

Sygn. akt: KIO 885/25

WYROK

Warszawa, dnia 26 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2025 r. przez wykonawcę **FPP Enviro sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 68, 02-014 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Gmina Pułtusk, ul. Rynek 41, 06-100 Pułtusk,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: **Zespół Doradców Gospodarczych TOR sp. z o.o., ul. Sielecka 35, 00-738 Warszawa,**

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa,
2. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
 - 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego.

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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 885/25

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Pułtusk, ul. Rynek 41, 06-100 Pułtusk, prowadzi w trybie przetargu podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Miejski plan adaptacji do zmian klimatu dla miasta Pułtusk”, numer referencyjny: ZZP.271.25.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23.12.2024 r., nr 2024/BZP 00670330/01.

W dniu 10.03.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy FPP Enviro sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 68, 02-014 Warszawa (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zespół Doradców Gospodarczych TOR sp. z o.o., która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i zaniechanie ujawnienia informacji, a w konsekwencji naruszenie zasady jawności postępowania,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z warunkami udziału w postępowaniu określonymi w Rozdziale VIII SWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zespołu Doradców Gospodarczych TOR sp. z o.o., która nie spełniała warunków dotyczących sposobu wykazania posiadanego doświadczenia, w szczególności poprzez przedstawienie tego samego doświadczenia na potwierdzenie spełniania wymagań dla różnych funkcji w projekcie,
- 4) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 5) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy wybranego w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenia wykonawcy Zespół Doradców Gospodarczych TOR sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Pismem z dnia 13.03.2025 r. wykonawca Zespół Doradców Gospodarczych TOR sp. z o.o., ul. Sielecka 35, 00-738 Warszawa (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 24.03.2025 r. Zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że uwzględni zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wnosi o oddalenie pozostałych zarzutów.

W dniu 25.03.2025 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, a także przedstawił argumentację i dowody co do pozostałych zarzutów.

W związku z uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa i niewniesieniem sprzeciwu przez Przystępującego, postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska co do pozostałych zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny sprawy.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie Miejskiego planu adaptacji do zmian klimatu dla miasta Pułtusk.

W Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) zamawiający wskazał, że wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował m.in. następującymi osobami do realizacji zamówienia posiadającymi doświadczenie/ uprawnienia:

- Ekspert ds. wdrażania adaptacji i klimatu – osoba, która zrealizowała min. 2 usługi w zakresie adaptacji do zmian klimatu polegające na opracowaniu dokumentu o charakterze strategicznym oraz posiada minimum trzyletnie doświadczenie w opracowaniu dokumentu strategicznego,
- Ekspert ds. gospodarki wodnej – osoba, która zrealizowała min. 2 usługi polegające na opracowaniu dokumentu o charakterze strategicznym związanego z adaptacją do zmian klimatu oraz posiada minimum trzyletnie doświadczenie w opracowaniu dokumentu strategicznego,
- Ekspert ds. gospodarki przestrzennej – osoba, która zrealizowała min. 2 usługi polegające na opracowaniu dokumentu o charakterze strategicznym oraz posiada minimum trzyletnie doświadczenie w opracowaniu dokumentu strategicznego,
- Ekspert ds. partycypacji społecznej i budowania świadomości społecznej w zakresie adaptacji do zmian klimatu - osoba, która zrealizowała co najmniej 2 konsultacje społeczne dla dokumentów o charakterze strategicznym.

Przez dokument strategiczny rozumie się wytyczne, strategię lub plan lub program lub katalog dobrych praktyk lub rekomendacje lub prognozę oddziaływania na środowisko lub inny dokument o charakterze strategicznym wymagający przeprowadzenia strategicznej oceny oddziaływania na środowisko zgodnie z katalogiem dokumentów określonym w artykule 46 ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko.

Zamawiający dopuścił możliwość łączenia funkcji w przypadku osób, które spełniają ww. wymagania.

Zamawiający przewidział w SWZ wykluczenie wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8, ale nie w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W rozdziale XXI SWZ Zamawiający wskazał jako kryteria oceny ofert:

- cenę – 60% (maks. 60 pkt),
- doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia – 40% (maks. 40 pkt).

W ramach kryterium „doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” punkty miały być przyznawane za określone doświadczenie zawodowe (wyrażone w liczbie zadań) na podstawie informacji wskazanych przez wykonawcę w Formularzu ofertowym w sposób określony poniżej (w zakresie funkcji kwestionowanych w odwołaniu):

- Ekspert ds. wdrażania adaptacji i klimatu — Zamawiający za każdą zrealizowaną usługę wykazaną ponad wymagane dwie usługi w zakresie adaptacji do zmian klimatu polegające na: opracowaniu dokumentu o charakterze strategicznym przyznana 10 punktów. Wykonawca może otrzymać maksymalnie 50 punktów. W przypadku, gdy wykonawca w wykazie wskaże 5 lub większą liczbę usług spełniających wymagania Zamawiającego, Zamawiający przyzna maksymalnie 50 punktów;
- Ekspert ds. gospodarki wodnej — Zamawiający za każdą zrealizowaną usługę wykazaną ponad wymagane dwie usługi polegające na opracowaniu dokumentu o charakterze strategicznym związane z adaptacją do zmian klimatu przyzna 10 punktów. Wykonawca może otrzymać maksymalnie 50 punktów. W przypadku, gdy wykonawca w wykazie wskaże 5 lub większą liczbę usług spełniających wymagania Zamawiającego, Zamawiający przyzna maksymalnie 50 punktów;
- Ekspert ds. gospodarki przestrzennej — Zamawiający za każdą zrealizowaną usługę wykazaną ponad wymagane dwie usługi polegające na opracowaniu dokumentu o charakterze strategicznym przyzna 10 punktów. Wykonawca może otrzymać maksymalnie 50 punktów. W przypadku, gdy wykonawca w wykazie wskaże 5 lub większą liczbę usług spełniających wymagania Zamawiającego, Zamawiający przyzna maksymalnie 50 punktów;
- Ekspert ds. partycypacji społecznej i budowania świadomości społecznej w zakresie adaptacji do zmian klimatu -

Zamawiający za każdą zrealizowaną usługę wykazaną ponad wymagane dwie konsultacje społeczne dla dokumentów o charakterze strategicznym przyzna 10 punktów. Wykonawca może otrzymać maksymalnie 50 punktów. W przypadku, gdy wykonawca w wykazie wskaże 5 lub większą liczbę usług spełniających wymagania Zamawiającego, Zamawiający przyzna maksymalnie 50 punktów.

W przypadku braku wskazania przez wykonawcę w formularzu ofertowym ocenianej liczby zadań dla poszczególnych osób, Zamawiający przyzna 0 pkt przy danej osobie. Wykonawca po terminie składania ofert nie będzie mógł dokonać uzupełnienia, zmiany, modyfikacji w zakresie wskazanej w Formularzu ofertowym liczby zadań podlegającej ocenie. Osoba wskazana w formularzu ofertowym pełniąca dana funkcje musi być tożsama z osobą wskazaną do pełnienia ww. funkcji w wykazie osób.

Przystępujący złożył ofertę z ceną 137.389,77 zł brutto i w Formularzu cenowym wskazał m.in. następujących kluczowych ekspertów:

- 1) Pana B.K.. jako Eksperta ds. wdrażania adaptacji i klimatu, który posiada doświadczenie w zakresie:
 - Planu Zrównoważonej Mobilności Miejskiej dla Łódzkiego Obszaru Metropolitalnego 2030 (z perspektywą do 2040),
 - Planu Zrównoważonej Mobilności Miejskiej dla Obszaru Funkcjonalnego Myślenic do roku 2032+,
 - Planu Zrównoważonej Mobilności Miejskiej dla Aglomeracji Kalisko-Ostrowskiej,
 - Planu Zrównoważonej mobilności miejskiej dla Nowego Sącza,
 - Planu Zrównoważonej Mobilności dla Obszaru Metropolitalnego Gdańsk-Gdynia-Sopot 2040,
 - 2) Pana B.K.. jako Eksperta ds. gospodarki wodnej, który posiada doświadczenie w zakresie:
 - Strategii Rozwoju Elektromobilności dla Miasta i Gminy Koźmin Wielkopolski na lata 2019-2035,
 - Strategii Rozwoju Elektromobilności dla Miasta Włocławek na lata 2020–2035,
 - Strategii Rozwoju Elektromobilności dla Miasta Jelenia Góra na lata 2020-2036,
 - Strategii Rozwoju Elektromobilności dla Miasta Bełchatowa na lata 2020-2036,
 - Strategii Rozwoju Elektromobilności Miasta Lubartów,
 - 3) M.G.. jako Eksperta ds. gospodarki przestrzennej, który posiada doświadczenie w zakresie:
 - Planu Zrównoważonego Rozwoju Publicznego Transportu Zbiorowego dla Miasta Siedlce,
 - Aktualizacji Planu Zrównoważonej Mobilności dla Gminy Izabelin,
 - Planu rozwoju sieci drogowej dla Dzielnicy Ursynów m.st. Warszawy na lata 2025-2029,
 - Planu Zrównoważonej Mobilności Miejskiej dla Łódzkiego Obszaru Metropolitalnego 2030 (z perspektywą do 2040),
 - Opracowania części strategicznej Planu Zrównoważonej Mobilności dla Obszaru Metropolitalnego Gdańsk-Gdynia-Sopot 2040,
 - 4) M.G.. jako Eksperta ds. partycypacji społecznej i budowania świadomości społecznej w zakresie adaptacji do zmian klimatu, który posiada doświadczenie w zakresie:
 - Planu Zrównoważonej Mobilności Miejskiej dla Łódzkiego Obszaru Metropolitalnego 2030 (z perspektywą do 2040),
 - Planu Zrównoważonej Mobilności Miejskiej dla Obszaru Funkcjonalnego Myślenic do roku 2032+,
 - Planu Zrównoważonej Mobilności Miejskiej dla Aglomeracji Kalisko-Ostrowskiej,
 - Planu zrównoważonej mobilności miejskiej dla Nowego Sącza,
 - Aktualizacji Planu Zrównoważonej Mobilności dla Gminy Izabelin.
- Pismem z dnia 29.01.2025 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, w szczególności w zakresie kosztów przygotowania/sporzędzenia/przeprowadzenia:
- „1) diagnozy (określonej w ust. 1 pkt 1 opisu przedmiotu zamówienia - zwany OPZ),
 - 2) koncepcji zazielenienia miasta (określonej w ust. 1 pkt 4 OPZ),
 - 3) koncepcji zagospodarowania wód opadowych i roztopowych (określonej w ust. 1 pkt 5 OPZ),
 - 4) części programowej (określonej w ust. 1 pkt 6 OPZ),
 - 5) zasady wdrażania planu, w tym odnoszące się do monitoringu wdrażania działań adaptacyjnych z wykorzystaniem wskaźników realizacji celów, o których mowa w ppkt 3 (określone w ust. 1 pkt 7 OPZ),
 - 6) działań związanych ze strategiczną oceną oddziaływania na środowisko (sooś) dla ww. dokumentu, obejmujące wszystkie wymagane prawem/ wytycznymi (określonych w ust. 5 OPZ),
 - 7) konsultacji społecznych (określonych w ust. 6 OPZ),
 - 8) działań partycypacji społecznej i budowania świadomości społecznej (określonych w ust. 7 OPZ),
 - 9) szkolenia (określone w ust. 7 pkt 4 OPZ),
 - 10) szkolenia (określone w ust. 7 pkt 5 OPZ),
 - 11) kampanii informacyjno-promocyjnej w mediach społecznościowych (określonej w ust. 7 pkt 6 OPZ),
 - 12) konkursu on-line (określonego w ust. 7 pkt 7 OPZ),

- 13) konkursu fotograficznego on-line (określonego w ust. 7 pkt 8 OPZ),
- 14) publikacji w wersji pdf. (określonej w ust. 7 pkt 9 OPZ),
- 15) raportu z przeprowadzonych w trakcie realizacji projektu działań z zakresu partycypacji społecznej oraz budowania świadomości społecznej (określonej w ust. 7 pkt 10 OPZ).”

W dniu 03.02.2025 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na prośbę Zamawiającego o dodatkowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący stanowisko.

W dniu 07.02.2025 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Przystępujący złożył m.in. wykaz osób, w którym wskazał tych samych ekspertów, co w Formularzu ofertowym, ale z innymi projektami stanowiącymi ich doświadczenie i który zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 03.03.2025 r. Przystępujący, na wezwanie Zamawiającego, ustosunkował się do pisma, w którym Odwołujący kwestionuje doświadczenie ekspertów wskazanych przez Przystępującego i zastrzegł te wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 05.03.2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przed odniesieniem się do zarzutów postawionych w odwołaniu (z wyjątkiem zarzutu uwzględnionego przez Zamawiającego) należy wyjaśnić, jak w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą rozumiany jest zarzut.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zarzut jest zatem substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Innymi słowy: podane w odwołaniu okoliczności faktyczne będące podstawą postawienia zarzutu (w tym argumentacja zawarta w uzasadnieniu odwołania), jak też wskazane podstawy prawne tego zarzutu określają jego granice (choć w przypadkach oczywistych przy prawidłowo opisanych okolicznościach faktycznych Izba może samodzielnie dokonać subsumpcji). Oznacza to, że argumentacja (okoliczności faktyczne lub prawne) niezawarta w odwołaniu, a podnoszona przez odwołującego na dalszym etapie postępowania odwoławczego np. w kolejnych pismach procesowych lub na rozprawie, nie może być wzięta przez Izbę pod uwagę, gdyż stanowi już nowe zarzuty. Po wniesieniu odwołania odwołujący może jedynie składać dowody na poparcie zarzutów zawartych w odwołaniu (do zamknięcia rozprawy – art. 535 ustawy Pzp) i odnosić się do stanowiska zamawiającego lub przystępującego po stronie zamawiającego. Nie może natomiast rozszerzać swojej argumentacji faktycznej i prawnej zawartej w odwołaniu, np. z tego powodu że dopiero po wniesieniu odwołania zorientował się, że dobrze byłoby podnieść kolejny argument lub dobrze byłoby zmienić coś w dotychczasowej argumentacji. Takie nowe lub zmienione argumenty stanowią w istocie nowe zarzuty, które zgodnie z art. 555 ustawy Pzp nie mogą być przez Izbę rozpoznane. Dlatego niezwykle istotne jest, aby odwołujący pisząc odwołanie ujął w nim wszystkie argumenty faktyczne i prawne w sposób przemyślany, ponieważ na dalszych etapach postępowania odwoławczego nie będą one mogły być już zmieniane czy rozszerzane. Argumenty te, rozumiane jako zarzuty, stają się bowiem wiążące zarówno dla odwołującego, jak i dla Izby.

Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłyby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne lub prawne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradiktoryjne postępowanie odwoławcze. W szczególności bowiem zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się np. dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Analogiczne zaburzenie zasady równości dotykałoby również przystępującego, którego oferta byłaby kwestionowana w odwołaniu. Dlatego zakaz rozpoznawania przez Izbę zarzutów niezawartych w odwołaniu ma charakter nie tylko formalny, ale służy też respektowaniu zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym przed

Izbą.

Powyższe znajduje potwierdzenie w konsekwentnym orzecznictwie Izby, w tym w wyroku z dnia 27.06.2023 r. o sygn. akt KIO 1678/23 z 27.06.2023 r., w którym wskazano: „Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17). Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu”.

Również orzecznictwo Sądu Okręgowego w Warszawie potwierdza sposób rozumienia zarzutu w postępowaniu odwoławczym i zakaz rozpoznawania przez Izbę zarzutów niezawartych w odwołaniu, w tym np. wyrok z dnia 09.05.2024 r. o sygn. akt XXIII Zs 16/24, w którym stwierdzono: „Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może wyjść poza ich zakres. Jednoznacznie wskazuje to zatem na konieczność ich przemyślanego i precyzyjnego sformułowania przez odwołującego. Możliwość stawiania zarzutów upływa z terminem na wniesienie odwołania. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Nawet jeżeli odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie określonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Brak precyzyjnego przywołania podstawy prawnej i uzasadnienia zarzutu prowadzi do braku możliwości rozpatrzenia tego zarzutu przez Izbę (...). Co do zasady możliwa jest modyfikacja zarzutu odwołania/skargi poprzez „ograniczenie” zakresu żądania. Jeśli bowiem przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej były różne zarzuty to nasuwa się oczywista i jedyna logicznie konstatacja, iż każdy z nich osobno był przedmiotem orzekania Izby, a tym samym podtrzymanie jednego z zarzutów odwołania w skardze oznacza orzekanie przez Sąd co do zarzutu, który był przedmiotem odwołania. Nie można jednak skutecznie dokonać modyfikacji poprzez rozszerzenie dotychczasowych żądań. Stosownie zaś do treści art. 535 ustawy PZP odwołujący może przedstawiać dowody aż do zamknięcia rozprawy, natomiast okoliczności faktyczne, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio przedstawić precyzyjnie w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą z uwagi na treść wspomnianego już art. 555 ustawy PZP. Rozgraniczenia wymagają bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. W pierwszej kolejności w postępowaniu odwoławczym muszą zostać wskazane fakty, z których wywodzone są przez odwołującego skutki prawne”.

Reasumując, w świetle art. 555 ustawy Pzp Izba rozpoznaje tylko zarzuty zawarte w odwołaniu, co należy rozumieć jako rozpoznanie odwołania tylko w granicach okoliczności faktycznych i prawnych podniesionych w tym odwołaniu. Tym samym okoliczności faktyczne i prawne podnoszone przez odwołującego już po złożeniu odwołania, jako nowe zarzuty, nie mogą zostać przez Izbę rozpoznane.

Niezależnie od powyższego należy także zwrócić uwagę na kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed Izbą, co oznacza, że to strony i uczestnicy mają wykazywać przed Izbą zasadność swoich stanowisk. Jak wskazano w wyroku z dnia 11.05.2021 r. o sygn. akt KIO 863/21: „Podkreślić należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter stricte kontradyktoryjny, co oznacza obowiązek składania przez strony postępowania odwoławczego dowodów na potwierdzenie własnych twierdzeń. Wynika to wprost z art. 534 ust. 1 ustawy nPzp, który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Wykonawca wnosząc odwołanie zobowiązany jest udowodnić stawiane zarzuty, skoro kwestionuje prawidłowość czynności zamawiającego i wywodzi z tego faktu skutek w postaci konieczności unieważnienia tej czynności. Zadaniem Odwołującego jest także obrona prezentowanego stanowiska w toku postępowania odwoławczego i odparcie twierdzeń i dowodów prezentowanych przez jego przeciwników”.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w odwołaniu poza przytoczeniem fragmentu jednego z wyroków Izby i ogólnych poglądów doktryny na temat rażąco niskiej ceny, Odwołujący zawarł 2 argumenty (zarzuty) dotyczące ceny w ofercie Przystępującego:

- 1) zarzut dotyczący ceny oferty Przystępującego znacząco niższej od cen innych ofert: „cena zaofiarowana przez Zespół Doradców Gospodarczych TOR sp. z o.o. jest znacząco niższa nie tylko od ceny pozostałych uczestników

postępowania, ale również od średniej wartości ofert konkurencyjnych" (str. 7 odwołania),

2) zarzut dotyczący prawdopodobnego braku dysponowania kluczowymi ekspertami z powodu ich niewłaściwego doświadczenia, co miałyby skutkować zaniżeniem ceny oferty Przystępującego:

- „Odwołujący nadal nie ma możliwości zweryfikowania, czy wykonanie przedmiotu zamówienia w cenie zaoferowanej przez Zespół Doradców Gospodarczych TOR sp. z o.o. jest realne i czy gwarantuje należyte wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia". (str. 5 odwołania)
- „niska cena może wynikać z braku doświadczenia wymaganych ekspertów, w tym eksperta ds. wdrażania adaptacji i klimatu oraz eksperta ds. adaptacji wodnej" (str. 7 odwołania),
- „niska cena może wynikać z braku kluczowych ekspertów ds. wdrażania adaptacji i klimatu oraz eksperta ds. adaptacji wodnej, co w sposób bezpośredni przekłada się na jakość i prawidłowość realizacji zamówienia" (str. 9 odwołania),
- „Złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które następnie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, nie pozwala na rzetelną weryfikację realności wykonania zamówienia w zaproponowanej cenie. Nie można wykluczyć, że zaoferowana cena wynika z braku odpowiedniego doświadczenia ekspertów w zakresie opracowywania dokumentów dotyczących adaptacji klimatycznej, a tym samym, że skutkiem tego będzie niewłaściwe opracowanie dokumentu, co czyni go nieprzydatnym dla Zamawiającego". (str. 14 odwołania).

Odnosząc się do pierwszego z podniesionych zarzutów należy podkreślić, że sam fakt złożenia oferty z ceną nawet znacząco niższą od cen innych ofert nie jest dowodem na to, że jest to cena rażąco niska. Wykonawca oferujący taką cenę może mieć bowiem dostęp np. do korzystnych rabatów, do szczególnych rozwiązań technicznych lub organizacyjnych, do pomocy publicznej lub korzystnej współpracy w określonych podwykonawcami, które to okoliczności pozwalają mu należyście wykonać zamówienie za niższą od innych cenę. Dlatego właśnie art. 224 ustawy Pzp przewiduje obowiązek wezwania wykonawcy, który zaoferował cenę budzącą wątpliwości albo wręcz niższą o co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT lub od średniej arytmetycznej ofert, do złożenia wyjaśnień (wraz z dowodami) potwierdzających prawidłowość kalkulacji jego ceny. Powyższy obowiązek wynika zresztą także z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w której w art. 69 ust. 1 wyraźnie wskazano: Instytucje zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług.

Dopiero zatem na podstawie złożonych wyjaśnień wraz z dowodami zamawiający może dokonać oceny, czy rzeczywiście cena jest rażąco niska, czy nie. Natomiast odrzucenie oferty z powodu zaoferowania ceny nawet znacząco niższej od innych ofert, bez wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, bez analizy tych wyjaśnień i bez wskazania, które elementy tych wyjaśnień świadczą o rażąco niskiej cenie, jest niedopuszczalne. Innymi słowy: sam fakt złożenia oferty z ceną nawet znacząco niższą od cen innych ofert, bez odniesienia się do złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, nie może być podstawą odrzucenia oferty jako oferty z ceną rażąco niską. Dlatego wskazany w odwołaniu zarzut ograniczający się do wskazania na znacznie niższą cenę w ofercie Przystępującego nie mógł być uznany za zasadny.

Odnosząc się natomiast do drugiego z podniesionych przez Odwołującego zarzutów, należy zauważyć, że został on sformułowany w każdym z cytowanych fragmentów jako domniemanie, że brak właściwych kwalifikacji kluczowych ekspertów spowodował zaniżenie ceny przez Przystępującego. Tymczasem odrzucenie oferty, jako czynność o charakterze sankcyjnym, nie może być oparte na domniemaniach. Innymi słowy: nie można odrzucić oferty z powodu domniemania zaistnienia jakichś okoliczności. Podstawa odrzucenia oferty musi być przez zamawiającego wykazana, a nie jedynie domyślna. Odwołujący tymczasem sformułował ww. zarzuty jako oparte wyłącznie na domysłach, że prawdopodobnie brak doświadczenia kluczowych ekspertów wpłynął na niską cenę w ofercie Przystępującego. Jak już wskazano, domniemanie nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty.

Ponadto Odwołujący nie wskazał, w jaki sposób domniemywany przez niego brak doświadczenia kluczowych ekspertów miałby przekładać się na cenę oferty. Czy np. Przystępujący w ogóle nie uwzględnił w cenie oferty wykonania określonych części przedmiotu zamówienia z powodu braku tych ekspertów, czy uwzględnił w cenie oferty wynagrodzenie niższe niż wynikające z rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r., czy może uwzględnił wynagrodzenie nie niższe niż wynikające z ww. rozporządzenia, ale jednak niższe niż normalne stawki na rynku i jakie są wobec tego te normalne stawki na rynku, czy może Przystępujący nie uwzględnił w cenie oferty jakichś urządzeń potrzebnych do wykonywania pracy przez ekspertów albo kosztów ich dojazdów albo źle skalkulował zakładany czas wykonywania przez nich pracy i jak te wszystkie lub inne okoliczności (o ile zostałyby podane w odwołaniu) przekładają się na zaniżenie ceny oferty w stopniu takim, że należy ją uznać za rażąco niską. Żaden z podanych wyżej przykładowo argumentów ani żaden inny nie został wskazany w odwołaniu. Odwołujący ograniczył się wyłącznie do kilkukrotnego powtórzenia, że rażąco niska cena oferty Przystępującego może wynikać z braku ekspertów o właściwych kwalifikacjach. Jak już wskazano wyżej, wyłącznie domniemanie Odwołującego w tym zakresie, w dodatku nieoparte żadnymi innymi argumentami, nie może stanowić

podstawy odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

W tym miejscu należy zauważyć, że wprawdzie zgodnie z 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Nie oznacza to jednak, że odwołujący jest całkowicie zwolniony z obowiązku przedstawienia, uzasadnienia i wykazania postawionych w odwołaniu zarzutów. Przystępujący albo zamawiający, na których spoczywa ciężar dowodu w tej sprawie, też muszą bowiem wiedzieć, do czego konkretnie mają się odnieść, jakie konkretne zarzuty są formułowane wobec ceny oferty i na jakich argumentach i dowodach są oparte. Obowiązek skonkretyzowania i udowodnienia przez odwołujących zarzutów w zakresie rażąco niskiej ceny wynika także z konsekwentnego orzecznictwa Izby, w tym z wyroku z dnia 30.11.2021r. o sygn. akt KIO 3273/21, w którym stwierdzono: „ciężar dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny jest ukształtowany odwrotnie do reguły, zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp), w niniejszym przypadku Przystępującego. Jednocześnie pomimo modyfikacji reguły ciężaru wykonawca zarzucający zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną w dalszym ciągu jest obowiązany dowodzić faktów, które pozwalają stawiać tezę o rażąco niskiej cenie. Odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni ona podstawą swoich zarzutów wykazania podstaw faktycznych zarzutu, oraz przedstawienia kontrdowodów wobec tych, które przedłożyli przeciwnicy”.

Dlatego niezależnie od treści art. 537 ustawy Pzp, na Odwołującym spoczywał obowiązek skonkretyzowania i wykazania zasadności zarzutów kierowanych wobec ceny oferty Przystępującego. Odwołujący temu obowiązkowi nie sprostał ograniczając się do przedstawienia w odwołaniu domniemań, nieopartych żadną inną argumentacją.

Izba rozumie przy tym, że Odwołujący nie miał dostępu do złożonych przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, bo zostały one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący nie zadbał jednak o to, by zostawić sobie szansę na ewentualne zapoznanie się z tymi wyjaśnieniami w przypadku gdyby odwołanie w zakresie zarzuty dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa zostało uwzględnione przez Izbę albo przez Zamawiającego. Gdyby bowiem zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny został w odwołaniu wskazany jako zarzut ewentualny (alternatywny, podniesiony z ostrożności) postawiony jedynie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, wówczas w przypadku uwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa Izba mogłaby pozostawić zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny bez rozpoznania. Pozwoliłoby to Odwołującemu, w razie ponownego wyboru przez Zamawiającego oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, ponownie wnieść odwołanie z zarzutem rażąco niskiej ceny tym razem już po zapoznaniu się z odtajnionymi w międzyczasie wyjaśnieniami. Odwołujący nie określił jednak w odwołaniu zarzutu rażąco niskiej ceny jako zarzutu ewentualnego postawionego tylko na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, zatem Izba musiała rozpoznać tenże zarzut rażąco niskiej ceny w takim kształcie, w jakim został on sformułowany w obecnym odwołaniu.

Jak wskazano już wyżej, oparcie zarzutu wyłącznie na porównaniu ceny oferty Przystępującego do innych cen oraz na domniemaniu, że niska ceny tej oferty wynika z braku kwalifikacji kluczowych ekspertów, przy dodatkowo braku jakiegokolwiek uzasadnienia, w jaki sposób ten domniemany brak kwalifikacji przekładałby się na wysokość tej ceny, zdecydowanie nie pozwala na stwierdzenie, że cena oferty Przystępującego jest rzeczywiście rażąco niska. Dlatego odwołanie w zakresie tak sformułowanych zarzutów musiało zostać oddalone.

Izba nie rozpoznała ponadto podniesionego dopiero na rozprawie zarzutu nierównego traktowania Odwołującego i Przystępującego w zakresie wymagań Zamawiającego co do żądanych od nich wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ponieważ zarzut taki nie był zawarty w odwołaniu (art. 555 ustawy Pzp).

Zarzuty dotyczące kwalifikacji kluczowych ekspertów.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) została złożona przez wykonawcę:
- b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 239 ustawy Pzp:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 242 ust. 1 ustawy Pzp, najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

- 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;
- 2) ceny lub kosztu.

Odwołujący postawił na str. 2 odwołania zarzut naruszenia przez Zamawiającego „art. 226 ust. 1 pkt 2b p.z.p.

oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. w związku z warunkami udziału w postępowaniu określonymi w Rozdziale VIII SWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zespołu Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o.o., która nie spełniała warunków dotyczących sposobu wykazania posiadanego doświadczenia, w szczególności poprzez przedstawienie tego samego doświadczenia na potwierdzenie spełniania wymagań dla różnych funkcji w projekcie". W dalszej części odwołania Odwołujący zamiennie posługiwał się pojęciami „warunki udziału w postępowaniu” (str. 4, 10, 14, 16) oraz „warunki zamówienia” (str. 9, 14).

Po pierwsze zatem, należy wyjaśnić, że warunki zamówienia i warunki udziału w postępowaniu to nie to samo. W uproszczeniu:

1. Warunki zamówienia to warunki przedmiotowe dotyczące sposobu, zakresu czy terminu realizacji zamówienia (art. 7 pkt 29 ustawy Pzp). Na potwierdzenie ich spełniania wykonawcy składają przedmiotowe środki dowodowe (art. 7 pkt 20 ustawy Pzp) określane przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, czyli np. w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) czy w stanowiącym zwykle jej część opisie przedmiotu zamówienia (OPZ), mogą to być np. karty katalogowe, certyfikaty, raporty z badań. Przedmiotowe środki dowodowe są składane wraz z ofertą i mogą być uzupełniane lub wyjaśniane w trybie art. 107 ustawy Pzp. Skutkiem niezgodności oferty z warunkami zamówienia jest jej odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.
2. Warunki udziału w postępowaniu mają charakter podmiotowy, gdyż dotyczą potencjału (np. doświadczenia, kadry, sprzętu, posiadanych zezwoleń, czy sytuacji finansowej) samego wykonawcy (art. 112 – 117 ustawy Pzp). Na potwierdzenie ich spełniania wykonawcy składają podmiotowe środki dowodowe określone w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), może to być np. wykaz osób, wykaz usług, czy sprawozdanie finansowe. Podmiotowe środki dowodowe są składane na wezwanie zamawiającego przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona (pod względem przedmiotowym) i mogą być uzupełniane lub wyjaśniane w trybie art. 128 ustawy Pzp. Skutkiem niespełnienia warunku udziału w postępowaniu jest odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

Odwołujący postawił zarzut dotyczący niespełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu i warunków zamówienia w zakresie kwalifikacji poszczególnych ekspertów, czyli w zakresie kadry, jaką Przystępujący dysponuje. Już sam fakt, że okoliczności faktyczne dotyczą kadry wskazuje, że błędnie został postawiony zarzut niezgodności oferty z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), ponieważ kadra wykonawcy jest warunkiem podmiotowym, a nie przedmiotowym (bo dotyczy jego potencjału – tu: kadrowego, a nie samego przedmiotu zamówienia). Konsekwencją powyższego jest to, że w dokumentach zamówienia nie ma warunku zamówienia odnoszącego się do doświadczenia wymaganych ekspertów i sam Odwołujący w odwołaniu również nie wskazał żadnego warunku zamówienia, z którym oferta Przystępującego miałaby być w tym zakresie niezgodna (rozdział VIII SWZ, na który się powołał w odwołaniu dotyczy warunków udziału w postępowaniu, a nie warunków zamówienia). W związku tym nie można stwierdzić niezgodności oferty Przystępującego z warunkiem zamówienia, którego w dokumentacji nie ma. Dlatego zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niespełnienia warunków zamówienia należy uznać za niezasadny.

Ten sam zarzut postawiony jako niespełnienie tym razem warunków udziału w postępowaniu również jest niezasadny, ponieważ projekty wskazane jako doświadczenie kluczowych ekspertów i kwestionowane w odwołaniu w ogóle nie zostały przez Przystępującego wskazane w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Jak wskazano już wyżej, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wezwany wykonawca przedkłada podmiotowe środki dowodowe, w tym wypadku – wykaz osób. W złożonym przez Przystępującego wykazie osób w ogóle nie zostały wskazane projekty zakwestionowane przez Odwołującego w odwołaniu, tj. Strategia Rozwoju Elektromobilności dla Miasta Włocławek, Strategia Rozwoju Elektromobilności dla Miasta Jelenia Góra, Strategia Rozwoju Elektromobilności Miasta Lubartów, Aktualizacja Planu Zrównoważonej Mobilności dla Gminy Izabelin, Plan Zrównoważonej Mobilności Miejskiej dla Łódzkiego Obszaru Metropolitalnego 2030 (z perspektywą do 2040) oraz Strategia Rozwoju Elektromobilności dla Miasta i Gminy Koźmin Wielkopolski. Tych projektów w ogóle nie ma w wykazie osób złożonym przez Przystępującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie można zatem twierdzić, że z powodu tych właśnie projektów Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, skoro w ogóle ich nie wykazywał na potwierdzenie spełnienia tego warunku (w wykazie osób wskazał inne projekty). Dlatego zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu również należy uznać za niezasadny.

W tym miejscu należy zauważyć, że projekty kwestionowane w odwołaniu zostały przez Przystępującego wskazane w ofercie (Formularzu ofertowym) w celu uzyskania punktów w kryterium oceny ofert: „doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” o wadze 40%. Kryteria oceny ofert to również nie to samo co warunki zamówienia czy warunki udziału w postępowaniu. Mają one co do zasady charakter przedmiotowy, z wyjątkiem

organizacji, kwalifikacji i doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (art. 242 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). W oparciu o te kryteria, Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, które wcześniej zostały uznane m.in. za zgodne z warunkami zamówienia (przy czym oferta najkorzystniejsza musi być też złożona przez wykonawcę, który m.in. spełnia warunki udziału w postępowaniu). Kryteria oceny ofert stanowią zatem kolejną, odrębną od warunków udziału w postępowaniu i warunków zamówienia kategorię, w której oferta jest oceniana. Przy czym w odróżnieniu od warunków udziału w postępowaniu i warunków zamówienia, niewykazanie spełnienia jakiegoś kryterium oceny ofert nie skutkuje odrzuceniem oferty (chyba że zamawiający w jasno określonym przypadku wyraźnie przewidzi to w SWZ), a jedynie brakiem przyznania jej określonej ilości punktów, wskutek czego może ona nie być uznana za najkorzystniejszą spośród innych ofert (ale nie zostaje odrzucona).

Odwołujący znał treść oferty Przystępującego, sformułował zarzuty w stosunku do części projektów wykazanych w tej ofercie jako doświadczenie kluczowych ekspertów, ale błędnie zakwalifikował te zarzuty jako niezgodność oferty z warunkami zamówienia (naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) i jako niespełnienie warunków udziału w postępowaniu (naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp), a w efekcie jako niezasadne zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego.

Nigdzie w żadnym miejscu odwołania Odwołujący nie wskazał, że chodzi o kryteria oceny ofert, nie powołał się na rozdział XXI SWZ opisujący te kryteria czy na art. 239 ustawy Pzp lub inne przepisy odnoszące się do kryteriów oceny ofert, jak też nie wskazał, że skutkiem wpisania przez Przystępującego do oferty kwestionowanych w odwołaniu projektów powinno być przyznanie jej mniejszej ilości punktów w kryterium dotyczącym doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia. Innymi słowy: w odwołaniu nie ma słowa mogącego świadczyć o tym, że Odwołującemu chodziło o wadliwą ocenę oferty Przystępującego w ramach kryteriów oceny ofert.

W tym miejscu należy wrócić do cytowanego już przez Izbę art. 555 ustawy Pzp i wynikającego z niego zakazu rozpoznawania przez Izbę zarzutów niezawartych w odwołaniu. Skoro Odwołujący nie zawarł w odwołaniu zarzutu dotyczącego kryteriów oceny ofert, to zarzut taki nie może być przez Izbę rozpoznany. W szczególności nie może być rozpoznany zarzut niezasadnego przyznania ofercie Przystępującego punktów w kryterium oceny ofert podniesiony przez Odwołującego dopiero na rozprawie, czyli już po wniesieniu odwołania.

Nie mogą być też rozpoznane inne zarzuty podniesione dopiero na rozprawie, w tym odnoszące się do Podręcznika adaptacji do zmian klimatu czy do przepisów dotyczących ochrony środowiska, skoro również nie zostały zawarte w odwołaniu (pomijając to, że nawet gdyby były powołane w odwołaniu, to i tak nie mogłyby być uznane za zasadne przy ocenie projektów w ramach warunków udziału w postępowaniu lub warunków zamówienia, skoro kwestionowane projekty zostały wskazane do kryteriów oceny ofert).

Nie ma także znaczenia fakt, że Odwołujący nie znał wykazu osób złożonego przez Odwołującego (bo został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa). Odwołujący zakwestionował przecież w odwołaniu projekty wskazane w ofercie (Formularzu oferty), której treść była mu znana. Problemem w niniejszej sprawie nie jest brak dostępu do wykazu osób, tylko błędne zakwalifikowanie projektów kwestionowanych w odwołaniu jako niezgodności oferty z warunkami zamówienia czy jako niespełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Nieznajomość wykazu osób nie ma z tym żadnego związku. Przy czym należy zauważyć, że z SWZ jasno wynika, że wykaz osób ma być złożony na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kwalifikacji osób (rozdział XI pkt 5 SWZ), a ocena kryterium „doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” będzie przeprowadzona na podstawie informacji wskazanych w Formularzu ofertowym (rozdział XXI ust. 1 pkt 2) SWZ). Zatem już sam fakt, że kwestionowane w odwołaniu projekty były wskazane przez Przystępującego w Formularzu ofertowym powinien być dla Odwołującego jasnym sygnałem, że chodzi o projekty wskazane dla uzyskania punktów w kryterium oceny ofert, a nie dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (tym bardziej zaś warunków zamówienia).

Dodatkowo już tylko na marginesie, odnosząc się do poruszanej na rozprawie dyskusji, Izba wyjaśnia, że przytaczane przez Odwołującego na rozprawie postanowienia OPZ nie wpływają na to, jak Zamawiający ma oceniać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te nie muszą zawierać wymagań tożsamyh z wymaganiami opisanymi w OPZ (art. 112 ust. 1 ustawy Pzp nawet stanowi, że powinny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, czyli nie takie same), a ponadto zgodnie z jednolitym orzecznictwem Izby nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Oznacza to, że zamawiający ma dokonywać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ściśle zgodnie z ich treścią, czyli w niniejszej sprawie – ściśle zgodnie z treścią rozdziału VIII SWZ, a nie zgodnie z treścią jakichkolwiek innych postanowień SWZ, OPZ czy w ogóle innych dokumentów, np. Podręcznika adaptacji do zmian klimatu. Jeżeli wykonawca uznaje, że warunki udziału w postępowaniu, warunki zamówienia, kryteria oceny ofert lub jakiegokolwiek inne postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, są wadliwe, może wnieść odwołanie w terminie liczonym od publikacji tych dokumentów przez zamawiającego (art. 515 ust. 2 ustawy Pzp). Polemizowanie z ich treścią na etapie oceny ofert jest już natomiast działaniem spóźnionym.

Reasumując, zarzuty dotyczące kwalifikacji (doświadczenia) kluczowych ekspertów wskazanych w ofercie

Przystępującego nie mogły być uznane za zasadne, ponieważ:

- w dokumentach zamówienia nie ma warunku zamówienia określającego wymagane doświadczenie tych ekspertów (wskazany w odwołaniu rozdział VIII SWZ dotyczy warunków udziału w postępowaniu, a nie warunków zamówienia), wobec czego nie można stwierdzić niezgodności oferty Przystępującego z warunkiem zamówienia, który nie istnieje,
- kwestionowane w odwołaniu projekty w ogóle nie zostały wskazane przez Przystępującego w wykazie osób, czyli w dokumencie służącym potwierdzeniu warunków udziału w postępowaniu, wobec czego nie można z powodu tych właśnie projektów stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Stąd też odwołanie w zakresie takich zarzutów, jakie zostały w nim sformułowane, musiało zostać oddalone.

Natomiast zarzut przyznania ofercie Przystępującego niewłaściwej ilości punktów z powodu wadliwej oceny ww. projektów w kryterium oceny ofert, w ogóle nie został zawarty w odwołaniu. Hipotetyczne uznanie przez Izbę, wbrew treści odwołania, że Odwołującemu nie chodziło o warunki zamówienia i warunki udziału w postępowaniu, tylko o kryteria oceny ofert i nie chodziło mu o odrzucenie oferty Przystępującego, tylko o przyznanie jej mniejszej ilości punktów, prowadziłoby do jawnego złamania art. 555 ustawy Pzp i wynikającego z niego zakazu rozpoznawania zarzutów niezawartych w odwołaniu. Dlatego Izba rozpoznała zarzuty tylko w takim kształcie, w jakim zostały one zawarte w odwołaniu, co z przyczyn podanych powyżej doprowadziło do oddalenia odwołania.

Zarzut dotyczący wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 i ust. 2 ustawy Pzp:

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

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;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2. Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Odwołujący podniósł także zarzut (na str. 15 odwołania), zgodnie z którym „*takie działanie Wykonawcy Zespół Doradców Gospodarczych TOR sp. z o.o. winno doprowadzić do wykluczenia Zespół Doradców Gospodarczych TOR sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 i odrzucenia oferty Zespół Doradców Gospodarczych TOR sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r.*”

Po pierwsze, należy zauważyć, że art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp należą do tzw. fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, co oznacza, że w myśl art. 109 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może wykluczyć wykonawcę na podstawie któregoś z nich tylko wtedy, gdy uprzednio przewidzi możliwość ich zastosowania w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu (oraz gdy oczywiście ziszczą się przesłanki w nich wskazane). W niniejszym postępowaniu zamawiający przewidział możliwość zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8, natomiast w ogóle nie przewidział zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zatem już tylko z tego powodu zarzut dotyczący art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp musiał być uznany za niezasadny.

Po drugie, odnosząc się już tylko do zarzutu z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (jako przewidzianego przez Zamawiającego), należy zauważyć, że Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił ziszczenia się przesłanek zawartych w tym przepisie. Całe uzasadnienie tego zarzutu ogranicza się do wyżej cytowanego fragmentu odwołania i nie zawiera ani słowa o tym, dlaczego działania Przystępującego należy zakwalifikować jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd, dlaczego należy uznać je za działania zamierzone lub za rażące niedbalstwo, w zakresie jakich informacji Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd: czy były to informacje o niepodleganiu wykluczeniu, o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, czy kryteriów selekcji (pomijając w tym miejscu wskazane wyżej błędne postawienie zarzutów co do kwalifikacji ekspertów) i dlaczego zdaniem Odwołującego wprowadzenie w błąd mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego. Jak już wyżej wskazano, postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontradiktoryjnym i rolą Odwołującego jest uzasadnienie postawionych zarzutów, nie jest zaś rolą Izby ich się domyślać. Ograniczenie zarzutu do wskazania podstawy prawnej bez jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego powoduje, że zarzut ten jest gołosłowny i nie może być uznany za zasadny.

Z uwagi na powyższe Izba oddaliła odwołanie także w zakresie zarzutów dotyczących art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w

oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca