

**POSTANOWENIE**

Warszawa, 16 lipca 2025 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 czerwca 2025 r. przez wykonawcę Megmar Logistics & Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie, ul. M. Skłodowskiej-Curie 10 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Skarb Państwa - Agencja Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie, ul. Królewska 1/7

Uczestnik po stronie zamawiającego:

Wykonawca UMO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonce, ul. Sienkiewicza 61

**postanawia:**

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (trzydzieści tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz odwołującego tytułem zwrotu 90% uiszczanego wpisu.

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

Przewodnicząca:.....

**Sygn. akt KIO 2498/25**

**Uzasadnienie**

Postępowanie na usługi prowadzone w trybie przetargu ograniczonym na dostawę 30 mm naboju z pociskiem ćwiczebnym bez smugacza TP lub równoważnych (nr AU/29/VI/2025) ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 55/2024 nr 161036-2025 12 marca 2025 r.

9 czerwca 2025 r. zamawiający poinformowało wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

18 czerwca 2025 r. wykonawca Megmar Logistics & Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie, ul. M. Skłodowskiej-Curie 10 wniósł odwołanie przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 16 czerwca 2025 r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego opłacenia oraz dowód przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) Art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 57 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy przez uznanie, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołującego podlega odrzuceniu, ponieważ został złożony przez wykonawcę, który nie spełnia warunku dotyczącego zdolności technicznej zawartego w ogłoszeniu, pomimo że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu;

2) Art. 411 ust. 10 ustawy przez zaniechanie zaproszenia odwołującego do składania ofert w postępowaniu, pomimo że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez odwołującego nie podlega odrzuceniu;

3) Art. 16 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, w tym zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołującego;

ewentualnie

4) Art. 128 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotowych środków dowodowych;

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego;

2) dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku odwołującego;

3) uznania, że wniosek odwołującego nie podlega odrzuceniu;

4) zaproszenia odwołującego do złożenia oferty.

Nadto o obciążenie zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów wpisu od odwołania wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym

wynagrodzeniem pełnomocnika według norm przepisanych na podstawie faktury, która zostanie przedłożona do akt sprawy na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 505 ust. 1 ustawy, jako jeden z wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zainteresowany jego uzyskaniem. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy interes odwołującego może doznać uszczerbku, w związku z czym odwołujący może ponieść szkodę wyrażającą się w pozbawieniu odwołującego możliwości pozyskania zamówienia i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację, w tym osiągnięcia zakładanego w postępowaniu zysku.

W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności odwołania, zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odwołujący będzie miał możliwość złożenia oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący, zainteresowany udziałem w postępowaniu, 18 kwietnia 2025 r. złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (dalej „wniosek”). Wraz z wnioskiem odwołujący złożył m.in. wykaz dostaw. 8 maja 2025 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 PZP do złożenia odpisu z KRS oraz wykazu wykonanych dostaw wraz z dowodami określającymi, że dostawy zostały wykonane należycie. Odwołujący na wezwanie zamawiającego 16 maja 2025 r. złożył KRS i wykaz wykonanych dostaw na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej opisanego w ogłoszeniu.

Zamawiający 9 czerwca 2025 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, wskazując, że wniosek podlega odrzuceniu, gdyż został złożony przez wykonawcę, który nie spełnia warunku dotyczącego zdolności technicznej zawartego w ogłoszeniu.

Zgodnie z naczelnymi zasadami udzielania zamówień, wyrażonymi w art. 16 pkt 1 ustawy, zamawiający przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia, zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy, udziela wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Rażącem naruszeniem tych zasad jest nierzetelna ocena wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w konsekwencji uznanie, że wniosek złożony przez odwołującego podlega odrzuceniu.

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlega odrzuceniu m.in., jeżeli został złożony przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy).

Zgodnie z art. 57 ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały określone przez zamawiającego. Z kolei z treści art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy wynika, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z treścią ogłoszenia zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków (jeżeli okres prowadzenia jest krótszy to w tym okresie) w sposób należyty wykonał co najmniej 2 dostawy wyrobów takich jak amunicja bojowa o łącznej wartości nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł, z zastrzeżeniem, że wartość pojedynczej dostawy nie może być mniejsza niż 400 000,00 zł. Za dostawę należy rozumieć zrealizowaną umowę w całości (roczną lub wieloletnią) bez względu na ilość.

Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył oświadczenie na wzorze stanowiącym załącznik nr 2 do ogłoszenia, z którego treści wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji 5.1.9, tj. uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji finansowej oraz zdolności technicznej. Złożył również wykaz wykonanych dostaw na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do ogłoszenia.

8 maja 2025 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy do złożenia wykazu wykonanych dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Zdaniem zamawiającego przesłane przez wykonawcę dokumenty zawierały referencje dotyczące umowy, która tylko w części została wykonana należycie. W odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie odwołujący przedstawił nowy wykaz wykonanych dostaw, wskazując – dodatkowo, poza dostawą w poz. 1 – w poz. 2 i 3 dostawy wykonane w sposób należyty, które były zrealizowane w okresie ostatnich 5 lat przed datą składania wniosków w ramach umowy zawartej w dniu 13.07.2017 r. pomiędzy odwołującym a zamawiającym, Agencją Uzbrojenia. W celu wykazania należytego wykonania tych dostaw, odwołujący wraz z wykazem złożył protokoły przekazania dotyczące ww. dostaw zrealizowanych w latach 2021 i 2022.

Zupełnie zatem niezrozumiałe są powody braku uznania ww. doświadczenia odwołującego i odrzucenia wniosku odwołującego. Co do poz. 1 Wykazu, zamawiający nie miał żadnych zastrzeżeń. Natomiast co do poz. 2-3 sam zamawiający przyznał, że wartości tych dostaw odpowiadają warunkowi udziału, a przedłożone protokoły potwierdzają ich należyte wykonanie: (tak w Informacji o wynikach oceny wniosków, str. 2). Tym samym zamawiający potwierdził, że odwołujący w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków w sposób należyty wykonał co najmniej 2 dostawy wyrobów takich jak amunicja bojowa o łącznej wartości nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł, z zastrzeżeniem, że wartość pojedynczej dostawy nie może być mniejsza niż 400 000,00 zł, czyli spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia wniosku, jedynym powodem dla braku uznania, że odwołujący nie posiada wymaganego doświadczenia, jest okoliczność, że nie przekazał dokumentów dotyczących wykonania pierwszych dwóch z czterech dostaw zrealizowanych w ramach umowy z 13.07.2017 r. w latach 2019 i 2020. Zamawiający pomija jednak fakt, że warunek udziału w postępowaniu dotyczył okresu ostatnich 5 lat przed terminem składania wniosków, a zatem dostawy zrealizowane w latach 2019 i 2020 nie mogły być brane pod uwagę przy ocenie ww. warunku. Ale przede wszystkim zamawiający nie mógł twierdzić, że nie może uznać warunku za spełniony, gdyż – wobec braku przedłożenia protokołów za dostawy z 2019 i 2020 nie jest wiadome czy cała umowa z 13.07.2017 r. została wykonana należycie, gdyż sam był stroną tej umowy i sam podpisywał takie protokoły. A tym samym pozostaje w ich posiadaniu i ma pełną wiedzę na temat ww. umowy.

Odwołujący podkreślił, że umowa zawarta w dniu 13.07.2017 r. została w całości wykonana należycie, a okoliczność ta była znana zamawiającemu (który był odbiorcą dostaw realizowanych w ramach przedmiotowej umowy). Na dzień składania „nowego” wykazu wykonanych dostaw zamawiający miał wiedzę (co zresztą wynika wprost nawet uzasadnienia odrzucenia wniosku zawartego w Informacji o wynikach oceny wniosków) o:

- a) zrealizowanych przez odwołującego dostawach w ramach umowy z dnia 13.07.2017 r., w podziale na cztery lata dostaw (2019, 2020, 2021, 2022),
- b) że dostawy wskazane w poz. 2 i 3 Wykazu stanowiły ostatnie dwie z czterech dostaw zrealizowanych na podstawie umowy z 13 lipca 2017 r.,
- c) oraz że wszystkie 4 dostawy realizowane w ramach umowy z dnia 13.07.2017 r. w latach 2019, 2020, 2021, 2022 zostały wykonane w sposób należyty.

Przypomnienia wymaga, że w ogłoszeniu zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania się co najmniej 2 dostawami wyrobów takich jak amunicja bojowa o łącznej wartości nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł, z zastrzeżeniem, że wartość pojedynczej dostawy nie może być mniejsza niż 400 000,00 zł. Za dostawę należy rozumieć zrealizowaną umowę w całości (roczną lub wieloletnią) bez względu na ilość. Odwołujący na potwierdzenie spełniania ww. warunku przedłożył wykaz, z którego wynika, że wykonał 2 dostawy (umowy). Pierwsza nie kwestionowana przez zamawiającego, której przedmiotem była dostawa amunicji na rzecz Agencji Uzbrojenia na kwotę 11 626 260,12 zł; druga – dostawa bomb kierowanych również na rzecz Agencji Uzbrojenia, zrealizowana w formule 4 pojedynczych dostaw, w tym dwóch w okresie ostatnich 5 lat przed datą składania wniosków, przy czym wartość każdej z 4 pojedynczych dostaw była wyższa niż 400 000 zł, a zatem łącznie wartość również drugiej umowy przewyższała wymagane ogłoszeniem 4 000 000 zł. Każda z dostaw została wykonana należycie.

Nie zaistniała więc przesłanka do odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na niespełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej. Zdaniem zamawiającego, złożony przez wykonawcę wykaz dostaw oraz dowody określające, że dostawy zostały wykonane należycie poświadczają tylko dostawy dla części umowy - nie dla całej jak wymagał tego zamawiający. Przy czym, w treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający podał, że przedmiot dostawy wskazanej w poz. 2 i 3 wykazu wykonanych dostaw dotyczy umowy zawartej między zamawiającym a Megmar Logistics&Consulting Sp. z o.o. i że posiada informacje, że umowa ta zawarta 13 lipca 2017 r. była podzielona na poszczególne lata dostaw, tj. 2019 r., 2020 r., 2021 r., 2022 r. Pomija jednak z zupełności, że przedmiotowa umowa została wykonana w całości w sposób należyty, o czym zamawiający wiedział, jako odbiorca przedmiotowych dostaw. Złożone na potwierdzenie należytego wykonania dostaw protokoły przekazania dotyczyły dostaw zrealizowanych w okresie ostatnich 5 lat przed datą składania wniosków (co miało znaczenie z punktu widzenia oceny warunku) i miały jedynie charakter deklaratoryjny wobec wiedzy zamawiającego (odbiorcy dostaw). Zamawiający samodzielnie posiadał bowiem wiedzę o zakresie wykonanych przez odwołującego dostaw oraz fakcie ich należytego wykonania – zarówno co do dostaw zrealizowanych w 2021 i 2022, jak i co do całości umowy z 13 lipca 2017 r. Odwołujący wskazał, że posiadanie przez zamawiającego wiedzy o fakcie, że cała umowa z 13.07.2017 r., tj. wszystkie 4 dostawy, została zrealizowana przez odwołującego należycie, nie może budzić wątpliwości, gdyż 12 czerwca 2025 r., a zatem jedynie 3 dni po odrzuceniu wniosku odwołującego, zamawiający wystawił odwołującemu referencje dotyczące tej umowy.

Dowód: referencje dotyczące umowy z 13 lipca 2017 r. z 12 czerwca 2025 r.

Zauważył, że wskazane w poz. 2 i 3 wykazu dostawy osiągnęły łącznie wymagany próg kwotowy 4 000 000 zł, a wartość pojedynczej dostawy była wyższa niż wymagane 400 000 zł. W okolicznościach tego stanu faktycznego, bezspornym jest, że odwołujący wykazał się doświadczeniem opisanym przez zamawiającego w ogłoszeniu. Wykaz to własne oświadczenie wykonawcy, które z reguły jest przygotowane według wzoru ustalonego przez zamawiającego. Referencje (jako podstawowy – nie jedyny – dokument stwierdzający należyte wykonanie) natomiast pochodzą od podmiotu zewnętrznego, na rzecz którego wykonane były ujawnione w wykazie dostawy, który jest w stanie stwierdzić na podstawie posiadanej wiedzy, czy dane zamówienia zostało wykonane w sposób należyty. W tym konkretnym przypadku wiedzę nt. należytego wykonania umowy z 13 lipca 2017 r. miała i nadal ma Agencja Uzbrojenia – zamawiający.

Odwołujący podniósł, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia nie jest celem samym w sobie, a ma on urzeczywistniać zasadę prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tym postępowaniu zbytni formalizm zamawiającego nie tylko powoduje uniemożliwienie odwołującemu uzyskanie zamówienia, lecz także jednocześnie wywołuje skutki niekorzystne dla zamawiającego, ograniczając krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Celem prowadzenia postępowania, w tym określania warunków udziału w postępowaniu jest wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. W sytuacji, gdy zamawiający posiadał własną wiedzę (a jednocześnie odpowiednie dokumenty), że cała umowa z 13 lipca 2027 r., w tym dostawy zrealizowana w latach 2019 i 2020 r. (a zatem wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed datą składania wniosków) została zrealizowana należyście, nie miał podstaw do zarzucenia odwołującemu braku wymaganego doświadczenia, a przynajmniej mógł wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy w zakresie dotyczącym dostaw stanowiących część umowy z 13 lipca 2017 r., ale zrealizowanych w terminie nie objętym okresem badanym w ramach oceny warunków udziału w postępowaniu.

18 czerwca 2025 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania

23 czerwca 2025 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca UMO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonce, ul. Sienkiewicza 61. Zgłoszenie wniósł pełnomocnik na podstawie pełnomocnictwa z 20 czerwca 2025 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowód jego przekazania stronom. Przystępujący jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Przystępujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający ocenił, że przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, w konsekwencji uznał posiadanie przez przystępującego zdolności podmiotowej do wykonania zamówienia. Przystępujący dysponuje szansą na uzyskanie zamówienia publicznego w przypadku, gdy złoży w kolejnym etapie postępowania ofertę, która zostanie oceniona jako najkorzystniejsza.

Uwzględnienie odwołania spowodowałoby, że odwołujący, pomimo niespełnienia warunku udziału w postępowaniu co do wymaganej zdolności technicznej, mógłby zostać zaproszony do złożenia oferty, co wyraźnie naruszałoby zasadę wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy, tj. prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Przystępujący ma interes, aby wszystkie czynności podejmowane przez zamawiającego były zgodne z tą zasadą, ponieważ gdyby odwołanie zostało uwzględnione odwołujący jako wykonawca niespełniający warunku mógłby złożyć w postępowaniu ofertę, która znalazłaby się w rankingu ofert na pozycji wyższej niż oferta przystępującego. Taka sytuacja skutkowałaby powstaniem nierówności wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a ponadto w konsekwencji w sposób oczywisty zmniejszałaby szansę na uzyskanie przez przystępującego zamówienia publicznego. Na obecnym etapie postępowania każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym przystępujący, dysponuje potencjalną szansą na uzyskanie zamówienia. Przystępujący ma niewątpliwym interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, który prawidłowo dokonał oceny zdolności podmiotowej odwołującego odrzucając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, tj. z powodu złożenia go przez wykonawcę, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

15 lipca 2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania.

16 lipca 2025 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Termin posiedzenia z udziałem stron był wyznaczony na 16 lipca 2025 r.

#### **Rozważania KIO:**

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) dopuściła w charakterze uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcę UMO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonce, ul. Sienkiewicza 61.

Postępowanie należy umorzyć.

Odwołujący jednoznacznie i wyraźnie oświadczył, że cofa odwołanie w całości. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 520 ust. 1 i 2 ustawy, które stanowią, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy i cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa KIO. W tym stanie rzeczy KIO wydała postanowienie o umorzeniu postępowania, działając na podstawie art. 568 ust. 1 ustawy.

Oświadczenie o wycofaniu odwołania stanowi czynność dyspozytywną wnoszącego odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 9 ust. 1 pkt. 3 lit a cyt. rozporządzenia nakazując zwrot odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 90% uiszczanego wpisu.

Przewodnicząca: .....