasądza od wykonawcy **M.O., prowadzącego w Łomnicy działalność gospodarczą pod firmą M.O., Zakład Zadrzewień Zieleni i Rekultywacji Abies** na rzecz **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A w Konstancinie Jeziornej** kwotę **4.131 zł 17 gr** (słownie: cztery tysiące sto trzydzieści jeden złotych siedemnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby,

7.3.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **M.O., prowadzącego w Łomnicy działalność gospodarczą pod firmą M.O., Zakład Zadrzewień Zieleni i Rekultywacji Abies** kwoty **5.000 zł 000 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej nadpłacony wpis od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1921/24; KIO 1939/24; KIO 1949/24

Uzasadnienie

Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. w Konstancinie Jeziornej, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem są „Kompleksowe prace wycinkowe na liniach

przesyłowych najwyższych napięć w latach 2025-2026”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 marca 2024 r., Dz.U. S: 45/2024, nr 130618-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 3 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołania:

- a) wykonawca Acer sp. z o.o. w Międzyrzeczu, zwany dalej „odwołującym Acer” lub „odwołującym I”,
- b) wykonawca Gamuza sp. z o.o. w Bielsku-Białej, zwany dalej „odwołującym Gamuza” lub „odwołującym II”,
- c) wykonawca M.O., prowadzący w Łomnicy działalność gospodarczą pod firmą M.O., Zakład Zadrzewień Zieleni i Rekultywacji Abies, zwany dalej „odwołującym Abies” lub „odwołującym III”.

Zarządzeniem Prezesa Izby odwołania zostały oznaczone odpowiednio sygn. akt KIO 1921/24, sygn. akt KIO 1939/24 i sygn. akt KIO 1949/24 oraz zostały połączone do wspólnego rozpoznania.

KIO 1921/24

Odwołujący I zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp polegające na prowadzeniu postępowania sposób naruszający jego przejrzystość oraz zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równe traktowanie wszystkich uczestników, poprzez niezbadanie spełnienia przez wykonawcę, którego oferty zostały ocenione najwyżej w ramach poszczególnych pakietów, zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wszystkich pakietów, do których dany wykonawca składał ofertę, a jedynie ograniczenie się do tych pakietów, co do których oferty danego wykonawcy zostały wstępnie ocenione najwyżej;
- 2) art. 17 ust. 2, art. 126 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z pkt IX.1) a) i oraz ii w zw. z pkt VII.1) i VII.2).1c) w zw. z pkt VII.2).2 w zw. z VII.2).4 Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Kompleksowe prace wycinkowe na liniach przesyłowych najwyższych napięć w latach 2025-2026, nr postępowania: 2024/ WNP-0008-KK, polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był zobowiązany, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione, do przedstawienia dowodów potwierdzających spełnienie przez tych wykonawców warunków opisanych w pkt VII.1) i VII.2).1c) w zw. z pkt VII.2).2 w zw. z VII.2).4 w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawców co do wszystkich zaoferowanych przez danego wykonawcę pakietów (również tych, w których zbyt wysoka oferowana cena nie pozwalała, chociażby na wstępie, ocenić najwyżej oferty danego podmiotu), a nie, tak jak uczynił to Zamawiający, zbadania spełnienia warunków co do zdolności technicznej i zawodowej danego podmiotu, wyłącznie w zakresie pakietów, co do których oferta danego wykonawcy została oceniona najwyżej;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a, b i c ustawy Pzp przez nieodrzućenie ofert wykonawców, którzy nie spełnili warunku w postaci wykazania zdolności technicznej i zawodowej poprzez prawidłowe przedstawienie formularza - wzoru nr 10, w zakresie wszystkich zaoferowanych przez danego wykonawcę pakietów i ograniczenie się jedynie do wykazania zdolności technicznej i zawodowej jedynie co do pakietów, w których oferta danego wykonawcy została wstępnie oceniona najwyżej;
- 4) art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.4.993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez utajnienie danych zawartych w wykazie osób, na wzorze nr 10, złożonym przez MATPARK sp. z o.o. podczas gdy, wykazy osób które wykonują powtarzalne, nie wymagające osobistych, dodatkowych zdolności czynności, czy to drwali, pilarzy, czy to osób posiadających świadectwa kwalifikacyjne nie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i są w postępowaniu o udzielenie zamówienia jawne.

Odwołujący I wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie wszystkich pakietów, albowiem postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 255 pkt 6 ustawy Pzp)
ewentualnie:
- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 24.5.2024 r.
- 3) odrzucenia ofert co do wszystkich pakietów, złożonych przez: DRWALEX A.D., GAMUZA sp. z o.o., RAJTRAK P.K ULB DREWBUD K.M., Konsorcjum UO ELITELAS sp. z o.o. i ULiO ELITELAS sp. z o.o., MATPARK sp. z o.o., S sp. z o.o., M&M GROUPS sp. z o.o.,
- 4) wykonania i powtórzenia czynności polegającej na wezwaniu wszystkich pozostałych wykonawców, których oferty po odrzuceniu ofert wyszczególnionych w pkt 3, zostaną ocenione najwyżej, w zakresie któregośkolwiek pakietu, do przedstawienia dowodów posiadania zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie wykonania przez danego

wykonawcę i przedłożenia wykazu osób jak w załączniku stanowiącym wzór nr 10, co do wszystkich pakietów, w zakresie których dany wykonawca złożył oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący I wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Kompleksowe prace wycinkowe na liniach przesyłowych najwyższych napięć w latach 2025-2026, nr postępowania: 2024/ WNP-0008-KK. Przedmiot zamówienia został podzielony na 32 pakiety, a wykonawcy mogli składać oferty w zakresie wykonania robót od jednego do wszystkich - 32 pakietów.

Kolejno odwołujący I wskazał, że w Specyfikacji Warunków Zamówienia w pkt VII.1), przewidziano, że *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego oraz nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na zasadach określonych w SWZ. Następnie z VII.2).1c) SWZ wynika, że „c) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przystępujący do udziału w postępowaniu wykazał, że:*

dla poszczególnych pakietów w określonym czasie realizował prace związane z wycinką drzew pod liniami elektroenergetycznymi o napięciu 110 kV lub wyższym” na określonym obszarze lub o określonej łącznej długości oraz:

„dysponuje dla każdego z zaoferowanych Pakietów:

osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. dysponuje co najmniej X osobami posiadającymi kwalifikacje i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, przy pomocy których zamierza wykonać to zamówienie, w tym:

co najmniej X osobami legitymującymi się zaświadczeniami o przebytych kursach drwala i/lub operatora pilarki oraz co najmniej X osobami posiadającymi ważne świadectwo kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji i dozoru (uprawnienia typu E i D) potrzebnych dla wykonywania prac przy urządzeniach, instalacjach i sieciach elektroenergetycznych bez ograniczenia napięcia”*

Odwołujący I wskazał, że przedmiotowe warunki minimalne zostały określone dla każdego pakietu z osobna, przy czym „X” oznaczał ilość osób o danych umiejętnościach w zakresie pojedynczego pakietu, którymi musiał dysponować oferent. Odwołujący I wskazał także, że SWZ w uwagach do powyższego warunku przewidywała jedynie, że *„Wykazanie spełnienia warunku dotyczącego posiadania zdolności technicznej lub zawodowej tj. (...) b) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia określonymi w pkt VII.2) 1. lit c) powyżej, dopuszczalne jest wskazanie tych samych osób dla Pakietów wykonywanych w różnych latach.”* - s. 15 SWZ.

Zdaniem odwołującego I, z przedstawionych powyżej zapisów SWZ wynika, że Zamawiający już na etapie przygotowania przetargu przewidział, że każdy z podmiotów składających ofertę w zakresie poszczególnych pakietów „dysponuje dla każdego z zaoferowanych Pakietów”: osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. dysponuje co najmniej X osobami legitymującymi się zaświadczeniami o przebytych kursach drwala i/lub operatora pilarki oraz co najmniej X osobami posiadającymi ważne świadectwo kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji i dozoru (uprawnienia typu E i D).

Według odwołującego warunek ten został ustalony przez Zamawiającego słusznie i prawidłowo, po to aby wykonawcy, którzy chcą wykonywać zagrażające życiu i zdrowiu pracowników, roboty dostosowali „siły na zamiary” i złożyli oferty racjonalne, adekwatne do swoich możliwości osobowych, po to aby osoby uprawnione, przeszkolone i doświadczone zawodowo, a nie zebrani przypadkowi lub przygodni pracownicy, wykonywali przedmiot zamówienia. Takie warunki przewidziane w SWZ miały również zniechęcić oferentów, którzy starają się złożyć najkorzystniejszą ofertę i wygrać przetarg, a potem zastanawiają się jak wykonać przedmiot zamówienia. Zdaniem odwołującego w warunkach polskiego rynku usług obejmujących wycinki pod liniami wysokiego napięcia, nie ma ani jednego podmiotu, który mógłby wykonać prace objęte wszystkimi 32 pakietami. Nie ma podmiotu, który dysponowałby taką ilością pracowników posiadających uprawnienia drwala/pilarza/świadectwa kwalifikacyjne E i D) aby wykonać wycinki na wszystkich oferowanych liniach. A przecież w niniejszym przetargu, co najmniej 2 podmioty złożyły oferty właśnie na wszystkie 32 pakiety. Według odwołującego I zdaje się być wysoce wątpliwe aby wykonanie większej ilości pakietów niż 10 mogło być wykonane przez jeden podmiot.

Odwołujący I podniósł, że złożył racjonalną ofertę kierując się wskazaniem, iż może zająć konieczność realizacji wszystkich zaoferowanych 10 pakietów, co do których złożył oferty. Wskazywał, że złożył oferty na wykonanie robót opisanych w 10 pakietach: 3, 19-27. Odwołujący I wskazał, że w zakresie wszystkich pakietów, co do których złożył ofertę spełniał i spełnia kryteria techniczne i zawodowe, tj. w przypadku uznania wszystkich jego ofert za najkorzystniejsze co do wszystkich zaoferowanych przez Spółkę pakietów, może wykazać zdolności posiadania pracowników.

Tymczasem mimo przyjęcia i zapisania w SWZ przez Zamawiającego tych logicznych i gwarantujących

zachowanie zasad uczciwej konkurencji zasad wykazywania zdolności technicznych i zawodowych, po otwarciu ofert, Zamawiający ograniczył się do ich zbadania jedynie co do pakietów, co do których oferty danego wykonawcy zostały uznane za najkorzystniejsze. Tym samym Zamawiający sam pominął stawiany w SWZ warunek badania możliwości zawodowych w zakresie wszystkich oferowanych przez danego wykonawcę pakietów.

Odwołujący I wskazał, że w niniejszym postępowaniu następujące podmioty złożyły oferty, co do których wykazanie że dysponowały odpowiednią ilością osób z określonymi uprawnieniami wydaje się być w niektórych przypadkach wysoce wątpliwe, a w niektórych wręcz niemożliwe. Odwołujący I przypomniał, że w postępowaniu:

- SOEN sp. z o.o. złożyła ofertę w zakresie 21 pakietów,
- MATPARK sp. z o.o. złożyła ofertę w zakresie 27 pakietów,
- GAMUZA sp. z o.o. złożyła ofertę w zakresie wszystkich 32 pakietów,
- konsorcjum firm Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. w Baranowie Sandomierskim i ELITELAS sp. z o.o. w Baranowie Sandomierskim (dalej jako: konsorcjum ELITELAS) złożyło ofertę na wszystkie 32 pakiety,
- DRWALEX A.D. złożył ofertę co do 13 pakietów.

Odwołujący I argumentował, że powyższe ma na celu pokazanie jedynie pewnego schematu działania poszczególnych firm, bo o ile dopuszczalne oczywiście jest złożenie oferty na przez jeden podmiot na wszystkie pakiety, o tyle na etapie po otwarciu ofert taki pomiot winien być zweryfikowany przez Zamawiającego, czy rzeczywiście miał zdolność „osobową” do wykonania przedmiotu zamówienia co do którego składał oferty, czy też jego deklaracje były nieprawdziwe, co jak wiadomo winno rodzić konieczność odrzucenia oferty takiego podmiotu.

Według odwołującego I takie oferowanie wszystkich lub prawie wszystkich pakietów, prawdopodobnie z zamiarem, złożenia prawidłowego wykazu osób tylko co do pakietu, który byłby dla danego podmiotu korzystny cenowo, ewidentnie narusza zasady uczciwej konkurencji i prowadzi do pokrzywdzenia nie tylko pozostałych oferentów, ale też i Zamawiającego. W konsekwencji wszystkie podmioty, których oferty zostały wyłonione jako najkorzystniejsze winny, w świetle ustawy PZP i zapisów SWZ złożyć wykazy osób co do wszystkich pakietów w których składały oferty, a w przypadku nie spełnienia warunku złożenia takiego dokumentu lub nie wykazania co do któregoś pakietu możliwością dysponowania odpowiednią ilością osób z wymaganymi uprawnieniami winny być te podmioty wykluczone, a ich oferty odrzucone co do wszystkich pakietów.

Zdaniem odwołującego I, ponieważ wszyscy wyłonieni wykonawcy w zakresie pakietów 1-32 nie przedstawili wymaganego SWZ dokumentu potwierdzającego spełnienie, w zakresie wszystkich oferowanych pakietów, kryteriów zawodowych, a jedynie ograniczyli się do pakietów, w zakresie których ich oferta została oceniona najwyżej, to oferty podmiotów tj.: DRWALEX A.D., GAMUZA sp. z o.o., RAJTRAK P.K., ULB DREWBUD K.M., Konsorcjum UO ELITE sp. z o.o. i ULiO ELITELAS sp. z o.o., MATPARK sp. z o.o., SOEN sp. z o.o., M&M GROUPS sp. z o.o. winny być odrzucone.

Kolejno odwołujący I wskazał, że abstrahując od okoliczności opisanych powyżej oferta MATPARK sp. z o.o. winna być odrzucona w całości lub Zamawiający winien ujawnić dane osobowe - tj. imiona i nazwiska osób, które zostały ujęte w wykazie sporządzonym przez MATPARK sp. z o.o. na formularzu stanowiącym Wzór nr 10 albowiem ani MATPARK sp. z o.o., ani Zamawiający w zakresie tych danych nie mogą powoływać się na tajemnicę przedsiębiorstwa. O ile w zakresie obowiązku podawania i ujawniania danych osób, które mają wykonywać zadanie objęte zamówieniem, orzecznictwo nie jest jednolite, o tyle pamiętać należy o obowiązujących w tym zakresie zasadach.

Po pierwsze postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia jest jawne, a wyłączenie tej zasady musi wynikać wprost w przepisów prawa i wyłączenie takie należy, w przypadku wątpliwości, interpretować w kierunku zachowania jawności postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia.

Zdaniem odwołującego I, MATPARK sp. z o.o. nie wykazała, że dane osób które zawarła w wykazie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego I fakt ten zresztą jest niemożliwy do wykazania, albowiem MATPARK sp. z o.o. utajniła dane pracowników fizycznych (drwale/pilarze) czy pracowników posiadających formalne uprawnienia (D i E). Osoby takie, biorąc pod uwagę co jest przedmiotem zamówienia, - wycinka drzew i krzewów nie dysponują, ani szczególną wiedzą, ani umiejętnościami innymi od posiadanych przez innych pilarzy/drwali, czy osób z uprawnieniami D i E. W żaden sposób imiona i nazwiska tych osób nie wpływają na sposób organizacji pracy MATPARK sp. z o.o.

Zdaniem odwołującego I, ujawnianie danych osobowych tych osób wraz z numerem uprawnień z celu weryfikacji tych uprawnień nie godzi w żaden z w/w elementów. Również powoływanie się przez MATPARK sp. z o.o. na możliwość „podkupienia”, „przejęcia” tych osób przez inne podmioty świadczących konkurencyjne usługi nie może stanowić podstawy do ich zatajania. O ile w niektórych orzeczeniach KIO przewiduje możliwość utajenia danych o tyle taka możliwość jest zastrzeżona dla wysoce wyspecjalizowanych i wysoce wyedukowanych podmiotów realizujących daną usługę np. informatyków. W realiach niniejszego postępowania MATPARK sp. z o.o. winna podać dane osobowe wszystkich osób, które mają wykonywać na jej rzecz usługi Zamawiający winien te dane ujawnić. Tylko w ten sposób

będą zachowanie podstawowe zasady i przejrzystość postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1921/24, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1921/24 po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy:

A.wykonawca K.M., prowadzący w Żdanowie działalność gospodarczą pod firmą K.M. - Usługi Leśno-Budowlane „DREWBUD”,

B.wykonawca A.D. prowadzący w Płocku działalność gospodarczą pod firmą: Drwalex A.D.,

C.wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o. o. w m. Durdy oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o. o. w m. Durdy,

D.wykonawca Gamuza sp. z o.o. w Bielsku-Białej,

E.wykonawca MatPark sp. z o.o. w Gródku nad Dunajcem,

F.wykonawca SOEN sp. z o.o. w Gronowie Górnym

Złożyli pisma procesowe, w których wnieśli o oddalenie odwołania. W pismach i trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1921/24 po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Ekolas II sp. z o.o. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o uwzględnienie odwołania. W piśmie i trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

KIO 1939/24

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Soen sp. z o.o. w Gronowie Górnym (zwanego dalej również; „Soen” lub „przystępujący Soen”) zakresie części (pakietu) numer 20, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący II wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części (pakietu) numer 20;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert w zakresie części (pakietu) numer, w tym odrzucenia oferty wykonawca Soen.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący II wskazał, że w postępowaniu, w zakresie części (pakietu) numer 20 została złożona między innymi oferta wykonawcy Soen. Wykonawca ten za realizację zamówienia w zakresie części (pakietu) numer 20 zaoferował cenę w wysokości 1.037.448,00 zł brutto. W dniu 18 kwietnia 2024 r. Zamawiający wystosował do wykonawcy Soen wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczącej części (pakietu) numer 20 oraz 30. Odwołujący II podniósł, że wykonawca Soen udzielił wyjaśnień w dniu 24 kwietnia 2024 r.

- 1) Wyjaśnienia wykonawcy składają się na bardzo krótką część opisową, w której wykonawca wskazuje na ogólne okoliczności.
- 2) Wykonawca w swoich wyjaśnieniach umieścił analizę rentowności w postaci tabeli, która jednak w żadnym stopniu pozwala na weryfikację podanych przez niego wartości.
- 3) Do wyjaśnień nie zostały dołączone żadne dowody.

Zdaniem odwołującego II wyjaśnienia wykonawcy Soen zawierają następujące uchybienia, które muszą prowadzić do odrzucenia jego oferty:

- 1) Wyjaśnienia mają bardzo ogólny charakter;
- 2) Nie zostały dołączone żadne dowody;
- 3) Uproszczona analiza rentowności ma nieweryfikowany charakter.

W pierwszej kolejności odwołujący II zwracał uwagę, że wyjaśnienia wykonawcy Soen mają bardzo ogólny charakter. Wyjaśnienia tego wykonawcy to tak zwana w orzecznictwie KIO „beletrystka wyjaśnieniowa” składająca się z samych ogólnych stanowisk, pozbawionych jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia, która nie zawiera również żadnych możliwych do uchwycenia wartości ekonomicznych.

Odwołujący II argumentował, że wykonawca Soen wskazuje:

„Zaoferowana przez nas cena w pakiecie 20 stanowi 90,78% wartości zamówienia, i tym samym nie spełnia kryteriów

rażąco niskiej ceny określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych. Natomiast w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynosi 64,14%, niemniej wynika to z faktu, że dwie ze złożonych dla pakietu 20 ofert znacząco przewyższają wartość zamówienia przewidzianą przez Zamawiającego i stanowią odpowiednio 256,12% i 183,34% tej wartości. Bez ich uwzględnienia wskaźnik naszej oferty do średniej arytmetycznej pozostałych ofert wynosi 78,62%”.

Zdaniem odwołującego II, jeżeli wykonawca uważał, że nie ma podstaw do wystosowania względem niego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to miał możliwość złożenia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu niezgodne z prawem wezwanie do wyjaśnień. Skoro jednak nie zdecydował się na ten krok, to zobowiązany jest udzielić wyjaśnień, które wykażą, że jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę, a nie wchodzić w polemikę w Zamawiającym.

Kolejno odwołujący II argumentował, że wykonawca Soen wskazał:

„Nasza oferta skalkulowana została w oparciu o wieloletnie doświadczenie oraz uwzględnia wszystkie wymagania formalne i prawne m in. w zakresie wymaganej liczby pracowników, stosowania co najmniej minimalnego wynagrodzenia, uwzględnia realne koszty pracy, eksploatacyjne, uzgodnień formalno prawnych, a także zawiera dodatkowe rezerwy i pozwala osiągnąć godziwy zysk”.

Według odwołującego II sam fakt, że wykonawca posiada wieloletnie doświadczenie na danym rynku nie oznacza automatycznie, że jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Wykonawca nawet nie podjął próby wskazania, co takie doświadczenie mogło mu dać, wymieniając i opisując na przykład wypracowaną współpracę z innymi podmiotami na rynku, możliwość zakupu sprzętu oraz materiałów po korzystniejszych cenach czy przynajmniej jakkolwiek inną oszczędność, mogącą stanowić wartość ekonomiczną. Jednocześnie wykonawca Soen podaje, że uwzględnił wszystkie wymagania formalne i prawne, jednak brak jest jakichkolwiek informacji, które pozwalałyby ten fakt zweryfikować.

Kolejno odwołujący II argumentował, że wykonawca Soen wskazał:

„Dodatkowo wykonanie zamówienia zamierzamy w dużej części powierzyć lokalnym podwykonawcom (nieznany na etapie składania oferty) co jeszcze bardziej powinno obniżyć koszty realizacji zamówienia (diety, transport, noclegi)”

Zdaniem odwołującego II, brak jest jednak informacji, ile dokładnie wykonawca miałby zaoszczędzić na kosztach diet transportów i noclegów, jak również brak jest informacji, ile miałoby wynosić wynagrodzenie podwykonawców. Podsumowując, wykonawca Soen większą część wyjaśnień rażąco niskiej ceny poświęcił polemice ze słusznością wystosowanego przez Zamawiającego wezwania, chociaż został wezwany do złożenia wyjaśnień w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp. Jedynym argumentem dotyczącym indywidualnych właściwości wykonawcy, pozwalających mu na zaproponowanie takiej ceny w zakresie części (pakietu) numer 20, który został podany przez niego w wyjaśnieniach, dotyczy jego wieloletniego doświadczenia. Jednakże nawet ten pojedynczy argument nie został w żaden sposób rozszerzony o wyjaśnienie korzystnych warunków wykonawcy, których nie posiadają pozostali wykonawcy, nie wspominając już o poparciu go weryfikowalnymi wartościami.

W dalszej części odwołania odwołujący II podniósł, że do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy dołączyć odpowiednie dowody. Sama kalkulacja kosztów nie jest wystarczającym dowodem. Ponadto w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Zamawiający wyraźnie wskazał, że wyjaśnienia powinny zawierać dowody. Tymczasem wykonawca Soen nie przedstawił żadnych dowodów.

W kolejnej części odwołania odwołujący II wskazał, że wykonawca Soen umieścił w swoich wyjaśnieniach analizę rentowności do części (pakietu) numer 20, która w rzeczywistości stanowi niezwykle ogólny kosztorys, w którym niemożliwe jest wyodrębnienie jakichkolwiek poszczególnych wartości, co dopiero umożliwiłoby weryfikację zapewnienia wykonawcy o realności zaoferowanej ceny. Zdaniem odwołującego II zapewnienia te nie powinny zostać uznane za wystarczające, gdy nie stanowią żadnej mierzalnej wartości. Analiza rentowności umieszczona przez wykonawcę Soen w wyjaśnieniach, oprócz rezerwy na koszty eksploatacyjne i rezerwy ogólnej, została podzielona wyłącznie na trzy rodzaje kosztów – koszty pracy, koszty sprzętu, transportu, środków pracy oraz koszt uzgodnień, odszkodowań i kosztów administracyjnych.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że przy kosztach pracy wykonawca wskazał, że ujął w nich wynagrodzenia ubruttowione, diety, delegacje oraz noclegi. Nie wiadomo jednak jak zostało to policzone – brak jest tak podstawowych informacji jak to jaką stawkę roboczogodziny przyjął wykonawca, dla ilu godzin pracy, dla ilu pracowników i czy uwzględnił cały koszt pracodawcy wynikający z przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Ponadto, wykonawca napisał jedynie, że uwzględnił wymóg wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, jednak nie wiadomo czy w takim razie wszyscy pracownicy będą pracować za minimalnym wynagrodzeniem za pracę czy też wynagrodzenia są różnorodne. W tym momencie niemożliwe jest sprawdzenie zgodności założeń wykonawcy z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, ponieważ podane wartości są nieweryfikowalne ekonomicznie i nie powinny być ujęte w jednej kategorii, a raczej rozbite na poszczególne punkty i poparte stosownymi

wyjaśnieniami.

Odwołujący II wskazał, że drugą kategorią kosztów wskazanych przez wykonawcę Soen są koszty sprzętu, transportu, środków pracy i pozostałe koszty – jako łącznie ujęta, niezwykle ogólna kategoria. Wykonawca powinien osobno podać każdą z wymienionych przez siebie pozycji i wyodrębnić przynajmniej koszty sprzętu, transportu, paliwa oraz materiałów eksploatacyjnych. W tym momencie wykonawca Soen dokonał zbiorczego uogólnienia, które nie pozwala na weryfikację, czy wpisany koszt stanowi wartość realną, która pozwoli wykonawcy na wykonanie zamówienia czy też wręcz przeciwnie, może nawet wygenerować u niego stratę zamiast wskazanego zysku. Nie wiadomo chociażby, jaki dokładnie sprzęt wykonawca planuje użyć, przez ile godzin, czy jakie jest spalanie tego sprzętu.

Zdaniem odwołującego II pozostałe koszty, które zostały przez wykonawcę ujęte w jego analizie, to już tylko stanowiące połączoną kategorię uzgodnienia, odszkodowania oraz koszty administracyjne. Ponadto, w swoich wyjaśnieniach wykonawca Soen wskazał na chęć powierzenia części zamówienia lokalnym podwykonawcom, argumentując, że koszt ich wynagrodzenia byłby niższy niż koszt diet, transportu oraz noclegów:

„Dodatkowo wykonanie zamówienia zamierzamy w dużej części powierzyć lokalnym podwykonawcom (nieznany na etapie składania oferty) co jeszcze bardziej powinno obniżyć koszty realizacji zamówienia (diety, transport, noclegi),”

Odwołujący II zarzucił, że w kosztorysie wykonawca nie ujął ewentualnego kosztu podwykonawców, za to wskazał, że w kosztach pracy uwzględnił diety, delegacje oraz noclegi. Powoduje to sprzeczność pomiędzy wyjaśnieniami, a kosztorysem. Ponadto, wykonawca nie wskazując przykładowych wynagrodzeń podwykonawców uniemożliwia weryfikację, czy jego założenie mogłoby się okazać nieprawdziwe i czy w rzeczywistości koszt takiego wynagrodzenia nie przewyższyłby obecnie przyjętych kosztów. Podsumowując, zdaniem odwołującego II przedstawiona przez wykonawcę Soen analiza rentowności jest niezwykle ogólna i nie pozwala na weryfikację czy zamówienie rzeczywiście pozwoli wykonawcy na osiągnięcie zysku i czy w najgorszym scenariuszu nie będzie generowało dla niego strat, być może uniemożliwiając wykonanie zamówienia. Wykonawca, umieszczając w swoich wyjaśnieniach kosztorys, powinien dopilnować, by był on z nimi zgodny i by zawierał weryfikowalne ekonomicznie wartości. Obecnie kosztorys zawiera same niepoparte żadnymi obliczeniami założenia, które nie mogą zostać uznane za prawdziwe wyłącznie na podstawie zapewnień wykonawcy.

Kolejno odwołujący II podniósł, że nie ma możliwości wezwania wykonawcy Soen do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów. Zdaniem odwołującego II nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. Stanowiłoby to bowiem w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Z ostrożności procesowej, w przypadku gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w niniejszym stanie faktycznym należy jednak wezwać wykonawcę Soen do ponownych wyjaśnień rażąco niskiej ceny (choćby zdaniem odwołującego II oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez konieczności wzywania do ponownych wyjaśnień), to odwołujący II – z ostrożności procesowej – stawiał również zarzut ewentualny naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Soen do ponownych wyjaśnień zaoferowanej ceny, podczas gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budzą dalsze wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1939/24, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1939/24 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Soen sp. z o.o. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

KIO 1949/24

Odwołujący III zarzucił zamawiającemu naruszenie:

l)art. 16 pkt 1, 2 i 3, art. 17 ust. 2, art. 126 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z pkt IX.1) a) oraz b) zw. z pkt VII.1) i VII.2).1c) w zw. z pkt VII.2).2 w zw. z VII.2).4 oraz pkt VII.3).1.n) SWZ Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez: zaniechanie wezwania Wykonawcy ELITELAS, DRWALEX i DREWBUD, których oferty zostały najwyższej ocenione, c przedstawienia dowodów potwierdzających spełnienie przez tych wykonawców warunków opisanych w pkt VII.1) i VII.2).1c) w zw. z pkt VII.2).2 w zw. z VII.2).4 w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawców co do wszystkich zaoferowanych przez danego wykonawcę pakietów:

- w przypadku ELITELAS były to wszystkie 32 pakiety ogłoszone przez Zamawiającego,
- w przypadku DRWALEX były to 13 pakietów
- w przypadku DREWBUD było to 10 pakietów,

ll)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a), b) i c) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ELITELAS, DRWALEX DREWBUD którzy to Wykonawcy nie spełniali warunku wykazania zdolności technicznej i zawodowej w zakresie

wszystkich zaoferowanych przez tych Wykonawców pakietów i ograniczyli się do wykazania zdolności technicznej i zawodowej jedynie co do pakietów, w których oferta danego wykonawcy została wstępnie oceniona najwyżej;

III) art. 109 pkt 5), 7), 8) oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp w zw. z pkt VII.3).1.k), m), n) SWZ (str. 19 SWZ) Wykonawca ELITELAS (lider konsorcjum - Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o.) podlegał wykluczeniu w związku z tym, że dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego - odmówił podpisania i wykonania umowy z PLK S.A. na warunkach określonych w złożonej ofercie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 0221/IZ04GM/23249/00020/24/P na tożsame prace: wycinka drzew zagrażających bezpieczeństwu z terenów będących w utrzymaniu Zakładu Linii Kolejowych w Lublinie, które to uchybienia doprowadziły do: błędnej oceny ofert, niedostrzeżenia przyczyn wykluczenia, błędnego uznania spełniania przez ww. Wykonawców warunków udziału w postępowaniu, błędnego zaniechania odrzucenia oferty ww. Wykonawców w zakresie pakietów 1, 8, 9 i 30 i błędnego wyboru ich ofert w tym zakresie jako najkorzystniejszych. Odwołujący III wniósł o nakazanie zamawiającemu - w zakresie pakietów 1, 8, 9, 30:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- odrzucenia ofert ELITELAS, DRWALEX i DREWBUD,
- dokonania ponownego badania, oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący III wskazał, że złożył w terminie ofertę m. in. w zakresie pakietów: 1, 8, 9, 30. Wskazał, że jego oferta w zakresie tych pakietów była drugą najtańszą. Pismem z 24.05.2024 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze ofert najkorzystniejszych. Zdaniem odwołującego III rozstrzygnięcie Zamawiającego zapadło z naruszeniem przepisów prawa wskazanym w zarzutach odwołania i dotyczy. Zamawiający naruszył prawo przy czynności badania i oceny ofert, a także zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców:

- w zakresie pakietu 1 Wykonawcy DRWALEX A.D. (dalej w skrócie: DRWALEX),
- w zakresie pakietu 8 Konsorcjum firm: lider: Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o., partner – Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o., (dalej w skrócie: ELITELAS),
- w zakresie pakietu 9 Wykonawcy Usługi Leśno Budowlane K.M. (dalej w skrócie: DREWBUD),
- w zakresie pakietu 30 Wykonawcy DRWALEX

nastąpiło z naruszeniem prawa.

W konsekwencji, według odwołującego III wybór ofert ww. Wykonawców obarczony jest wadliwością.

Zdaniem odwołującego III, Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1, 2 i 3, art. 17 ust. 2, art. 126 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z pkt IX.1) a) oraz b) zw. z pkt VII.1) i VII.2).1c) w zw. z pkt VII.2).2 w zw. z VII.2).4 Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy ELITELAS, DRWALEX i DREWBUD, których oferty zostały najwyżej ocenione, do przedstawienia dowodów potwierdzających spełnienie przez tych wykonawców warunków opisanych w pkt VII.1) i VII.2).1c) w zw. z pkt VII.2).2 w zw. z VII.2).4 w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawców co do wszystkich zaoferowanych przez danego wykonawcę pakietów.

Odwołujący III podniósł, że wykonawca ELITELAS złożył ofertę na 32 pakiety ogłoszone przez Zamawiającego i nie dysponował potencjałem, wymaganym przez Zamawiającego. ELITELAS wykazał jedynie dysponowanie zatrudnieniem w zakresie pakietów 8 i 21. Analogiczna sytuacja dotyczy Wykonawcy DRWALEX – złożył ofertę na 13 pakietów, zaś wykazał jedynie posiadanie wymaganego przez Zamawiającego zatrudnienia w zakresie 6 pakietów. W przypadku DREWBUD oferty tego Wykonawcy dotyczyły 10 pakietów, zaś potencjał osobowy został wykazany jedynie dla 4 pakietów. Zdaniem odwołującego III w związku z tym, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) b) i c) pzp Zamawiający powinien odrzucić oferty Wykonawców ELITELAS, DRWALEX i DREWBUD którzy to Wykonawcy nie spełniali warunków wykazania zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wszystkich zaoferowanych przez tych Wykonawców pakietów i ograniczyli się do wykazania zdolności technicznej i zawodowej jedynie co do pakietów, w których oferta danego wykonawcy została wstępnie oceniona najwyżej.

Zdaniem odwołującego III, złożenie przez ww. Wykonawców ofert na większą ilość części zamówienia (pakietów) wiązało się z obowiązkiem wykazania, że Wykonawcy ci dysponują wymaganym przez Zamawiającego potencjałem zatrudnienia na wszystkie pakiety, na które złożyli ofertę. Błędne i naruszające uczciwą konkurencję byłoby rozumienie (lub stosowanie) tego wymogu w inny sposób, np. poprzez przyjęcie, że Wykonawca zobowiązany jest do wykazania potencjału jedynie na te części zamówienia, w których jego oferta okazała się najwyżej ocenioną. Według odwołującego III takie postępowanie byłoby sankcjonowaniem wprowadzania Zamawiającego w błąd. Przeciwnie Wykonawca składając

ofertę oświadczył, że spełnia warunki udziału w każdej części postępowania, na które złożył ofertę. Jednym z kluczowych warunków, ściśle określonych przez Zamawiającego, było dysponowanie potencjałem ludzkim. Wykonawca, wykazując dysponowanie potencjałem jedynie na niektóre części zamówienia (pakiety) – nie tylko nie spełnił wymogów udziału w postępowaniu, ale złożył (w JEDZ) nieprawdziwe oświadczenie. Odwołujący III podkreślał, że nie można premiować składania nieprawdziwych oświadczeń, które przecież samo w sobie jest podstawą wykluczenia na podstawie pkt VII.3).1.n) SWZ (str. 19 SWZ).

W końcowej części odwołania odwołujący podniósł, że Wykonawca ELITELAS (lider konsorcjum - Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o.) podlegał wykluczeniu także z uwagi na zajście okoliczności wskazanych w VII.3).1.k), m), n) SWZ (str. 19 SWZ), które Zamawiający umieścił w SWZ na podstawie art. 109 pkt 5), 7), 8) Pzp. Zdaniem odwołującego II Wykonawca ten dopuścił się bowiem poważnego wykroczenia zawodowego - odmówił podpisania i wykonania umowy z PLK S.A. na warunkach określonych w złożonej ofercie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 0221/IZ04GM/23249/00020/24/P na tożsame prace: wycinka drzew zagrażających bezpieczeństwu z terenów będących w utrzymaniu Zakładu Linii Kolejowych w Lublinie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1949/24, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1949/24 po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy:

A.wykonawca A.D. prowadzący w Płocku działalność gospodarczą pod firmą: Drwalex A.D.,

B.wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o. o. w m. Durdy oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o. o. w m. Durdy,

C.wykonawca K.M., prowadzący w Żdanowie działalność gospodarczą pod firmą K.M. - Usługi Leśno-Budowlane „DREWBUD”.

Złożyli pisma procesowe, w których wnieśli o oddalenie odwołania. W pismach i trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowych postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze ofert najkorzystniejszych, załączniki do pism procesowych stron i uczestników, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

KIO 1921/24

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 17 ust. 2 Pzp stanowi, że *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Stosownie do art. 18 Pzp:

1. *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*
2. *Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.*
3. *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.*

Stosownie do art. 126 Pzp:

1. *Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.*
2. *Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków*

dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

- a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
- b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
- c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

Ustalono, że w specyfikacji warunków zamówienia zamawiający zawarł następujące postanowienia.

IV. Przedmiot zamówienia

1) Przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac polegających na kompleksowej wycince na liniach przesyłowych najwyższych napięć w latach 2025-2026.

2) Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia znajduje się w Części II SWZ (dla Pakietów od 1 do 32) oraz Części IV SWZ.

3) Przedmiot zamówienia został podzielony na 32 części zwane dalej Pakietami, które stanowią odrębne linie bądź odcinki danej linii elektroenergetycznej lub grupy linii elektroenergetycznych lub grupy odcinków linii elektroenergetycznych i obejmują prace związane z wycinką, przeznaczone do realizacji w latach 2025-2026. Szczegóły dotyczące Pakietów znajdują się w Części II SWZ.

V. Oferty częściowe i wariantowe, aukcja elektroniczna, odwrócona kolejność oceny oraz prawo opcji

1) Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych – liczba pakietów 32. Wykonawca może złożyć ofertę na jedną lub więcej części, zwanych Pakietami, o których mowa w pkt IV Część I SWZ.

4) Zamawiający na podstawie art. 139. ust. 1. ustawy, przewiduje odwróconą kolejność oceny, tzn. najpierw dokona badania i oceny ofert dla ustalenia najwyższej ocenionej oferty, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

VII. Kwalifikacja podmiotowa Wykonawców

1) O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego oraz nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na zasadach określonych w SWZ.

2) Warunki udziału w postępowaniu:

c) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przystępujący do udziału w postępowaniu wykazał, że:

„dysponuje dla każdego z zaoferowanych Pakietów:

osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. dysponuje co najmniej X osobami posiadającymi kwalifikacje i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, przy pomocy których zamierza wykonać to zamówienie, w tym: co najmniej X osobami legitymującymi się zaświadczeniami o przebytych kursach drwala i/lub operatora pilarki oraz co najmniej X osobami posiadającymi ważne świadectwo kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji i dozoru (uprawnienia typu E i D)* potrzebnych dla wykonywania prac przy urządzeniach, instalacjach i sieciach elektroenergetycznych bez ograniczenia napięcia”

Dla uniknięcia powtórzeń przywołano przedmiotowe warunki minimalne z SWZ dla każdego pakietu z osobna, przy czym „X” oznaczał sprecyzowaną ilość osób o danych umiejętnościach w zakresie pojedynczego pakietu, którymi musiał dysponować oferent.

Uwaga:

Wykazanie spełnienia warunku dotyczącego posiadania zdolności technicznej lub zawodowej tj.

b) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia określonymi w pkt VII.2) 1. lit c) powyżej, dopuszczalne jest wskazanie tych samych osób dla Pakietów wykonywanych w różnych latach.

Przykład: wykazanie tych samych osób jest dopuszczalne dla Pakietu 1 realizowanego w całości w roku 2025 i Pakietu 2 realizowanego w całości w roku 2026; jest dopuszczalne dla Pakietu 6 realizowanego w całości w roku 2025 i Pakietu 4 realizowanego w całości w roku 2026; natomiast nie będzie dopuszczalne wykazanie tych samych osób dla Pakietu 12 realizowanego w całości w roku 2026 i Pakietu 27 realizowanego w całości w roku 2026; nie będzie dopuszczalne dla Pakietu 16 realizowanego w całości w latach 2025-2026 i Pakietu 1 realizowanego w całości w roku 2025; nie będzie dopuszczalne dla Pakietu 16 realizowanego w całości w latach 2025-2026 i Pakietu 20 realizowanego w całości w latach 2025-2026

VIII. Tymczasowe potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia

1. Wykonawca dołącza do oferty JEDZ (jako dowód potwierdzający, na dzień składnia ofert, brak podstaw wykluczenia

oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, który tymczasowo zastępuje wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe wskazane w pkt IX Części I SWZ, wypełniony w zakresie:

- i. informacji na temat Wykonawcy i jego przedstawicieli (Część II, sekcja A i B JEDZ),
- ii. w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców - informacji o częściach zamówienia, które zostaną zrealizowane przez każdego z Wykonawców (Część II, sekcja A JEDZ),
- iii. w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy, informacji o tych podmiotach (Część II, sekcja C JEDZ),
- iv. informacji o podwykonawcach, na których zdolnościach Wykonawca nie polega (Część II, sekcja D JEDZ),
- v. wszystkich informacji koniecznych dla potwierdzenia braku istnienia podstaw do wykluczenia wskazanych w pkt VII. 3) Części I SWZ (Część III JEDZ),
- vi. sekcji (α) dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w pkt VII. 2).1 w Części I SWZ (Część IV, sekcja (α) JEDZ),
- vii. oświadczenia końcowego (Część VI JEDZ).

IX. Podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, jakie zobowiązani są złożyć Wykonawcy oraz wymagania dotyczące formy ich składania

1) Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni:

- a) aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj.:
- ii. wykazu osób, o których jest mowa w pkt VII 2)1c) Części I SWZ uczestniczących w wykonywaniu zamówienia, podstawy dysponowania tymi osobami, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych zgodnie ze (Wzorem nr 10 do Części III SWZ).

Kolejno ustalono, że odwołujący I złożył zamawiającemu ofertę na 10 pakietów o numerach: 3, 19-27.

Kolejno ustalono, że m.in. nw. wykonawcy złożyli zamawiającemu oferty na:

- a) DRWALEX A.D. na 13 pakietów o numerach: 1, 3, 4, 6, 10, 11, 18, 19, 23, 24, 25, 27, 30;
 - b) GAMUZA sp. z o.o. na wszystkie 32 pakiety,
 - c) RAJTRAK P.K. na 22 pakiety o nr 1-9, 13-19, 24, 25, 27-30
 - d) Usługi Leśno Budowlane DREWBUD, K.M. na 10 pakietów o numerach 1, 2, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 23;
 - e) Konsorcjum Usługi Ogrodnicze ELITELAS sp. z o.o. oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze ELITELAS sp. z o.o., i wszystkie 32 pakiety,
 - f) MATPARK sp. z o.o. na 27 pakietów o numerach: 3, 4, 5, 6, 7, 8, 12-32,
 - g) SOEN sp. z o.o. na 21 pakietów o numerach: 1-6, 13, 19-32
 - h) M&M GROUPS sp. z o.o. na 1 pakiet o nr 22,
- (por. Informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy)

Kolejno ustalono, że pismami z dnia 26 kwietnia 2024 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione w danym pakiecie, do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych co do pakietów, w których oferty danego wykonawcy zostały najwyżej ocenione, w tym m.in. wykazów osób.

(por. ww. wezwania, w aktach sprawy)

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawcy złożyli aktualne podmiotowe środki dowodowe co do pakietów, w których oferty danego wykonawcy zostały najwyżej ocenione.

(por. podmiotowe środki dowodowe złożone przez wykonawców w postępowaniu, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca MATPARK złożył wykaz osób w ramach sześciu Pakietów: 12, 15, 17, 18, 24 i 26. Wykonawca ten oświadczył, że zastrzega jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa - nazwiska i imiona osób wskazanych w Wykazie osób w kolumnie pn. „Nazwisko i imię osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia”.

W uzasadnieniu zastrzeżenia wykonawca ten wskazał, co następuje:

Informacje posiadające wartość gospodarczą

Informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach posiadają dla Wykonawcy znaczną wartość gospodarczą, bowiem prezentują one informacje dotyczące danych osobowych osób wskazanych przez Wykonawcę do wykonania zamówienia, tj. imiona i nazwiska, ale także informacje na temat podstawy dysponowania oraz ich kwalifikacji. Ukazują potencjał kadrowy Wykonawcy. Personel Wykonawcy czy podmiotu udostępniającego potencjał stanowi ogromną wartość gospodarczą, gdyż to właśnie personel stanowi o sile przedsiębiorstwa przy tego typu usługach. Na rynku usług objętych przedmiotem zamówienia jest stosunkowo mało doświadczonych specjalistów, co sprawia, że konkurencja na

rynku może podjąć próby ich „podkupienia”. Wykonawca dzięki latom współpracy ze wskazanym personelem może podjąć się nowych przedsięwzięć gospodarczych, gdyż ma zaufanie do tych osób. Ponadto znajomość swojej kadry umożliwia Wykonawcy optymalne oszacowanie kosztów wykonania zamówień oraz odpowiednią ocenę ryzyka. Oczywiście jest również, że Wykonawca czy podmiot udostępniający zasoby poniósł koszty związane z wdrożeniem kadry do swojego przedsiębiorstwa. Powyższe stanowi o wartości gospodarczej przedmiotowych informacji.

Wszystkie powyższe informacje nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne dla innych podmiotów działających na rynku. Wykonawca przechowuje dokumenty związane z postępowaniami o udzielenie zamówienia w sposób zabezpieczony, archiwizując je w zamkniętych szufladach w biurach zarządu, zaś na komputerach są one zabezpieczone i dostęp do nich mają jedynie wybrani pracownicy.

Zdaniem Wykonawcy zastrzeżone informacje w ww dokumentach spełniają przesłanki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wobec tego Wykonawca wnosi o nieudostępnianie zastrzeżonych dokumentów.

W zakresie wykazania okoliczności wskazanych w art. 18 ust. 3 pzp zdaniem Wykonawcy złożenie niniejszego pisma stanowi środek wystarczający i odpowiadający brzmieniu tego przepisu. Oczywiście jesteśmy w stanie złożyć więcej dowodów na wezwanie do dodatkowych wyjaśnień. Informacje objęte niniejszym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa są znane wyłącznie pracownikom i partnerom biznesowym Wykonawcy, natomiast z pewnością nie są znane ani dostępne dla wszystkich naszych konkurentów.

Działania w celu utrzymania informacji w poufności

Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w tajemnicy. W szczególności działania te zmierzają do tego, aby tajemnica przedsiębiorstwa w normalnym toku zdarzeń nie mogła dotrzeć do konkurencji. W tym celu:

1. Zatrudniamy na umowę o pracę, a pracowników zobowiązujemy do zachowania wyższej niż ustawowa staranności w dochowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa.
2. W przypadku osób zatrudnionych na innej podstawie niż umowa o pracę zawieramy specjalną umowę o zachowaniu poufności.
3. Prowadzimy politykę “czystego biurka” oraz posiadamy zamykane na klucz szafki na dokumenty.
4. Nasze dyski virtualne są dostępne wyłącznie przez odpowiednio skonfigurowane i zahasłowane połączenie. Dokumentacja przedsiębiorstwa w formie cyfrowej jest zapisywana na tych dyskach, a dyski te uniemożliwiają kopiowanie osobom bez odpowiednich uprawnień.
5. Komputery pracowników są opatrzone hasłem.
6. Wykonawca zastrzega te informacje w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych tajemnicą przedsiębiorstwa. Kolejno ustalono, że zamawiający pismem z dnia 24 maja 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszych następujących ofert:

Lp.	Pakiet	Nazwa i adres Wykonawcy
1	1	DRWALEX A.D., ul. Grodzka 4/1, Płock
2	2	Gamuza Sp. z o.o., ul. Michałowicza 46/2, Bielsko-Biała
3	3	Gamuza Sp. z o.o., ul. Michałowicza 46/2, Bielsko-Biała
4	4	Gamuza Sp. z o.o., ul. Michałowicza 46/2, Bielsko-Biała
5	5	RAJTRAK P.K., Rajsko Małe 3b, Rajsko Małe
6	6	RAJTRAK P.K., Rajsko Małe 3b, Rajsko Małe
7	7	Usługi Leśno Budowlane DREWBUD K.M., Zdanów 10b, Zamość
8	8	Konsorcjum firm: lider – Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o., Durdy 141, Baranów Sandomierski; partner – Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o., Durdy 141, Baranów Sandomierski
9	9	Usługi Leśno Budowlane DREWBUD K.M., Zdanów 10b, Zamość
10	10	Usługi Leśno Budowlane DREWBUD K.M., Zdanów 10b, Zamość
11	11	Usługi Leśno Budowlane DREWBUD K.M., Zdanów 10b, Zamość
12	12	MATPARK Sp. z o.o., Gródek nad Dunajcem 107
13	13	RAJTRAK P.K., Rajsko Małe 3b, Rajsko Małe
14	14	Gamuza Sp. z o.o., ul. Michałowicza 46/2, Bielsko-Biała
15	15	MATPARK Sp. z o.o., Gródek nad Dunajcem 107
16	16	Gamuza Sp. z o.o., ul. Michałowicza 46/2, Bielsko-Biała
17	17	MATPARK Sp. z o.o., Gródek nad Dunajcem 107
18	18	MATPARK Sp. z o.o., Gródek nad Dunajcem 107
19	19	DRWALEX A.D., ul. Grodzka 4/1, Płock
20	20	SOEN Sp. z o.o., ul. Szafirowa 7a, Gronowo Górne
21	21	Konsorcjum firm: lider – Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o., Durdy 141, Baranów Sandomierski; partner – Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o., Durdy 141, Baranów Sandomierski
22	22	M&M Groups Sp. z o.o., ul. Kwiatowa 18, Ciecierzycy
23	23	DRWALEX A.D., ul. Grodzka 4/1, Płock
24	24	MATPARK Sp. z o.o., Gródek nad Dunajcem 107
25	25	DRWALEX A.D., ul. Grodzka 4/1, Płock
26	26	MATPARK Sp. z o.o., Gródek nad Dunajcem 107

27	27	DRWALEX A.D., ul. Grodzka 4/1, Płock
28	28	SOEN Sp. z o.o., ul. Szafirowa 7a, Gronowo Górne
29	29	SOEN Sp. z o.o., ul. Szafirowa 7a, Gronowo Górne
30	30	DRWALEX A.D., ul. Grodzka 4/1, Płock
31	31	SOEN Sp. z o.o., ul. Szafirowa 7a, Gronowo Górne
32	32	SOEN Sp. z o.o., ul. Szafirowa 7a, Gronowo Górne

(por. zawiadomienie o wyborze ofert najkorzystniejszych, w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 1921/24 zważyła, co następuje.

Odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 1921/24 zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Chybione okazały się zarzuty naruszenia:

1) art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, polegające na prowadzeniu postępowania sposób naruszający jego przejrzystość oraz zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równe traktowanie wszystkich uczestników, poprzez niezbadanie spełnienia przez wykonawcę, którego oferty zostały ocenione najwyżej w ramach poszczególnych pakietów, zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wszystkich pakietów, do których dany wykonawca składał ofertę, a jedynie ograniczenie się do tych pakietów, co do których oferty danego wykonawcy zostały wstępnie ocenione najwyżej;

2) art. 17 ust. 2, art. 126 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z pkt IX.1) a) i oraz ii w zw. z pkt pkt VII.1) i VII.2).1c) w zw. z pkt VII.2).2 w zw. z VII.2).4 Specyfikacji Warunków Zamówienia, polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był zobowiązany, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione, do przedstawienia dowodów potwierdzających spełnienie przez tych wykonawców warunków opisanych w pkt VII.1) i VII.2).1c) w zw. z pkt VII.2).2 w zw. z VII.2).4 w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawców co do wszystkich zaoferowanych przez danego wykonawcę pakietów (również tych, w których zbyt wysoka oferowana cena nie pozwalała, chociażby na wstępie, ocenić najwyżej oferty danego podmiotu), a nie, tak jak uczynił to Zamawiający, zbadania spełnienia warunków co do zdolności technicznej i zawodowej danego podmiotu, wyłącznie w zakresie pakietów, co do których oferta danego wykonawcy została oceniona najwyżej;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a, b i c ustawy Pzp przez nieodrzućenie ofert wykonawców, którzy nie spełnili warunku w postaci wykazania zdolności technicznej i zawodowej poprzez prawidłowe przedstawienie formularza - wzoru nr 10, w zakresie wszystkich zaoferowanych przez danego wykonawcę pakietów i ograniczenie się jedynie do wykazania zdolności technicznej i zawodowej jedynie co do pakietów, w których oferta danego wykonawcy została wstępnie oceniona najwyżej.

Istota zarzutów nr 1-3 przedstawionych przez odwołującego I sprowadzała się do żądania zbadania spełnienia przez wykonawcę, którego oferty zostały ocenione najwyżej w ramach poszczególnych pakietów, zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wszystkich pakietów, do których dany wykonawca składał ofertę, a nie tylko w ramach tego pakietu, w którym jego oferta została najwyżej oceniona.

Powyższe zarzuty i towarzyszące im żądania należało uznać za niezasadne.

Na wstępie wskazać należało, że zamawiający w treści rozdziału V pkt 1) SWZ dopuścił składanie ofert częściowych – liczba pakietów 32. Zamawiający przesądził jednocześnie w tym samym postanowieniu, że wykonawca może złożyć ofertę na jedną lub więcej części, zwanych pakietami, o których mowa w pkt IV Część I SWZ.

W dalszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w postanowieniu pkt V. 4) SWZ przewidział zastosowanie w postępowaniu tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą zamawiający najpierw dokonuje badania i oceny ofert dla ustalenia najwyżej ocenionej oferty, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej w zakresie braku spełnienia podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Kolejno w rozdziale VII. ust. 2 SWZ zamawiający przesądził, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana odrębnie dla każdego pakietu. Powyższe oznaczało, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie miała być dokonywana przez zamawiającego w odniesieniu do całości zamówienia, jak utrzymywał odwołujący I.

Wreszcie w rozdziale IX pkt 1) SWZ zamawiający wskazał, że do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Powyższa regulacja stanowiła odbicie w SWZ przepisu art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi bowiem, że *Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.*

Ponieważ zaś postępowanie zostało podzielone na części (pakiety), to również ustalenie, która oferta zostaje

oceniona najwyżej zgodnie z SWZ musiała być dokonywana odrębnie dla danej części. Przypomnienia wymaga bowiem, że zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, *Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.*

Po ustaleniu zaś, która oferta jest najwyżej oceniona w danym pakiecie, zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp i zgodnie z rozdziałem IX pkt 1 SWZ zamawiający przewidział wzywanie wykonawcy, który taką ofertę przedstawił, do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych, przy czym ocena spełniania warunków miała być dokonywana odrębnie dla danego pakietu (rozdział VII ust. 2 SWZ). W konsekwencji wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych miało zostać skierowane wyłącznie do tego wykonawcy, którego oferta w danym pakiecie została oceniona najwyżej.

W tej sytuacji podkreślenia wymagało, że zarzuty i żądania odwołującego I pozostawały w opozycji do ww. wyraźnych postanowień SWZ jak również do treści art. 126 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp. Na gruncie przywołanych postanowień SWZ przepisu art. 126 ust. 1 Pzp brak było podstaw do tego aby wzywać wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej w ramach danego pakietu, do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych także w ramach tych pakietów, w których jego oferta nie została oceniona najwyżej.

Owszem, zgodnie z art. 126 ust. 2 Pzp, *jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.* Jednakże regulacja z art. 126 ust. 2 Pzp jest wyjątkiem od reguły z art. 126 ust. 1 Pzp. Decyzja o jej zastosowaniu należy do zamawiającego jeśli wykaże, że usprawni to przebieg postępowania, co ma znaczenie przede wszystkim w postępowaniach wieloetapowych. Jednakże w analizowanej sytuacji odwołujący I nie wykazał, aby względ na odpowiedni przebieg postępowania usprawiedliwiał odstępnie od reguły z art. 126 ust. 1 Pzp. Zamawiający wykonał wszystkie nakazywane mu przez ustawę Pzp czynności w postępowaniu przy zapewnieniu jego konkurencyjności i ekonomiki, wykorzystując instytucję z art. 126 ust. 1 Pzp. Wymaganie złożenia przez wykonawców podmiotowych środków dowodowych również w odniesieniu do tych części (pakietów), w których ich oferty nie zostały ocenione najwyżej, nie byłoby działaniem adekwatnym do potrzeb zamawiającego i nie byłoby niezbędne do spełnienia celu prowadzonego postępowania. Co za tym idzie godziłoby to w zasadę proporcjonalności postępowania, wynikającą z art. 16 pkt 3 Pzp.

W tym kontekście odwołujący I jedynie powołał się na swoje przypuszczenie, że z uwagi na ograniczone potencjały kadrowe jeden wykonawca nie jest w stanie wykonać więcej niż 10 pakietów jednocześnie, w związku z czym żaden wykonawca nie powinien ofertować na więcej niż 10 pakietów. Podkreślenia wymagało, że na tę okoliczność odwołujący I nie przedstawił jednak żadnego dowodu. Twierdzenia te pozostały zatem całkiem gołostowne.

W ocenie izby nie można było się także zgodzić z odwołującym I, aby ww. reguły oceny spełniania warunków i wzywania do składania podmiotowych środków dowodowych, zgodne z SWZ i art. 126 ust 1 Pzp, miałyby świadczyć o jakiegokolwiek wadzie postępowania, a w szczególności takiej, która uniemożliwiałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przestrzeganie przedstawionych wyżej i ustalonych w SWZ reguł, zgodnych z przepisami Pzp nie stanowi jakiegokolwiek wady postępowania.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzuty 1-3 odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez bezzasadne zaniechanie odtajnienia danych zawartych w wykazie osób, na wzorze nr 10, złożonym przez MATPARK sp. z o.o., w zakresie pakietów nr 24 i 26.

Na wstępie przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.*

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przedmiotem oceny Izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez przystępującego MatPark sp. z o.o. informacji i dowodów prawidłowo ustalił, że wykonawca ten wykazał, iż rzeczywiście tajemnicę jego przedsiębiorstwa stanowią kwestionowane w odwołaniu informacje zawarte w wykazach osób. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący MatPark zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) *informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,*
- 2) *jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,*
- 3) *uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.*

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtyśński w: *Komentarz do art. 11 ZNKU*, w: *Komentarz ZNKU pod red. J. Szwej* Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, *Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, *Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji*, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.

Izba stwierdziła, że uzasadnienie zastrzeżenia wykazów osób przez przystępującego MatPark, w części dotyczącej wartości gospodarczej, okazało się sztampowe. Na uzasadnienie składało się parę zdań w których zwracano uwagę na obawę „podkupienia” osób z wykazu. Wykonawca nie przedstawił jednak nie tylko żadnych statystyk ale nawet ani jednej sytuacji czy próby „podkupienia” osób wskazanych w wykazie czy ogólnie w jego firmie. Na okoliczność, że na tym rynku konkurenci podejmują aktywne działania mające na celu „pozyskanie” z jego przedsiębiorstwa określonych pracowników przystępujący MatPark nie przedstawił żadnych dowodów.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że fluktuacja kadr nie jest niczym nadzwyczajnym. Oczywistym jest, że pracownicy mogą przejawiać chęć zmiany pracodawcy w sytuacji, gdy dotychczasowe warunki zatrudnienia im nie odpowiadają (np. z powodu stawek wynagrodzenia niższych od rynkowych). W tej sytuacji konieczne jest zapewnienie przez pracodawcę odpowiedniego wynagrodzenia dla pracowników, a także zawarcie odpowiednich umów o zakazie konkurencji po rozwiązaniu stosunku pracy. Na uwagę zasługiwał fakt, że przystępujący MatPark, pomimo spoczywającego na nim ustawowego obowiązku, w uzasadnieniu zastrzeżenia nie próbował nawet wykazywać, że oferuje swym pracownikom z wykazu nierynkowe stawki uzasadniające przypuszczenie, że mogą oni przejawiać chęć rozwiązania umowy o pracę. Nie wykazał też, aby w stosunku do osób z wykazu, na wypadek rozwiązania umów o pracę, będzie obowiązywał przez jakiś czas po takim rozwiązaniu zakaz konkurencji.

Ponadto, jak słusznie dostrzegł odwołujący I, przystępujący MATPARK sp. z o.o. utajnił dane pracowników fizycznych (drwale/pilarze) czy pracowników posiadających formalne uprawnienia (D i E), a więc osób, które nie dysponują szczególną wiedzą, ani umiejętnościami innymi od posiadanych przez innych pilarzy/drwali, czy osób z uprawnieniami D i E. Z pewnością zatem osoby wymienione wykazie nie mogą być uznane za unikalnych na rynku specjalistów. Nie można było się także zgodzić z przystępującym MatPark, jakoby utajnione wykazy osób „ukazują

potencjał kadrowy Wykonawcy". Wykazy te obejmowały po kilka osób dla danego pakietu, wskazanych tam wyłącznie celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, a nie cały personel przystępującego MatPark w sposób, który mógłby zostać uznany za „ukazujący potencjał kadrowy” przedsiębiorstwa wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 18 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w odniesieniu do wykazów osób złożonych przez przystępującego MatPark w ramach pakietów nr 24 i 26 znalazł potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest spoczywający na zamawiającym obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że *w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.*

W konsekwencji uwzględnienia zarzutu Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietów nr 24 i 26, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie ww. pakietów, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazów osób złożonych w zakresie ww. pakietów przez wykonawcę MatPark sp. z o.o. w Gródku nad Dunajcem.

Izba oddaliła odwołanie w zakresie, w jakim odwołujący I domagał się nakazania zamawiającemu odtajnienia wykazów osób, złożonych przez przystępującego MatPark w ramach pakietów: 12, 15, 17, 18. Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący I nie złożył własnej oferty na ww. pakiety. Tymczasem zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp, *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W konsekwencji zatem Izba stwierdziła, że odwołujący I nie wykazał przesłanek do wniesienia odwołania, wynikających z art. 505 ust. 1 Pzp, w zakresie pakietu nr 12, 15, 17, 18 w ramach których MatPark także złożył wykazy osób objęte analogicznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.*

KIO 1939/24

Art. 224 ustawy Pzp stanowi:

1. Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.
2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:
 - 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
 - 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:
 - 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
 - 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
 - 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
 - 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
 - 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
 - 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
 - 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

- 8) *wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.*
4. *W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.*
5. *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*
6. *Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 8) *zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*

Ustalono, że w specyfikacji warunków zamówienia zamawiający zawarł następujące postanowienia.

IV. Przedmiot zamówienia

- 1) *Przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac polegających na kompleksowej wycince na liniach przesyłowych najwyższych napięć w latach 2025-2026.*
- 2) *Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia znajduje się w Części II SWZ (dla Pakietów od 1 do 32) oraz Części IV SWZ.*
- 3) *Przedmiot zamówienia został podzielony na 32 części zwane dalej Pakietami, które stanowią odrębne linie bądź odcinki danej linii elektroenergetycznej lub grupy linii elektroenergetycznych lub grupy odcinków linii elektroenergetycznych i obejmują prace związane z wycinką, przeznaczone do realizacji w latach 2025-2026. Szczegóły dotyczące Pakietów znajdują się w Części II SWZ.*

V. Oferty częściowe i wariantowe, aukcja elektroniczna, odwrócona kolejność oceny oraz prawo opcji

- 1) *Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych – liczba pakietów 32. Wykonawca może złożyć ofertę na jedną lub więcej części, zwanych Pakietami, o których mowa w pkt IV Część I SWZ.*

Kolejno ustalono, że w zakresie pakietu nr 20 do zamawiającego wpłynęły m.in. następujące oferty z cenami netto:

- a) ACER sp. z o.o. - 1 252 251,00 zł,
- b) MATPARK sp. z o.o. - 1 387 242,00 zł,
- c) LASPOL sp. z o.o. - 1 940 000,00 zł,
- d) SOEN sp. z o.o. 960 600,00 zł,
- e) Konsorcjum Usługi ogrodnicze ELITELAS sp. z o.o. 1 380 000,67 zł,
- f) GAMUZA sp. z o.o. - 1 151 313,75 zł,
- g) NH1 sp. z o.o. - 2 710 178,80 zł,
- h) EKOLAS II sp. z o.o. - 1 200 000,00 zł.

(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 18 kwietnia 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp wezwał przystępującego Soen sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień ceny. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, co następuje.

w związku z faktem iż, ceny złożone w ofercie są niższe o co najmniej 30% dla Pakietów 20 oraz 30 od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert odpowiednio w ramach Pakietów 20 oraz 30 zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących Pakietu 20 oraz 30, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. *zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;*
2. *wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;*
3. *oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;*
4. *zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*
5. *zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;*
6. *zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
7. *zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;*
8. *wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

(por. ww. wezwanie zamawiającego, w aktach sprawy)

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący Soen złożył wyjaśnienia z dnia 24 kwietnia

2024 r. odnoszące się m.in. do pakietu nr 20. W wyjaśnieniach tych przystępujący Soen wskazał, co następuje.

Oferta, w zakresie pakietu 20 nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienie. Została ona skalkulowana zgodnie z zasadami ekonomiczności, z uwzględnieniem wszystkich kosztów i godziwego zysku dla wykonawcy. Poniżej przedstawiam stosowne wyjaśnienia.

> Zaoferowana przez nas cena w pakiecie 20 stanowi 90,78% wartości zamówienia, i tym samym nie spełnia kryteriów rażąco niskiej ceny określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych. Natomiast w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynosi 64,14%, niemniej wynika to z faktu, że dwie ze złożonych dla pakietu 20 ofert znacząco przewyższają wartość zamówienia przewidzianą przez Zamawiającego i stanowią odpowiednio 256,12% i 183,34% tej wartości. Bez ich uwzględnienia wskaźnik naszej oferty do średniej arytmetycznej pozostałych ofert wynosi 78,62%

> Nasza oferta skalkulowana została w oparciu o wieloletnie doświadczenie oraz uwzględnia wszystkie wymagania formalne i prawne m.in. w zakresie wymaganej liczby pracowników, stosowania co najmniej minimalnego wynagrodzenia, uwzględnia realne koszty pracy, eksploatacyjne, uzgodnień formalno prawnych, a także zawiera dodatkowe rezerwy i pozwala osiągnąć godziwy zysk,

> Wartość skalkulowanej oferty jest zbliżona do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, znającego najlepiej realia panujące na liniach wchodzących w skład pakietu 20, co potwierdza realność naszych założeń,

> Dodatkowo wykonanie zamówienia zamierzamy w dużej części powierzyć lokalnym podwykonawcom (nieznanym na etapie składania oferty) co jeszcze bardziej powinno obniżyć koszty realizacji zamówienia (diety, transport, noclegi),

> W poniższej tabeli przedstawiono analizę rentowności potwierdzającą, że nasza oferta nie jest rażąco niska.

ANALIZA RENTOWNOŚCI - PAKIET 20

KWOTA ZAMAWIAJĄCEGO PRZEZNACZONA NA REALIZACJĘ PAKIETU 20 (NETTO)	1 058 164,80 zł
WARTOŚĆ OFERTY SOEN (NETTO)	960 600,00 zł
UDZIAŁ % OFERTY DO KWOTY ZAMAWIAJĄCEGO	90,78%
UDZIAŁ % DO ŚREDNIEJ ARTMETYCZNEJ WSZYSTKICH ZŁOŻONYCH OFERT	64,14%
UDZIAŁ % DO ŚREDNIEJ ARTMETYCZNEJ ZŁOŻONYCH OFERT O WARTOŚCI DO 180 % KWOTY ZAMAWIAJĄCEGO	78,62%
KOSZTY PRACY (W TYM WYNAGRODZENIA UBRUTTOWIONE*, DIETY, DELEGACJE, NOCLEGI)	530 000,00 zł
KOSZTY SPRZĘTU, TRANSPORTU, ŚRODKÓW PRACY I POZOSTAŁE KOSZTY (praca sprzętu, paliwo, materiały eksploatacyjne, amortyzacja, inne)	220 000,00 zł
REZERWA NA KOSZTY EKSPLOATACYJNE (10%)	22 000,00 zł
UZGODNIENIA / ODSZKODOWANIA / KOSZTY ADMINISTRACYJNE	40 000,00 zł
REZERWA OGÓLNA (5% SUMY KOSZTÓW)	39 500,00 zł
RAZEM KOSZTY (Z REZERWAMI)	851 500,00 zł
WARTOŚĆ OFERTY SOEN (NETTO)	960 600,00 zł
SZACOWANY ZYSK (NETTO)	109 100,00 zł
MARŻA ZYSKU	11,36%

(por. wyjaśnienia przystępującego Soen z dnia 24 kwietnia 2024 r., w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 24 maja 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego II o wyborze jako najkorzystniejszej, w zakresie pakietu nr 20, oferty złożonej przez przystępującego Soen.

(por. ww. zawiadomienie zamawiającego, w aktach sprawy)

Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 1939/24 zważyła, co następuje.

Odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 1939/24 zasługiwało na uwzględnienie.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, to wyjaśnienia i dowody składane w reakcji na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 224 Pzp powinny stanowić podstawę oceny przez zamawiającego, czy zaoferowano mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie. Jak wynika z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem

domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że *podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

Jak wynikało z treści wezwania zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2024 r., zamawiający uznał, że cena zaoferowana przez przystępującego Soen budziła wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał bowiem, że przystępujący Soen zaoferował cenę niższą o *co najmniej 30% dla Pakietu 20 od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w ramach Pakietu 20. Z tego powodu zamawiający zwraca się z wezwaniem do przystępującego Soen udzielenie wyjaśnień dotyczących Pakietu 20, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.*

Z chwilą wystosowania ww. wezwania, po stronie przystępującego Soen zaktualizował się obowiązek wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Jeśli przystępujący Soen nie zgadzał się z treścią wezwania zamawiającego, w szczególności jeśli uważał, że w ogóle nie powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień ceny, gdyż rozbieżności względem średniej cen wynikają z okoliczności oczywistych, to powinien w terminach wynikających z Pzp, kwestionować czynność zamawiającego polegającą na wezwaniu w drodze środków ochrony prawnej. Jeśli tego jednak nie uczynił, to po jego stronie zaktualizował się obowiązek obalenia poprzez wyjaśnienia i dowody domniemania, że zaoferowana przez niego cena za pakiet nr 20 nie jest rażąco niska.

Z analogicznych względów nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja zamawiającego przedstawiona na wstępie odpowiedzi na odwołanie i zaprezentowana w trakcie rozprawy w której akcentował, że wzywał wykonawcę Soen do złożenia wyjaśnień niejako ostrożnościowo, gdyż wpływ na zawyżenie średniej miały ceny dwóch konkurentów przystępującego Soen. Jeśli zamawiający uważał, że rozbieżność pomiędzy ceną zaoferowaną przez przystępującego Soen a średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistej, która nie wymaga wyjaśnienia, to zgodnie z art. 224 ust. 2 Pzp miał możliwość odstąpienia od czynności wezwania, czego jednak nie uczynił. Skoro zamawiający podjął decyzję o wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny, to po stronie przystępującego Soen zaktualizował się obowiązek wykazania, że cena jego oferty za pakiet nr 20 nie jest rażąco niska.

Izba stwierdziła, że rację ma odwołujący II, który w treści odwołania prawidłowo dostrzegł, że przystępujący Soen przez swe wyjaśnienia, nie sprostął ciężarowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. W konsekwencji zamawiający, wbrew treści art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, bezzasadnie zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego Soen w zakresie pakietu nr 20.

Jak wskazano wcześniej, przepis art. 224 ust. 6 Pzp stanowi wyraźnie, że jeżeli wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 Pzp nie udźwignie ciężaru obalenia domniemania ceny rażąco niskiej, to jego oferta podlega odrzuceniu.

Zdaniem Izby, odwołujący II trafnie zarzucił w odwołaniu, że przystępujący Soen, pomimo otrzymania wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień ceny wraz z dowodami, nie przedstawił zamawiającemu szczegółowych, konkretnych, nadających się do rzetelnej weryfikacji wyjaśnień ceny i dowodów.

W reakcji na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, przystępujący Soen złożył zamawiającemu lakoniczne wyjaśnienia z dnia 24 kwietnia 2024 r., podzielone na dwie grupy – część ogólną i część zatytułowaną „analiza rentowności”. W części ogólnej przystępujący Soen powołał się na czynniki polegające na:

> Zaoferowana przez nas cena w pakiecie 20 stanowi 90,78% wartości zamówienia, i tym samym nie spełnia kryteriów rażąco niskiej ceny określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych. Natomiast w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynosi 64,14%, niemniej wynika to z faktu, że dwie ze złożonych dla pakietu 20 ofert znacząco przewyższają wartość zamówienia przewidzianą przez Zamawiającego i stanowią odpowiednio 256,12% i 183,34% tej wartości. Bez ich uwzględnienia wskaźnik naszej oferty do średniej arytmetycznej pozostałych ofert wynosi 78,62%

> Nasza oferta skalkulowana została w oparciu o wieloletnie doświadczenie oraz uwzględnia wszystkie wymagania formalne i prawne m in. w zakresie wymaganej liczby pracowników, stosowania co najmniej minimalnego wynagrodzenia, uwzględnia realne koszty pracy, eksploatacyjne, uzgodnień formalno prawnych, a także zawiera dodatkowe rezerwy i

pozwała osiągnąć godziwy zysk,

> Wartość skalkulowanej oferty jest zbliżona do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, znającego najlepiej realia panujące na liniach wchodzących w skład pakietu 20, co potwierdza realność naszych założeń,

> Dodatkowo wykonanie zamówienia zamierzamy w dużej części powierzyć lokalnym podwykonawcom (nieznany na etapie składania oferty) co jeszcze bardziej powinno obniżyć koszty realizacji zamówienia (diety, transport, noclegi),

> W poniższej tabeli przedstawiono analizę rentowności potwierdzającą, że nasza oferta nie jest rażąco niska.

Jak wynikało z przywołanej części ogólnej wyjaśnień, okazała się ona lakoniczna, niekonkretna, pozbawiona jakichkolwiek szczegółów i nie nadawała się do jakiegokolwiek weryfikacji przez zamawiającego.

Analiza tiret pierwszego i trzeciego części ogólnej prowadziła do wniosku, że zawarto tam polemikę z treścią wezwania, a więc ta część pisma nie stanowiła wyjaśnień ceny w rozumieniu art. 224 Pzp. Taka argumentacja mogła być udziałem przystępującego Soen wyłącznie w sytuacji, gdyby zakwestionował czynność wezwania zamawiającego w drodze odwołania kierowanego do Prezesa Izby. Skoro przystępujący Soen tego nie uczynił, to powinien zastosować się do treści wezwania.

Jeśli chodzi o tiret drugie części ogólnej wyjaśnień, to zawarte tam zostały jedynie ogólne wywody o doświadczeniu przystępującego Soen, które także nie stanowią wyjaśnień ceny. W tiret tym zawarto także zapewnienie o uwzględnieniu w cenie pakietu wymogów formalnych i prawnych. Jednakże zabrakło przedstawienia jakichkolwiek konkretów aby stwierdzić, czy to zapewnienie jest prawdziwe.

W tiret czwartym znalazł się ogólny wywód o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcom i związanych z tym oszczędnościach w zakresie diet, transportu i noclegów. Jednakże przystępujący Soen nie wskazał o jakie konkretnie oszczędności chodzi jeśli chodzi o diety, transport i noclegi w stosunku do sytuacji, gdyby tych podwykonawców nie było.

Bez przedstawienia szczegółów i konkretów, a także bez poparcia ich dowodami wymaganymi przez zamawiającego i ustawę Pzp, lakoniczne i ogólne stwierdzenia przystępującego Soen można było potraktować jedynie za gołosłowne zapewnienia, które żadną miarą nie mogły być uznane za obalające domniemanie zaferowania rażąco niskiej ceny.

Nie można było się zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie jakoby wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień ceny miało charakter ogólnikowy. Zamawiający w wezwaniu z dnia 18 kwietnia 2024 r. zwracał uwagę wykonawcy na konieczność złożenia wyjaśnień, popartych dowodami w związku z tym, że cena pakietu nr 20 budziła wątpliwości, gdyż odbiegała od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Następnie zamawiający w wezwaniu wskazał, że w szczególności żąda wyjaśnień i dowodów odnośnie:

1. zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
2. wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
3. oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
4. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
5. zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
6. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
7. zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
8. wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Analiza wezwania prowadziła zatem do wniosku, że zamawiający wyodrębnił kilka obszarów, które powinny zwłaszcza podlegać wyjaśnieniu. W szczególności zaś wedle wezwania wyjaśnieniu i udowodnieniu powinny podlegać koszty pracownicze.

Kolejno Izba stwierdziła, że odwołujący II trafnie zarzucił, iż przystępujący Soen do swych wyjaśnień, pomimo wezwania, nie załączył jakichkolwiek dowodów. Za niezrozumiałą należało uznać argumentację zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie, jakoby w treści wezwania nie zażądał od przystępującego Soen złożenia dowodów. Dokładna analiza treści wezwania zamawiającego prowadziła do wniosku, że zamawiający jednak wymagał od przystępującego załączenia do wyjaśnień stosownych dowodów.

Zdaniem Izby, za umotywowane i konkretne wyjaśnienia, nie mogła być uznana sporządzona przez przystępującego „analiza rentowności” pakietu nr 20. Analiza ta stanowiła de facto jedynie ogólne rozbięcie ceny na kategorie kosztów:

- a) rezerwy na koszty eksploatacyjne i rezerwy ogólnej,
- b) koszty pracy,
- c) koszty sprzętu, transportu, środków pracy
- d) koszt uzgodnień, odszkodowań i kosztów administracyjnych.
- e) zysk

Przedstawionemu rozbięciu towarzyszyło przypisanie ww. zagregowanym kategoriom kosztów określonych kwot.

Jeśli chodzi o koszty pracy (co do wykazania realności ich kalkulacji niewątpliwie wezwał zamawiający), przystępujący Soen wskazał globalną kwotę tej kategorii kosztów i ograniczył się do stwierdzenia, że w kosztach tych mieszczą się wynagrodzenia ubruttowane, diety, delegacje oraz noclegi. Jak słusznie wskazał odwołujący II w odwołaniu, w tej sytuacji brakowało podstawowych i wręcz elementarnych informacji, na temat tego jaką stawkę roboczogodziny przyjął wykonawca, dla ilu godzin pracy, dla ilu pracowników i czy uwzględnił cały koszt pracodawcy wynikający z przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Jednocześnie zawarte w części ogólnej wyjaśnienie zapewniło, że przystępujący Soen uwzględnił wymóg zapewnienia minimalnego wynagrodzenia za pracę było nieweryfikowalne. Jak słusznie wskazał odwołujący II nie wiadomo było także czy pracownicy przystępującego Soen będą otrzymywać minimalne wynagrodzenie za pracę czy też wykonawca ponosić będzie z tego tytułu wyższe koszty, gdyż jego pracownicy pracują za stawki wyższe niż minimalne.

Kolejno w „analizie rentowności” przystępujący Soen podał także zbiorczo koszty sprzętu, transportu, środków pracy i pozostałe koszty (praca sprzętu, paliwo, materiały eksploatacyjne, amortyzacja, inne). Odnosząc się do ww. fragmentu wyjaśnień po pierwsze dostrzeżenia wymagało, że koszty te zostały zagregowane. Ponadto taka informacja również okazała się nieweryfikowalna, nie wiadomo było bowiem przykładowo o jaki sprzęt chodzi, ile ten sprzęt pali, jakie koszty eksploatacyjne ujęto, a jakie nie.

Odwołujący II prawidłowo wytknął także niespójność między częścią ogólną wyjaśnień, gdzie była mowa o powierzeniu części prac podwykonawcom, co pozwala na obniżenie kosztów takich jak diety, transport, noclegi, a częścią wyjaśnień zatytułowaną „analiza rentowności”. W analizie rentowności zabrakło bowiem ujęcia i wyjaśnienia kosztów wynikających z powierzenia części prac podwykonawcom. Błąd ten był o tyle istotny, że zamawiający wyraźnie w treści wezwania z dnia 18 kwietnia 2024 r. prosił przystępującego Soen o wyjaśnienie i następnie udowodnienie kosztów wynikających z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego Soen nie obaliły domniemania zaoferowania przez ww. wykonawcę ceny rażąco niskiej. Potwierdziły się zatem zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ustawy Pzp podniesione w odwołaniu. Potwierdzeniem tego była treść odpowiedzi na odwołanie, w której zamawiający sam oświadczył, że *Dokonując oceny treści złożonych wyjaśnień Zamawiający czerpał z własnych doświadczeń i oceniając realność ceny bazował na historycznych danych*. Wobec powyższego to nie wyjaśnienia ceny przystępującego Soen obaliły domniemanie ceny rażąco niskiej.

KIO 1949/24

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 17 ust. 2 Pzp stanowi, że *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Stosownie do art. 126 Pzp:

1. *Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.*
2. *Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.*

Art. 109 ust. 1 Pzp stanowi, że *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:*

- 5) *który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy*

wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależyście wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

- 7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależyście wykonał albo długotrwale nienależyście wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;
- 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) została złożona przez wykonawcę:
 - a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
 - b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
 - c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

Ustalono, że w specyfikacji warunków zamówienia zamawiający zawarł następujące postanowienia.

IV. Przedmiot zamówienia

- 1) Przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac polegających na kompleksowej wycince na liniach przesyłowych najwyższych napięć w latach 2025-2026.
- 2) Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia znajduje się w Części II SWZ (dla Pakietów od 1 do 32) oraz Części IV SWZ.
- 3) Przedmiot zamówienia został podzielony na 32 części zwane dalej Pakietami, które stanowią odrębne linie bądź odcinki danej linii elektroenergetycznej lub grupy linii elektroenergetycznych lub grupy odcinków linii elektroenergetycznych i obejmują prace związane z wycinką, przeznaczone do realizacji w latach 2025-2026. Szczegóły dotyczące Pakietów znajdują się w Części II SWZ.

V. Oferty częściowe i wariantowe, aukcja elektroniczna, odwrócona kolejność oceny oraz prawo opcji

- 1) Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych – liczba pakietów 32. Wykonawca może złożyć ofertę na jedną lub więcej części, zwanych Pakietami, o których mowa w pkt IV Część I SWZ.
- 4) Zamawiający na podstawie art. 139. ust. 1. ustawy, przewiduje odwróconą kolejność oceny, tzn. najpierw dokona badania i oceny ofert dla ustalenia najwyższej ocenionej oferty, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

VII. Kwalifikacja podmiotowa Wykonawców

- 1) O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego oraz nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na zasadach określonych w SWZ.
- 2) Warunki udziału w postępowaniu:

c) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przystępujący do udziału w postępowaniu wykazał, że:

„dysponuje dla każdego z zaoferowanych Pakietów:

osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. dysponuje co najmniej X osobami posiadającymi kwalifikacje i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, przy pomocy których zamierza wykonać to zamówienie, w tym:

co najmniej X osobami legitymującymi się zaświadczeniami o przebytym kursie drwala i/lub operatora pilarki oraz co najmniej X osobami posiadającymi ważne świadectwo kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji i dozoru (uprawnienia typu E i D)* potrzebnych dla wykonywania prac przy urządzeniach, instalacjach i sieciach elektroenergetycznych bez ograniczenia napięcia”

Dla uniknięcia powtórzeń przywołano przedmiotowe warunki minimalne z SWZ dla każdego pakietu z osobna, przy czym „X” oznaczał sprecyzowaną ilość osób o danych umiejętnościach w zakresie pojedynczego pakietu, którymi musiał dysponować oferent.

Uwaga:

Wykazanie spełnienia warunku dotyczącego posiadania zdolności technicznej lub zawodowej tj.

- b) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia określonymi w pkt VII.2) 1. lit c) powyżej, dopuszczalne jest wskazanie tych samych osób dla Pakietów wykonywanych w różnych latach.

Przykład: wykazanie tych samych osób jest dopuszczalne dla Pakietu 1 realizowanego w całości w roku 2025 i Pakietu 2 realizowanego w całości w roku 2026; jest dopuszczalne dla Pakietu 6 realizowanego w całości w roku 2025 i Pakietu 4 realizowanego w całości w roku 2026; natomiast nie będzie dopuszczalne wykazanie tych samych osób dla Pakietu 12 realizowanego w całości w roku 2026 i Pakietu 27 realizowanego w całości w roku 2026; nie będzie dopuszczalne dla Pakietu 16 realizowanego w całości w latach 2025-2026 i Pakietu 1 realizowanego w całości w roku 2025; nie będzie dopuszczalne dla Pakietu 16 realizowanego w całości w latach 2025-2026 i Pakietu 20 realizowanego w całości w latach 2025-2026

3) Podstawy wykluczenia Wykonawców z udziału w postępowaniu:

1. Z postępowania wyklucza się Wykonawcę:

- k) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów (art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy);
- m) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady (art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy);
- n) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy);

VIII. Tymczasowe potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia

1. Wykonawca dołącza do oferty JEDZ (jako dowód potwierdzający, na dzień składnia ofert, brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, który tymczasowo zastępuje wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe wskazane w pkt IX Części I SWZ, wypełniony w zakresie:

- i. informacji na temat Wykonawcy i jego przedstawicieli (Część II, sekcja A i B JEDZ),
- ii. w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców - informacji o częściach zamówienia, które zostaną zrealizowane przez każdego z Wykonawców (Część II, sekcja A JEDZ),
- iii. w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy, informacji o tych podmiotach (Część II, sekcja C JEDZ),
- iv. informacji o podwykonawcach, na których zdolnościach Wykonawca nie polega (Część II, sekcja D JEDZ),
- v. wszystkich informacji koniecznych dla potwierdzenia braku istnienia podstaw do wykluczenia wskazanych w pkt VII. 3) Części I SWZ (Część III JEDZ),
- vi. sekcji (α) dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w pkt VII. 2).1 w Części I SWZ (Część IV, sekcja (α) JEDZ),
- vii. oświadczenia końcowego (Część VI JEDZ).

IX. Podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, jakie zobowiązani są złożyć Wykonawcy oraz wymagania dotyczące formy ich składania

1) Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni:

- a) aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj.:
- ii. wykazu osób, o których jest mowa w pkt VII 2)1c) Części I SWZ uczestniczących w wykonywaniu zamówienia, podstawy dysponowania tymi osobami, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych zgodnie ze (Wzorem nr 10 do Części III SWZ).

Kolejno ustalono, że odwołujący III złożył zamawiającemu ofertę m.in. na pakiety 1, 8, 9, 30.

Kolejno ustalono, że m.in. nw. wykonawcy złożyli zamawiającemu oferty na:

- a) DRWALEX A.D. na 13 pakietów o numerach: 1, 3, 4, 6, 10, 11, 18, 19, 23, 24, 25, 27, 30;
 - b) Usługi Leśno Budowlane DREWBUD, K.M. na 10 pakietów o numerach 1, 2, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 23;
 - c) Konsorcjum Usługi Ogrodnicze ELITELAS sp. z o.o. oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze ELITELAS sp. z o.o., i wszystkie 32 pakiety,
- (por. Informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy)

Kolejno ustalono, że Konsorcjum Usługi Ogrodnicze ELITELAS sp. z o.o. oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze ELITELAS sp. z o.o. złożył wraz ofertą dokument JEDZ m.in. dla Usługi Ogrodnicze ELITELAS sp. z o.o.. W dokumencie tym złoży Usługi Ogrodnicze ELITELAS sp. z o.o. następujące oświadczenia:

Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:

Odpowiedź: NIE

Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:

Odpowiedź: NIE

Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) nie zataił tych informacji; c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?

Odpowiedź: TAK

(por. oferta Konsorcjum Usługi Ogrodnicze ELITELAS sp. z o.o. oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze ELITELAS sp. z o.o., aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że pismami z dnia 26 kwietnia 2024 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione w danym pakiecie, do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych co do pakietów, w których oferty danego wykonawcy zostały najwyżej ocenione, w tym m.in. wykazów osób.

(por. ww. wezwania, w aktach sprawy)

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawcy złożyli aktualne podmiotowe środki dowodowe co do pakietów, w których oferty danego wykonawcy zostały najwyżej ocenione.

(por. podmiotowe środki dowodowe złożone przez wykonawców w postępowaniu, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że zamawiający pismem z dnia 24 maja 2024 r. zawiadomił odwołującego III o wyborze jako najkorzystniejszych następujących ofert:

Lp.	Pakiet	Nazwa i adres Wykonawcy
1	1	DRWALEX A.D., ul. Grodzka 4/1, Płock
8	8	Konsorcjum firm: lider – Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o., Durdy 141, Baranów Sandomierski; partner – Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o., Durdy 141, Baranów Sandomierski
9	9	Usługi Leśno Budowlane DREWBUD K.M., Żdanów 10b, Zamość
30	30	DRWALEX A.D., ul. Grodzka 4/1, Płock

(por. zawiadomienie o wyborze ofert najkorzystniejszych, w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 1949/24 zważyła, co następuje.

Odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 1949/24 nie zasługiwało na uwzględnienie.

Chybione okazały się zarzuty naruszenia:

l) art. 16 pkt 1, 2 i 3, art. 17 ust. 2, art. 126 ust. 1 i ust. 2 p.z.p. w zw. z pkt IX.1) a) oraz b) zw. z pkt VII.1) i VII.2).1c) w zw. z pkt VII.2).2 w zw. z VII.2).4 oraz pkt VII.3).1.n) SWZ poprzez: zaniechanie wezwania Wykonawcy ELITELAS DRWALEX i DREWBUD, których oferty zostały najwyżej ocenione, do przedstawienia dowodów potwierdzających spełnienie przez tych wykonawców warunków opisanych w pkt VII.1) i VII.2).1c) w zw. z pkt VII.2).2 w zw. z VII.2).4 w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawców co do wszystkich zaoferowanych przez danego wykonawcę pakietów:

- w przypadku ELITELAS były to wszystkie 32 pakiety ogłoszone przez Zamawiającego,
- w przypadku DRWALEX były to 13 pakietów
- w przypadku DREWBUD było to 10 pakietów,

II) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a), b) i c) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ELITELAS, DRWALEX DREWBUD którzy to Wykonawcy nie spełniali warunku wykazania zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wszystkich zaferowanych przez tych Wykonawców pakietów i ograniczyli się do wykazania zdolności technicznej i zawodowej jedynie co do pakietów, w których oferta danego wykonawcy została wstępnie oceniona najwyżej.

Izba stwierdziła, że istota ww. zarzutów przedstawionych przez odwołującego III sprowadzała się do żądania zbadania spełnienia przez wykonawcę, którego oferty zostały ocenione najwyżej w ramach poszczególnych pakietów, zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wszystkich pakietów, do których dany wykonawca składał ofertę, a nie tylko w ramach tego pakietu, w którym jego oferta została najwyżej oceniona.

Powyższe zarzuty i towarzyszące im żądania należało uznać za niezasadne.

Na wstępnie wskazać należało, że zamawiający w treści rozdziału V pkt 1) SWZ dopuścił składanie ofert częściowych – liczba pakietów 32. Zamawiający przesądził jednocześnie w tym samym postanowieniu, że wykonawca może złożyć ofertę na jedną lub więcej części, zwanych pakietami, o których mowa w pkt IV Część I SWZ.

W dalszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w postanowieniu pkt V. 4) SWZ przewidział zastosowanie w postępowaniu tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą zamawiający najpierw dokonuje badania i oceny ofert dla ustalenia najwyżej ocenionej oferty, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej w zakresie braku spełnienia podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Kolejno w rozdziale VII. ust. 2 SWZ zamawiający przesądził, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana odrębnie dla każdego pakietu. Powyższe oznaczało, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie miała być dokonywana przez zamawiającego w odniesieniu do całości zamówienia, jak utrzymywał odwołujący III.

Wreszcie w rozdziale IX pkt 1) SWZ zamawiający wskazał, że do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Powyższa regulacja stanowiła odbicie w SWZ przepisu art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi bowiem, że *Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.*

Ponieważ zaś postępowanie zostało podzielone na części (pakiety), to również ustalenie, która oferta zostaje oceniona najwyżej zgodnie z SWZ musiała być dokonywana odrębnie dla danej części. Przypomnienia wymaga bowiem, że zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, *Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.*

Po ustaleniu zaś, która oferta jest najwyżej oceniona w danym pakiecie, zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp i zgodnie z rozdziałem IX pkt 1 SWZ zamawiający przewidział wzywanie wykonawcy, który taką ofertę przedstawił, do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych, przy czym ocena spełniania warunków miała być dokonywana odrębnie dla danego pakietu (rozdział VII ust. 2 SWZ). W konsekwencji wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych miało zostać skierowane wyłącznie do tego wykonawcy, którego oferta w danym pakiecie została oceniona najwyżej.

W tej sytuacji podkreślenia wymagało, że zarzuty i żądania odwołującego III pozostawały w opozycji do ww. wyraźnych postanowień SWZ jak również do treści art. 126 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp. Na gruncie przywołanych postanowień SWZ i przepisu art. 126 ust. 1 Pzp brak było podstaw do tego aby wzywać wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej w ramach danego pakietu, do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych także w ramach tych pakietów, w których jego oferta nie została oceniona najwyżej.

Owszem, zgodnie z art. 126 ust. 2 Pzp, *jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia*

wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Jednakże regulacja z art. 126 ust. 2 Pzp jest wyjątkiem od reguły z art. 126 ust. 1 Pzp. Decyzja o jej zastosowaniu należy do zamawiającego jeśli wykaże, że usprawni to przebieg postępowania, co ma znaczenie przede wszystkim w postępowaniach wieloetapowych. Jednakże w analizowanej sytuacji odwołujący III nie wykazał, aby względ na odpowiedni przebieg postępowania usprawiedliwiał odstępianie od reguły z art. 126 ust. 1 Pzp. Zamawiający wykonał wszystkie nakazywane mu przez ustawę Pzp czynności w postępowaniu przy zapewnieniu jego konkurencyjności i ekonomiki, wykorzystując instytucję z art. 126 ust. 1 Pzp. Wymaganie złożenia przez wykonawców podmiotowych środków dowodowych również w odniesieniu do tych części (pakietów), w których ich oferty nie zostały ocenione najwyżej, nie byłoby działaniem adekwatnym do potrzeb zamawiającego i nie byłoby niezbędne do spełnienia celu prowadzonego postępowania. Co za tym idzie godziłoby to w zasadę proporcjonalności postępowania, wynikającą z art. 16 pkt 3 Pzp. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzuty I-II odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego konsorcjum Elitelas, którego lider (Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o.) podlegał wykluczeniu w związku z tym, że dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego - odmówił podpisania i wykonania umowy z PLK S.A. na warunkach określonych w złożonej ofercie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 0221/IZ04GM/23249/00020/24/P na tożsame prace: wycinka drzew zagrażających bezpieczeństwu z terenów będących w utrzymaniu Zakładu Linii Kolejowych w Lublinie.

Na wstępie przypomnienia wymagało, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp traktuje o możliwości wykluczenia z postępowania wykonawcy, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość.

Izba stwierdziła, że uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp przedstawione przez odwołującego III okazało się nad wyraz lakoniczne i szczątkowe. W szczególności brak było argumentacji i dowodów na okoliczność, że działanie Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. miało charakter zawiniony. Odwołujący III nie wykazał także, że brak zawarcia umowy stanowił wykroczenie zawodowe podważające uczciwość wykonawcy. Pomimo przeprowadzenia rozprawy nie wiadomo było bowiem z jakich powodów nie doszło do podpisania spornej umowy i czy ww. wykonawcy można przypisać jakąkolwiek winę. W konsekwencji nie można było ustalić, czy zachowanie wykonawcy stanowi wykroczenie zawodowe, które ma charakter poważny do tego stopnia, że podważa uczciwość wykonawcy. Przypomnienia wymagało przy tym, że konsekwencją odmowy podpisania umowy na gruncie art. 98 ust. 6 pkt 2 Pzp jest jedynie utrata wadium wniesionego przez wykonawcę. Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp podlegał zatem oddaleniu, jako nieudowodniony.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że przywołane przez odwołującego III okoliczności faktyczne w żaden sposób nie wpisują się w podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Dostrzeżenia wymagało, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi o możliwości wykluczenia z postępowania wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień.

Warunkiem koniecznym do zastosowania omawianej przesłanki wykluczenia jest zatem zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co w analizowanym stanie faktycznym nie nastąpiło. Zarzut okazał się zatem bezzasadny.

Kolejno Izba stwierdziła, że przywołane przez odwołującego III okoliczności faktyczne w żaden sposób nie wpisują się również w podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp stanowi o możliwości wykluczenia z postępowania wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane przez odwołującego III, aby przystępujący Elitelas wprowadził zamawiającego w błąd nie ujawniając faktu niepodpisania przez lidera jego konsorcjum umowy z PLK S.A. na warunkach określonych w złożonej ofercie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 0221/IZ04GM/23249/00020/24/P na tożsame prace: wycinka drzew zagrażających bezpieczeństwu z terenów będących w utrzymaniu Zakładu Linii Kolejowych w Lublinie. W ocenie Izby nie zostało bowiem udowodnione, aby przystępujący Elitelas miał w ogóle

obowiązek ujawniania ww. okoliczności. Odwołujący III nie wykazał bowiem, aby omawiane zachowanie lidera konsorcjum przystępującego Elitelas wpisywało się w jakąkolwiek podstawę do wykluczenia z postępowania. Zarzut okazał się zatem bezzasadny.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenia Izby, o których mowa w pkt 1, 2, 4, 6 sentencji, miały charakter merytoryczny. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 3, 5, 7 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły kosztów postępowań, a zatem były 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. 553 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 1, 2, 4, 6 sentencji) i formalnym (pkt 3, 5, 7 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W sprawie o sygn. akt KIO 1921/24 stwierdzone przez Izbę naruszenia ustawy Pzp, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający bezzasadnie uznał za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazów osób złożonych w zakresie pakietów nr 24 i 26 przez wykonawcę MatPark sp. z o.o. w Gródku nad Dunajcem. Odtajnienie ww. wykazów może doprowadzić do skutecznego zakwestionowania przez innych wykonawców oceny spełniania warunku w zakresie potencjału kadrowego przez przystępującego MatPark w ramach ww. pakietów.

W sprawie o sygn. akt KIO 1939/24 stwierdzone przez Izbę naruszenia ustawy Pzp, miały wpływ na wynik postępowania. Zamawiający bezzasadnie zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego Soen w zakresie pakietu nr 20 i wybrał ofertę ww. wykonawcy jako najkorzystniejszą.

W sprawach o sygn. akt KIO 1949/24 Izba nie stwierdziła zarzucanych w odwołaniu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością oddalenia ww. odwołania.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu w sprawie o sygn. akt KIO 1921/24 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietów nr 24 i 26, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie ww. pakietów, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazów osób złożonych w zakresie ww. pakietów przez wykonawcę MatPark sp. z o.o. w Gródku nad Dunajcem.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu w sprawie o sygn. akt KIO 1939/24 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 20, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie ww. pakietu, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Soen sp. z o.o. w Gronowie Górnym na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z powodu niewykazania przez ww. wykonawcę, że cena jego oferty w zakresie pakietu nr 20 nie jest rażąco niska.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 i 4 sentencji.

Oдноśnie zarzutów i żądań, których Izba nie podzieliła w sprawie o sygn. akt KIO 1921/24, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, *w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.*

Wobec oddalenia odwołania wniesionego w sprawie o sygn. akt KIO 1949/24 Izba, działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w pkt 6 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba*

rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

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.*

W sprawie o sygn. akt KIO 1921/24 Izba uwzględniła częściowo odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego MatPark. Odwołanie podlegało oddaleniu w zakresie zarzutów dotyczących oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w ramach poszczególnych pakietów. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosili zatem po połowie zamawiający i odwołujący I.

Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1921/24 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego I w wysokości 15.000 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, koszty dojazdu i stawiennictwa zamawiającego na posiedzenie Izby w wysokości 531,17 zł, ustalone na podstawie rachunków i spisu kosztów złożonego do akt sprawy (łącznie 19.131.17 zł).

Odwołujący I poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15.000 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 9.565,58 zł (19.131,17 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego I kwotę 5.434,42 zł (15.000 zł – 9.565,58 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego I, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1921/24 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b w 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).

W sprawie o sygn. akt KIO 1939/24 Izba uwzględniła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1939/24 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego II w kwocie 15.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego II w wysokości 3.600 zł, koszty dojazdu odwołującego II na posiedzenie Izby w wysokości 338 zł oraz koszt opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa w wysokości 17 zł, ustalone na podstawie rachunków i spisu kosztów złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1939/24 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b 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).

W sprawie o sygn. akt KIO 1949/24 Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący III. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1949/24 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego III w kwocie 15.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł, oraz koszty dojazdu i stawiennictwa zamawiającego na posiedzenie Izby w wysokości 531,17 zł ustalone na podstawie rachunków i spisu kosztów złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1949/24 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....