

Sygn. akt **XXIII Zs 28/21**

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 maja 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	sędzia Anna Janas
Sędziowie:	Andrzej Kubica Małgorzata Siemianowicz-Orlik
Protokolant:	protokolant Weronika Banach

po rozpoznaniu w dniu 30 kwietnia 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem

zamawiającego Gminy O.

przystępującego po stronie zamawiającego konsorcjum (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) spółki akcyjnej w W., (...) spółki akcyjnej w W.

odwołującego konsorcjum (...) spółki akcyjnej w S. i K. spółki akcyjnej w K.

przystępującego po stronie odwołującego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

ze skargi konsorcjum (...) spółki akcyjnej w S. i K. spółki akcyjnej w K.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3301/20

I. oddała skargę,

II. zasądza od konsorcjum (...) spółki akcyjnej w S. i K. spółki akcyjnej w K. na rzecz Gminy O. 12 500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Andrzej Kubica Anna Janas Małgorzata Siemianowicz-O.

Sygn. akt XXIII Zs 28/21

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina O. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa linii tramwajowych w O.”, ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 kwietnia 2020 r. pod numerem (...), w trybie przetargu nieograniczonego.

15 grudnia 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum (...)S.A. i (...) S.A. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1. naruszenie art. 24 ust. 12 i art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp i 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) Sp. z o.o. w W., (...) S.A. w W. oraz (...) S.A.

z postępowania, pomimo że partner konsorcjum (...) S.A. w W.

z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał w stopniu istotnym wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych z zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 4 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania wielu umów, a co najmniej tych wskazanych w uzasadnieniu,

- ewentualnie naruszenie art. 24 ust. 9 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp wyrażające się w uznaniu za wystarczające do wykazania rzetelności treści oświadczeń i dowodów przedstawionych przez Konsorcjum (...) Sp. z o.o. w W., (...) S.A. w W. oraz (...) S.A. w postępowaniu, pomimo że oświadczenia te i dowody ilustrują niepełny stan faktyczny i ograniczają się jedynie do pisemnych stanowisk jednej strony sporu (bez dokumentów źródłowych opisujących łączący strony stosunek prawny i bez wykazania stanowiska drugiej strony, w tym pismami o odstąpieniu niewątpliwie znajdującymi się w posiadaniu Konsorcjum) i jako takie nie stanowią wyczerpującego, rzetelnego i prawdziwego wyjaśnienia stanu faktycznego sporu,
- ewentualnie naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp wyrażające się w zaniechaniu wystąpienia do Inwestorów - zamawiających o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 4 w celu zweryfikowania stanu faktycznego przedstawionego przez Konsorcjum, pomimo, że dokumentacja złożona na wezwanie przez Konsorcjum jest niekompletna i nie wyjaśnia wszechstronnie stanu faktycznego sporu,

2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie— zamówienia (...) Sp. z o.o. w W., (...) S.A. w W. oraz (...) S.A. z postępowania, pomimo że w wyniku zamierzonego działania albo co najmniej rażącego niedbalstwa i lekkomyślności wybrane Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu:

- w Załączniku nr 1 do oferty oraz w Wykazie osób informacji dotyczących pozacenowych kryteriów osobowych oceny ofert oraz wymaganej kadry w zakresie:
 - a) doświadczenia Pana J. M. zdobytego przy zadaniu „Budowa drogi gminnej ul. (...) w Ł. na ode. od (...) do ul. (...)”, które to zadanie miało rzekomo polegać na budowie drogi o długości 600 m,
 - b) doświadczenia Pana J. M. zdobytego przy zadaniu „Budowa ulicy (...) w S., które to zadanie miało rzekomo być na zurbanizowanych terenach miejskich,
 - c) doświadczenia Pana R. M. zdobytego przy zadaniu „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr (...) na odcinku B. - K.”, które to zadanie rzekomo miało być na zurbanizowanych terenach miejskich,
 - d) doświadczenia Pana R. M. zdobytego przy zadaniu „Modernizacja ciągów komunikacyjnych wzdłuż ulicy (...) (na odcinku od ul. (...) do ul. (...)) i modernizacja Pasażu (...) (na odcinku od ul. (...) do Al. (...)) - Etap 1 (...) Pasażu (...) realizowanych w ramach „Modernizacja ul. (...) w P.”, które to zadanie miało rzekomo polegać na budowie drogi o długości 600 m oraz przy którym ww. miał pełnić funkcję kierownika budowy nieprzerwanie przez cały okres realizacji zadania we wskazanych przez Wykonawcę okresach,

e) doświadczenia Pana R. M. zdobytego przy zadaniu „Modernizacja ul. (...) na odcinku ul. (...)”, które to zadanie rzekomo miało polegać na budowie drogi,

f) doświadczenia Pana R. M. zdobytego przy zadaniu „Przebudowa ul. (...) w W. etap I i II”, które to zadanie rzekomo miało polegać na budowie drogi,

g) doświadczenia Pana K. K. zdobytego przy zadaniu „Przebudowa ulicy (...) w Ś.”, które to zadanie rzekomo miało być na zurbanizowanych terenach miejskich,

3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzo w zw. z art. z art. 7 ust, t i ust. 3 Pzp wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) Sp. z o. o. w W., (...) S.A. w W. oraz (...) S.A. z postępowania, pomimo że nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale V ust. 2 pkt 2d w zakresie doświadczenia kadry, tj. dysponowania 1 osobą, która będzie pełnić odrębną funkcję Kierownika robót drogowych w zakresie torowisk posiadającą: doświadczenie zawodowe przy realizacji trzech zakończonych zadań, zdobyte nie wcześniej niż w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, obejmujących budowę lub przebudowę torowiska tramwajowego o długości co najmniej 500 m pojedynczego toru, każde zadanie, na stanowisku/ stanowiskach: kierownika budowy lub kierownika robót, w związku z tym, że wskazane w przypadku K. K. zadania nr 48 i 52 „Modernizacja torowiska tramwajowego w Z. w ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...)” oraz „Modernizacja torowiska tramwajowego w Z. wzdłuż ulic: M. L., Plac (...)” nie polegały jak sama nazwa wskazuje na budowie/przebudowie torowiska tramwajowego i tych wątpliwości wykonawca nie usnął w odpowiedzi na wyzwanie Zamawiającego do wyjaśnień,

4. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum podlegającego zaniechaniu wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp i 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp, która to oferta winna być odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu jest oferta odwołującego.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie konsorcjum (...) Sp. z o.o. w W., (...) S.A. w (...) S.A. w W. i odrzucenie tej oferty oraz nakazanie zamawiającemu powtórnej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej, a także zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedstawiony przed zamknięciem rozprawy.

Ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności: SIWZ, oferty (...) Sp. z o. o. w W., (...) S.A. w W. oraz (...) S.A. w W., wezwania z dnia 06.10.2020 r., wyjaśnień wykonawcy z dnia 19.10.2020 r. wraz z załącznikami. Wniesiono także o przeprowadzenie dowodu z dokumentów przedstawionych przy odwołaniu oraz złożonych w toku postępowania odwoławczego na potwierdzenie tego, że Konsorcjum firm (...)Sp. z o, o. w W., (...) S.A. w W. oraz (...) S.A. w W. podlega wykluczeniu na wskazanych wyżej podstawach prawnych. Odwołujący również wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków, tj. zarządu (...) S.A. w W., na okoliczność wskazania wszystkich umów w sprawie zamówienia publicznego, które zostały rozwiązane przed czasem z (...) S.A. lub przez (...) S.A. oraz powodów takiego stanu rzeczy.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, a w razie nieuwzględnienia powyższego i otwarcia rozprawy, wniesiono o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania według rachunków, które zostaną przedłożone w trakcie rozprawy.

Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 Pzp i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę (...) Sp. z o.o., zgłaszającego przystąpienie po stronie odwołującego oraz konsorcjum (...) Sp. z o.o., (...) S.A. i (...) S.A. (dalej zwanych jako „przystępujący (...)"), zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący (...) przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p., a także, iż odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Izba stwierdziła dalej, że odwołanie częściowo podlega odrzuceniu. Skład orzekający uznał, że zarzut dotyczący okoliczności ocenianych przez zamawiającego w pozacenowym kryterium oceny ofert, w zakresie doświadczenia kierowników, był zarzutem spóźnionym. Skład rozpoznający spór ustalił, że jest to drugie odwołanie dotyczące oceny i badania ofert w przedmiotowym przetargu. Pierwsze odwołanie, wniesione w wyniku zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17 sierpnia 2020 r., zostało rozpoznane przez Izbę pod sygn. akt: KIO 2095/20 i dotyczyło okoliczności związanych z sytuacją podmiotową wykonawcy (...) S.A. w K., gdzie nakazano wykluczyć tego wykonawcę z postępowania i dokonać ponownej oceny ofert. Rozstrzygnięcie Izby utrzymano wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 4 grudnia 2020 r. sygn. akt: V Ga 365/20. Natomiast odwołujący nie zdecydował się na wniesienie odwołania dotyczącego okoliczności faktycznych związanych z oceną zamawiającego w kryterium doświadczenia kierowników po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, zaskarżono to w ramach drugiego wyboru. Dlatego w przetargu w wyniku ponownego wyboru dokonano jedynie oceny i badania sytuacji podmiotowej przystępującego (...).

Przetarg był prowadzony w trybie procedury odwróconej, dlatego Izba uznała, że nie tylko wykonawcy drugiemu w rankingu przysługuje skarga odwołanie od decyzji zamawiającego, lecz też wykonawcy z pozycji trzeciej. Wykonawca nie zdecydował się zaskarżyć decyzję zamawiającego co do okoliczności faktycznych związanych z kryterium doświadczenia kierowników po pierwszym wyborze oferty. W tych okolicznościach Izba oceniła, że odwołanie od tych okoliczności należało wnieść najpóźniej do 27 sierpnia 2020 r. Wobec faktu, że pomimo ponownego rozstrzygnięcia przetargu, zamawiający nie dokonywał kolejnej weryfikacji tych informacji, nie doszło do zaistnienia nowych okoliczności, które pozwoliłyby uznać, że bieg terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie rozpoczął się na nowo. Wskazanie na czynność drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej jako czynności będącej podstawą postawienia zamawiającemu przedmiotowego zarzutu było wadliwe i stanowiło próbę obejścia prawa, skoro wiedzę o czynnościach i zaniechaniach zamawiającego, z którymi odwołujący polemizuje w omawianym zarzucie, powzięto już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołanie w tej części podlegało odrzuceniu.

Skład orzekający nie podzielił natomiast stanowiska zamawiającego o zaistnieniu podstaw do odrzucenia odwołania w całości. W przetargu, prowadzonym z wykorzystaniem art. 24aa ust. 1 p.z.p. zamawiający dokonał pełnej oceny podmiotowej przystępującego (...) w ramach drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej, prosząc o złożenie podmiotowych środków dowodowych, przeprowadzając procedurę wyjaśniającą zdolności podmiotowe, a ocena zamawiającego w tym zakresie została przekazana wykonawcom w ramach drugiej informacji o rozstrzygnięciu postępowania - zawiadomienie z dnia 4 grudnia 2020 r. Od tej daty rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania w tym przedmiocie, zatem w ocenie Izby pozostałe zarzuty odwołania zostały wniesione we właściwym terminie.

Ponadto, zgodnie z oświadczeniem procesowym odwołującego złożonym na posiedzeniu wycofano zarzut nr 1 w zakresie, w jakim dotyczy umowy nr (...) z dnia 20 stycznia 2017 r. z Zarządem Dróg Wojewódzkich w G., w przedmiocie „Rozbudowy drogi wojewódzkiej nr (...) na odcinku G. - węzeł autostrady A1 w S. oraz umowy nr (...) z dnia 19 kwietnia 2017 r. z Zarządem Dróg Wojewódzkich w B. na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr (...) S. - W. od km 0+005 do km 29+619 z wyłączeniem węzła autostradowego w m. L. od km 14+144 do km 15+146”, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego w tym zakresie i znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji orzeczenia.

Po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania, nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i podnoszenie dodatkowych, nowych okoliczności, które nie znalazły się w treści wniesionego środka ochrony prawnej. Związek przedstawienie zarzutów, określenie żądania oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania, powinno nastąpić już w chwili wniesienia środka zaskarżenia (art. 180 ust. 3 p.z.p.).

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu pomiędzy zamawiającym a przystępującym (...),

zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Zatem odwołanie w tej części zostało oddalone.

Skład rozpoznający spór ustalił, iż w ofercie przystępującego (...), w oświadczeniu JEDZ wykonawcy (...) S.A. w W., na str. 19, wskazano cztery umowy, które zostały rozwiązane przed czasem:

1. umowę nr (...) z dnia 20 stycznia 2017 r. na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr (...) na odcinku G. - węzeł autostrady (...) w S.”, gdzie zamawiającym jest Województwo (...), Zarząd Dróg Wojewódzkich w G.,
2. umowę nr (...) z dnia 19 kwietnia 2017 r. na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr (...) S. - W. od km 0+005 do km 29+619 z wyłączeniem węzła autostradowego w m. L. od km 14+144 do km 15+146”, gdzie zamawiającym jest Województwo (...), Zarząd Dróg Wojewódzkich w B.,
3. umowę nr (...) z dnia 15 września 2016 r. na „Obwodnicę Z., P. w ciągu DW nr(...) - zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych”, gdzie zamawiającym jest Zarząd Dróg Wojewódzkich w K.,
4. umowę nr (...) z dnia 5 grudnia 2016 r. na „Rozbudowę DW (...) K.- N., zadnie 1 - opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót”, gdzie zamawiającym jest Zarząd Dróg Wojewódzkich w K..

W tym zakresie Izba wskazała, że nie znalazło potwierdzenia w materiale procesowym, że w przetargu zastosowano instytucję self-cleaningu uregulowaną w art. 24 ust. 8 p.z.p. Nie potwierdziło się również, aby przystępujący samodzielnie inicjował rzeczoną procedurę. Odwołujący nie był w stanie tego udowodnić, ponieważ self-cleaning nie był przeprowadzony. Zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 9 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. musiał zostać przez Izbę oddalony, ponieważ był bezprzedmiotowy.

Zdaniem Izby, nie potwierdziło się także, aby zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., poprzez zaniechanie wystąpienia do inwestorów w celu zweryfikowania stanu faktycznego przedstawionego przez przystępującego. Izba stwierdziła, że postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone przez zamawiającego prawidłowo, z właściwym wykorzystaniem instrumentów, w które wyposażył zamawiającego ustawodawca. Omawiany zarzut jako niezajdujący potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy, został zatem przez skład orzekający oddalony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 12 i art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 1 pkt 17 wzw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego (...), pomimo że partner konsorcjum (...) S.A. w W. z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał w stopniu istotnym wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych z zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 4 p.z.p., Izba wskazała, że nie można oceniać zawartości wyjaśnień wykonawcy, w tym dokonać analizy czy są one wystarczające i w sposób pełny oddają stan faktyczny, opierając zarzut jedynie na autorstwie dokumentu. Izba podniosła, że tezy odwołującego, jakoby przystępujący przedstawił argumenty tylko jednej ze stron sporu, czy że przedstawiono je w sposób nierzetelny lub niepełny, nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym.

Dalej skład orzekający dokonał weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie, że przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. Dokonana przez Izbę kontrola czynności zamawiającego skutkowałą stwierdzeniem, iż zamawiający zebrał wyczerpujący materiał dowodowy, który w sposób spójny, wiarygodny i przekonujący potwierdził, że przystępujący nie podlega wykluczeniu z przetargu. Prawidłowo oceniono też złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są bezzasadne, i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Izba uznała przedstawione przez odwołującego dokumenty za nieprzydatne dla potwierdzenia tezy dowodowej wskazanej przez odwołującego, tj. na okoliczność wykazania, że przystępujący (...) podlega wykluczeniu.

Zdaniem Izby, odwołujący przyjął za własne subiektywne oceny sytuacji dokonane przez zamawiających, uznając, że ich oświadczenia stanowią dowód świadczący o zawinionym niewykonaniu umowy przez przystępującego. Jednakże

udowodnienie, że strony były związane umowami, i że umowy te nie doprowadziły do założonego rezultatu, a także, iż powstał w związku z tym spór, jest zdecydowanie niewystarczające do wykazania, że zaistniały przesłanki art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., nakazujące wykluczyć z przetargu wykonawcę. Zgromadzone dowody dają podstawy do przyjęcia istnienia sporu, ale nie pozwalają na ustalenie, która ze stron ma w tym sporze rację, co jest konieczne do wykazania zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. Zamawiający zweryfikował stanowiska poszczególnych zamawiających oraz przystępującego (...) i trafnie nie wykluczył wykonawcy z przetargu. Izba także nie znalazła podstaw, aby odmówić wiarygodności informacjom od poszczególnych inwestorów, za wiarygodne uznano także oświadczenia przystępującego (...). Natomiast postawienie— zamawiającemu skutecznego zarzutu zaniechania nie może opierać się wyłącznie na ponownym przekazaniu oceny sytuacji dokonanej przez inne podmioty zamawiające. W konsekwencji powyższego Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut nr 1 z petitum odwołania.

W przedmiocie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. - poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego (...), Izba uznała, że był on niezasadny. Zarzut opierający się na założeniu, że wykonawca rzekomo nie wyjaśnił wątpliwości zamawiającego dotyczących charakteru robót został oddalony, ponieważ rzeczonych wątpliwości zamawiający nie posiadał i nie znalazło potwierdzenia w dokumentacji postępowania, że takowe istniały, a w konsekwencji, że wzywano wykonawcę do ich wyjaśnienia.

Nie potwierdziło się również naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił środek dowodowy w postaci wykazu osób w korelacji z brzmieniem omawianego warunku udziału w przetargu. W wykazie osób wskazano, że zakres prac dla obu spornych zadań modernizacji stanowiła przebudowa torowiska tramwajowego, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Zarzut postawiono również z pominięciem tej treści wykazu osób. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zatem zarzut nr 3 z petitum odwołania jako zarzut bezzasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p., który odwołujący powiązał z pozostałymi, oddalonymi przez Izbę zarzutami. Zarzut ten został niepotwierdzony w ustalonym stanie sprawy, ponieważ nie wykazano, że wybór oferty najkorzystniejszej był nieprawidłowy, czy żeby doszło do naruszenia naczelnych zasad p.z.p. Nie udowodniono również, aby w ustalonym stanie rzeczy zaniechano wykluczenia przystępującego (...) z przetargu. Część wniosków dowodowych zgłaszanych przez odwołującego Izba pominęła, ponieważ zostały powołane dla zwłoki, a okoliczności, które miałyby nim zostać wykazane zostały już wykazane innymi dowodami.

Zdaniem Izby nie istniały również podstawy do ponownego otwarcia zamkniętej rozprawy. W ocenie Izby przywołane we wniosku odwołującego okoliczności nie uzasadniały twierdzenia, iż odwołujący nie mógł ich powołać przed zamknięciem rozprawy, tym bardziej, że we wzmiankowanym piśmie nie uzasadnił przyczyn, dla których rzekomo nie mógł ich przedstawić wcześniej.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Skargę na powyższe wywieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) S. A. z siedzibą w K. oraz (...) z siedzibą w S., zaskarżając rozstrzygnięcie KIO w części, tj.:

- a) pkt 2 wyroku co do odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp2004);
- b) pkt 3 wyroku w zakresie w jakim oddalono odwołanie;
- c) pkt 4 wyroku w zakresie w jakim obciążono kosztami postępowania odwoławczego odwołującego konsorcjum (...) S.A. w S. i (...) S.A. w K..

Zaskarżonemu wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej zarzucono:

I. naruszenie przepisów o prowadzeniu postępowania przed Krajowa Izba Odwoławcza mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

1. art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp2004 wyrażające się w uznaniu za spóźniony zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp2004, w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp2004, polegający na zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) Sp. z o. o. w W., (...) S.A. w W. oraz (...) S.A. z postępowania oraz materiału dowodowego złożonego na jego uzasadnienie pomimo, że w wyniku zamierzonego działania albo co najmniej rażącego niedbalstwa i lekkomyślności wybrane Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu:

- w Załączniku nr 1 do oferty oraz w Wykazie osób - informacji dotyczących pozacenowych kryteriów osobowych oceny ofert oraz wymaganej kadry w opisanym w odwołaniu zakresie, w sytuacji gdy to, że wykonawca (...) Sp. z o. o. w W., (...) S. A. w W. oraz (...) S. A. zawarł nieprawdziwe informacje w ofercie oraz w wykazie osób, co potwierdziło się po unieważnieniu pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 Pzp2004 wyrażające się w uznaniu, że stanowisko Odwołującego zawarte w piśmie procesowym z dnia 18.01.2021 r. jest niedopuszczalnym „uzupełnieniem odwołania”, w sytuacji gdy ww. pismo nie wskazuje nowych czynności zamawiającego, których legalność kwestionuje Odwołujący, nie wskazuje żadnego nowego przepisu ustawy, którego naruszenie zarzuca Zamawiającemu, granice zaskarżenia i podstawy zarzutu nie uległy zmianie, to znaczy Odwołujący od samego początku kwestionował zaniechanie wykluczenia wykonawcy (...) Sp. z o. o. w W., (...) S.A. w W. oraz (...) S.A. pomimo zaistnienia dwóch podstaw do tego - art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp2004 (zarzut ewentualny art. 24 ust. 9 Pzp2004) oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp2004, jednocześnie strona postępowania odwoławczego ma prawo zająć stanowisko w sprawie w piśmie procesowym i powoływać dowody na poparcie swoich twierdzeń, aż do zamknięcia rozprawy;

3. art. 190 ust. 7 Pzp2004 wyrażające się w wadliwej ocenie zebranego materiału dowodowego w szczególności: SIWZ, Oferty (...) Sp. z o. o. w W., (...) S.A. w W. oraz (...) S.A. w W., wezwania z dnia 6.10.2020, wyjaśnień Wykonawcy z dnia 19.10.2020 r. wraz z załącznikami i wprowadzenie wadliwych wniosków co do tego, że:

- 1) nie znalazło potwierdzenia w materiale procesowym, że w przetargu zastosowano procedurę self-cleaning;
- 2) w sposób pełny i prawidłowy wykonawcy (...) Sp. z o. o. w W., (...) S.A. w W. oraz (...) S.A. w W. odpowiedzieli na wezwanie Zamawiającego;
- 3) do wyjaśnień składanych na wezwanie Zamawiającego z dnia 6.10.2020 r. wykonawcy (...) Sp. z o. o. w W., (...) S. A. w W. oraz (...) S.A. załączyli dowody i że stanowiły one dowody, z których wynikało, że do rozwiązania wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego doszło z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy;
- 4) Odwołujący nie wskazał na czym miałyby polegać wprowadzenie w błąd Zamawiającego i w zakresie których okoliczności miałyby nastąpić wprowadzenie Zamawiającego w błąd;
- 5) Zamawiający zebrał wyczerpujące dowody pozwalające mu na przyjęcie, że wykonawca (...) Sp. z o. o. w W., (...) S.A. w W. oraz (...) S.A. w W. nie podlega wykluczenia na żadnej ze wskazanych podstaw;

w sytuacji gdy:

Ad. 1) o tym, że Zamawiający wymagał self - cleaningu świadczy wezwanie z dnia 6.10.2020 r., które zawiera w sobie treść art. 24 ust. 8 Pzp2004 i w którym Zamawiający ujawnił wprost swoje oczekiwania - wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz przyczyn rozwiązania wcześniejszych umów i złożenie dowodów potwierdzających, że

przyczyny rozwiązania wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego nie leżały po stronie członka Konsorcjum;

Ad. 2) W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (...) Sp. z o. o. w W., (...) S. A. w W. oraz (...) S.A. w W. złożył wyjaśnienia, które nie były wyczerpujące;

Ad. 3) W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (...) Sp. z o. o. w W., (...) S. A. w W. oraz (...) S.A. w W. nie złożył dowodów, jedynie stanowisko własne formułowane na rzecz sporu sądowego;

Ad. 4) Odwołujący od początku wskazywał na czym polega wprowadzenie w błąd w niniejszym postępowaniu, tj. złożenie jednostronnych wyjaśnień i niezłożenie dowodów, które nie pochodziłyby od jednej strony sporu;

Ad. 5) Zamawiający nie otrzymał od wykonawcy (...) Sp. z o. o. w W., (...) S. A. w W. oraz (...) S.A. w W. żądanych dowodów potwierdzających, że przyczyny rozwiązania wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego nie leżały po stronie członka Konsorcjum, jednocześnie nie mógł ponownie wezwać wykonawcy do ich złożenia;

4. art. 190 ust. 6 w związku z art. 190 ust. 1 Pzp2004 poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie przez Izbę, polegające na pominięciu przez Izbę zawnioskowanych przez Skarżących dowodów z zeznań członków Zarządu (...) S. A. oraz Dyrektora (...) w K. na okoliczność, zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy (...) Sp. z o. o. w W., (...) S. A. w W., (...) S. A. w W. na dwóch wskazanych w odwołaniu podstawach tj. art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp2004 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp 2004 i uznaniu, że fakty będące przedmiotem zawnioskowanych przez Skarżącego dowodów zostały już dostatecznie wyjaśnione pomimo tego, iż zawnioskowane dowody przedstawione przez Skarżących miały istotny wpływ dla ustalenia rzeczywistego stanu rzeczy inwestycji realizowanych przez (...) S. A. na rzecz (...) w K., zaś do ich przedstawienia Skarżący był uprawniony i zobligowany na mocy art. 190 ust. 1 Pzp2004 aż do zamknięcia rozprawy;

5. art. 191 ust. 3 Pzp2004, poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na uznaniu, że wniosek o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy nie zawiera żadnych „nowości” i w konsekwencji wydanie rozstrzygnięcia w oparciu o niekompletny materiał dowodowy, podczas gdy załączone do wniosku dowody z dokumentów zawierały nowe szczegóły dotyczące realizacji inwestycji przez (...) S. A., w tym treść pozwu (...) w K. przeciwko Trakcji i wynikające z niego żądania i wskazane dowody nie były wcześniejszej znane Skarżącym, Izbie i Zamawiającemu, a do ich udostępnienia przez Inwestora Skarżącemu doszło po zamknięciu rozprawy, co więcej ich rozmiar jest standardowy a przeprowadzenie dowodu, co nie spowodowałoby zwłoki w postępowaniu, a byłoby celowe przy dokonywaniu kontroli legalności czynności Zamawiającego w postępowaniu o wartości ponad 437 mln złotych;

6. art. 190 ust. 7 Pzp2004, poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie przez Izbę, polegające na błędnym uznaniu, iż dokonała wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego pomimo nieprzeprowadzenia dowodów z ww. osobowych źródeł dowodowych oraz dokumentów pozyskanych na etapie po zamknięciu rozprawy załączonych do wniosku o otwarcie rozprawy na nowo, a zatem orzekania na podstawie niekompletnego materiału dowodowego;

7. art. 196 ust. 4 Pzp2004, poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na sporządzeniu uzasadnienia wyroku, które nie wyjaśnia w sposób wyczerpujący oraz niebudzący wątpliwości, po pierwsze, dlaczego Izba uznała, że pismo procesowe skarżącego z 18.01.2021 r. stanowi przekroczenie treści odwołania i które argumenty faktyczne i prawne uznaje za nieosadzone w przytoczonym w odwołaniu stanie faktycznym; po drugie, dlaczego Izba odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 dotyczącego nieprawdziwych informacji zawartych w wykazie osób, złożonym na wezwanie Zamawiającego z 6.10.2021 r., a więc po unieważnieniu pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej;

8. art. 179 ust. 1 Pzp2004 oraz § 8 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez nieudostępnienie akt sprawy odwoławczej, w szczególności dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo złożonego wniosku i pomimo braku przeszkód do tego w realiach niniejszej sprawy oraz nieuwzględnienie wniosku z dnia 15 stycznia 2021 r. o odroczenie rozprawy powołującego się na nieudostępnienie akt.

II. naruszenie przepisów prawa materialnego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj.:

1. art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp2004, poprzez przyjęcie, że wykazanie przez Skarżącego, że wykonawcę łączyła z innym zamawiającym (o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 4) umowa w sprawie zamówienia publicznego, która została niewykonana w istotnym stopniu oraz od której odstąpił zamawiający powołujący się na winę wykonawcę, jest niewystarczające do wypełnienia hipotezy ww. normy, w sytuacji gdy zgodnie z art. 471 k.c. domniemuje się, że niewykonanie i nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie dłużnika (wykonawcy);

2. art. 24 ust. 9 Pzp2004 - (zarzut ewentualny) - poprzez przyjęcie, że złożenie jedynie wyjaśnień przez wykonawcę wezwanego do wyczerpującego wyjaśnienia dotyczącego stanu faktycznego oraz przyczyn rozwiązania wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego oraz załączenie do nich stanowiska własnego przedsiębiorcy jest wystarczające do wykazania, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp2004;

3. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp2004 poprzez przyjęcie, iż:

a) wykonawca nie może wprowadzić w błąd zamawiającego przez sam sposób w jaki prezentuje swoje wyjaśnienia w przedmiocie niepodlegania wykluczeniu, to znaczy nie składa oświadczeń zamawiających o odstąpieniu od danych umów, tylko powołuje się w swym piśmie na podstawy odstąpienia, nie składa umów pomimo, że wskazuje, że winnym odstąpienia jest zamawiający, który domagał się realizacji robót budowlanych nieobjętych przedmiotem zamówienia, który powoływał się na korzystną dla siebie decyzję Komisji Rozjemczej, której następnie nie składał;

b) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) Sp. z o. o. w W., (...) S. A. w W. oraz (...) S. A. w wyniku zamierzonego działania albo co najmniej rażącego niedbalstwa i lekkomyślności nie wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu:

#.

- w Załączniku nr 1 do oferty oraz w Wykazie osób informacji dotyczących pozacenowych kryteriów osobowych oceny ofert oraz wymaganej kadry w zakresie:

a) doświadczenia Pana J. M. zdobytego przy zadaniu „Budowa drogi gminnej ul. (...) w Ł. na odc. od (...) do ul. (...)”, które to zadanie miało rzekomo polegać na budowie drogi o długości 600 m,

b) doświadczenia Pana J. M. zdobytego przy zadaniu „Budowa ulicy (...) w S., które to zadanie miało rzekomo być na zurbanizowanych terenach miejskich;

c) doświadczenia Pana R. M. zdobytego przy zadaniu „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr (...) na odcinku B. - K., które to zadanie rzekomo miało być na zurbanizowanych terenach miejskich;

d) doświadczenia Pana R. M. zdobytego przy zadaniu „Modernizacja ciągów komunikacyjnych wzdłuż ulicy (...) (na odcinku od ul. (...) do ul. (...)) i modernizacja Pasażu (...) (na odcinku od ul. (...) do Al. (...)) - Etap 1 „Modernizacja Pasażu (...)” realizowanych w ramach „Modernizacja ul. (...) w P.”, które to zadanie miało rzekomo polegać na budowie drogi o długości 600 m oraz przy którym ww. miał pełnić funkcję kierownika budowy nieprzerwanie przez cały okres realizacji zadania we wskazanych przez Wykonawcę okresach;

e) doświadczenia Pana R. M. zdobytego przy zadaniu „Modernizacja ul. (...) na odcinku ul. (...)”, które to zadanie rzekomo miało polegać na budowie drogi;

f) doświadczenia Pana R. M. zdobytego przy zadaniu „Przebudowa ul. (...) w W. etap I i II”, które to zadanie rzekomo miało polegać na budowie drogi;

g) doświadczenia Pana K. K. zdobytego przy zadaniu „Przebudowa ulicy (...) w Ś.”, które to zadanie rzekomo miało być na zurbanizowanych terenach miejskich.

III. Konsekwencją opisanych wyżej zarzutów naruszenia ustawy Prawa zamówień publicznych było odrzucenie odwołania w części i nieuwzględnienie odwołania w pozostałym zakresie.

W oparciu o powyższe zarzuty, skarżący wniósł o uwzględnienie skargi w całości i na podstawie art. 588 ust. 2 Pzp orzeczenie co do istoty sprawy i zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez: uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) Sp. z o. o. w W., (...) S. A. w W. oraz (...) S. A. w W. z postępowania i odrzucenie oferty; nakazanie powtórnej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej; przeprowadzenie dowodów pominiętych przez Izbę oraz przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w skardze; zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów procesu oraz kosztów poniesionych w związku z rozpoznaniem odwołań przez KIO, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, z uwzględnienie kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie skargi, zasądzenie od skarżącego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, a także oddalenie wniosków dowodowych jako nieistotnych dla prawidłowego rozpoznania sprawy.

W odpowiedzi na skargę wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w W. wnieśli o oddalenie skargi w całości z uwagi na całkowita bezzasadność podniesionych w niej zarzutów oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia tego pisma na okoliczności w nim wskazane.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Przed przystąpieniem do konkretnej oceny skargi konieczne jest wskazanie na zmiany i zakres obowiązywania w tej sprawie przepisów „Prawa zamówień publicznych”. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: wprawPZP), z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: dPZP), która zastąpiona została ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019, dalej jako: nPZP). Zgodnie z art 90 ust. 1 wprawPZP, do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie dPZP, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy wpraw PZP do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w uchylanej ustawie dPZP, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy nPZP. Wobec tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostały wszczęte przed 1 stycznia 2021r., to w zakresie prawa materialnego stosuje się przepisy ustawy dPZP. Jednocześnie, z uwagi na treść powołanego art. 92 ust. 2 wpraw PZP do postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, stosuje się przepisy ustawy nPZP.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2¹ k.p.c. (który na podstawie art. 198a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. / art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczy się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby i przyjmuje je za własne. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Krajowa Izba w sposób staranny, wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała

granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawierała błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

Na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut naruszenia art. 189 ust. 2 pkt 3 dPzp. W ocenie Sądu Okręgowego, KIO prawidłowo uznała za spóźniony zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 dPzp, w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 dPzp podniesiony w odwołaniu. W niniejszej sprawie, co istotne, postępowanie przez Zamawiającym było prowadzone z zastosowaniem procedury odwróconej. Stosując tryb procedury odwróconej z art. 24aa ust. 1 dPzp, po dokonaniu formalnej weryfikacji poprawności złożonych ofert, zamawiający przechodzi do ich badania pod kątem wystąpienia przesłanek odrzucenia, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przez pryzmat ustalonych kryteriów i wyłania ofertę najwyższej ocenioną, najlepszą. Po tym etapie dokonuje się oceny podmiotowej, ale tylko wykonawcy najlepszego. Zamawiający, stosując procedurę odwróconą najpierw dokonuje oceny ofert - w tym co relewantne ustala ranking złożonych ofert spośród tych, które nie podlegają odrzuceniu dokonując weryfikacji i przyznając punkty w kryteriach oceny ofert - a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta uzyskała najwięcej punktów nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (ocenia jego sytuację podmiotową weryfikując podmiotowe środki dowodowe złożone na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 i 2 dPzp).

W niniejszej sprawie, 17 sierpnia 2020 r. zamawiający opublikował pierwsze zawiadomienie o wyborze oferty w postępowaniu (wybrana została oferta wykonawcy (...) S.A.). Zamawiający najpierw, dokonując wstępnej oceny ofert, ustalił ranking ofert, a co za tym idzie weryfikował spełnianie pozacenowych kryteriów oceny ofert przez wszystkich wykonawców. Powyższe zostało w części zakwestionowane poprzez wniesienie pierwszego odwołania, wskutek którego Izba wykluczyła wykonawcę (...) S.A. w K. z postępowania i nakazała dokonania ponownego wyboru oferty (KIO 2095/20). Rozstrzygnięcie Izby utrzymano wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 4 grudnia 2020 r. sygn. akt: V Ga 365/20. Po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej w przetargu zamawiający dokonał oceny zdolności podmiotowych przystępującego (...), który znalazł się na pierwszym miejscu w rankingu, po eliminacji oferty (...) S.A. w K.. Dokonano także przeliczenia punktacji w zakresie kryterium cena, skoro najtańszą stała się oferta przystępującego. Zgodnie z aktami postępowania odwoławczego zamawiający nie zmieniał, nie analizował, ani nie oceniał ponownie okoliczności podanych w ofertach, dotyczących doświadczenia kierowników punktowanego w kryterium K6, K7 i K8, nie zostało to bowiem zaskarżone przez żadnego z wykonawców. Tym samym, zdaniem Sądu, skoro w terminie do wniesienia pierwszego odwołania okoliczność ta nie została zaskarżona przez żadnego wykonawcę, skarżący w niniejszym postępowaniu nie był uprawniony do podnoszenia zarzutów w tym zakresie jako spóźnionych.

Podkreślić należy, że art. 182 dPzp przewiduje, że odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wnosi się w terminie liczonym od:

1. przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (art. 182 ust. 1 dPzp);
2. publikacji ogłoszenia o zamówieniu (art. 182 ust. 2 dPzp);
3. powzięcia lub możliwości powzięcia przy zachowaniu należytej staranności wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (art. 182 ust. 3 dPzp).

W przedmiotowej sprawie, dziesięciodniowy termin do wniesienia odwołania rozpoczął zatem bieg od momentu przekazania wykonawcom, wraz z pierwszą informacją o wyborze, wyniku badania i oceny zamawiającego w przedmiocie danych ocenianych w kryterium doświadczenia kierowników, zawartej w tabeli punktacji ofert. Powyższe miało miejsce 17 sierpnia 2020 r., więc termin do wniesienia odwołania w tym zakresie upływał 27 sierpnia 2020r. Bezsporne było bowiem, że powołane kryterium nie było przedmiotem oceny Izby w sprawie KIO 2095/20. Wynika to z przepisu art. 192 ust. 7 dPzp, który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wyrok Izby uwzględniający odwołanie nie ma zatem charakteru kasatoryjnego w odniesieniu do czynności lub zaniechań, które nie były wskazane w odwołaniu. Czynności, które nie były kwestionowane w

postępowaniu odwoławczym kontynuują swój byt i zamawiający obowiązany jest do uwzględnienia wynikających z nich konsekwencji przy wykonywaniu czynności w postępowaniu nakazanych orzeczeniem Izby (zob. orz. KIO z dnia 5 maja 2011 roku, sygn., akt KIO 844/11).

Przypomnieć należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych opiera się na znacznym formalizmie. Prawdą jest, że podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Niemniej jednak restrykcyjny charakter przepisów analizowanej ustawy wymaga od osób starających się o udzielenie zamówienia publicznego dużej ostrożności i staranności w działaniu. W związku z tym odwołanie w zakresie zarzutów skarżącego dotyczących oceny kryterium oceny doświadczenia kierowników, jak słusznie wskazała w zaskarżonym postanowieniu Krajowa Izba Odwoławcza, było spóźnione i podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 3 dpzp. Zarzuty te były spóźnione, ponieważ dotyczyły czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 17 sierpnia 2020 r. Dokonując ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej (w wyniku wyroku KIO) Zamawiający nie zmienił oceny doświadczenia kierowników ani jej uzasadnienia. Oznaczało to, że termin na wniesienie odwołania w zakresie dokonanej oceny oferty upłynął - jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w skarżonym postanowieniu w dniu 27 sierpnia 2020 r. (tj. w terminie 10 dni od powzięcia przez skarżącego wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania dotyczących badania i oceny jego oferty). Poza sporem pozostaje okoliczność, że skarżący nie złożył wówczas odwołania od dokonanej przez Zamawiającego czynności.

Kluczowa na tle niniejszego stanu faktycznego jest, słusznie wyeksponowana przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia, zasada koncentracji środków ochrony prawnej, którą statuuje ustawa Prawo zamówień publicznych, polegająca na konieczności zgłaszania, w ściśle określonym terminie, przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących działań lub zaniechań zamawiającego, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania. Ponadto celem zasady koncentracji środków ochrony prawnej jest zapewnienie sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co sprzyja terminowemu dokonywaniu wydatków publicznych. Zasada ta ma na celu również, wespół z przepisami dotyczącymi łącznego rozpoznawania odwołań, eliminację rozbieżnych rozstrzygnięć organów rozpoznających środki ochrony prawnej, w tym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aktualny jest pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (V CA 2056/07), zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością – zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. Zachowaniem odpowiadającym profesjonalnemu charakterowi działalności skarżącego (zob. art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 dpzp) byłoby dążenie do zachowania swoich praw przez wniesienie odwołania w ustawowo określonym terminie. Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a tym bardziej postępowanie odwoławcze, stanowi fragment profesjonalnego obrotu gospodarczego. Uczestnictwo w nim, możliwość uzyskania zamówienia zależne jest od aktywności, przeczności i zapobiegliwości wykonawców, dokładania aktów należytej staranności w celu zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu oraz możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący, który w zakreślonym terminie zaniedbał ochrony swoich praw w postępowaniu, nie może obecnie domagać się od zamawiającego innej oceny ofert przedstawionych przez wykonawców w zakresie kryterium doświadczenia kierowników. Działanie takie jest spóźnione. Przyjęcie poglądu prezentowanego przez skarżącego przeczyłoby elementarnej zasadzie koncentracji środków ochrony prawnej. Powyższe prowadziłoby bowiem do badania wniosku odwołującego w sytuacji, gdy zawity termin na podnoszenie zarzutów już upłynął oraz ponawianie rozstrzygnięcia w kwestii prawnej, która była już przedmiotem rozpoznania Izby. W sprzeczności z zasadą koncentracji byłoby również przyzwolenie, aby istniejące uprzednio okoliczności, co do których wykonawca powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł co najmniej powziąć wiadomość, służyły za podstawę do wnoszenia odwołania na późniejszym etapie postępowania (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2015 r., KIO 375/11; postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2015 r., KIO 341/15).

Istotny przy tym jest fakt, że przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie nakazują liczenia terminów na wniesienie odwołania od daty wyboru oferty najkorzystniejszej, tylko od momentu przesłania informacji o czynności

zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia (art. 182 ust.1 pkt 1 pzp) bądź w zależności od przyjętej kwalifikacji od dnia, w którym powzięto, lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W ocenie Sądu Okręgowego przeprowadzone rozważania prowadzą w pełni do wniosku, że Krajowa Izba Odwoławcza trafnie odrzuciła odwołanie w tej części zaskarżonym orzeczeniem.

Niezasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 dPzp. Zgodzić należy się z Izłą, że pismo skarżącego z 18 stycznia 2021 r. stanowiło niedozwolone uzupełnienia odwołania i nie mogło stanowić podstawy do przeprowadzenia ustaleń przez KIO. Zgodnie z art. 180 ust. 3 dPzp, odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Granice rozpoznawania sprawy przez KIO są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Obowiązujące orzecznictwo jednoznacznie wskazuje, iż zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 dPzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu do wniesienia odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie jak i doprecyzowanie treści zarzutów odwołania (wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2013 r., KIO 589/13).

Trafnie wskazano zatem przez Izłą w zaskarżonym orzeczeniu, iż podnoszenie na późniejszym etapie okoliczności, które nie zostały wprost wskazane w treści odwołania stanowi postępowanie niedopuszczalne, sprzeczne z art. 192 ust. 7 dPzp. Przepis ten wyraźnie wskazuje zakres co do którego orzeka Izba. Za niedopuszczalne uznać należy również wskazywanie na późniejszym etapie zarzutów mających oparcie tylko w przywołanej podstawie prawnej, z pominięciem konkretnej czynności zamawiającego opisanej w odwołaniu. Tym samym, pismo odwołującego z 18 stycznia 2021 r. było niedopuszczalne jako stanowiące „uzupełnienie odwołania”. Pismo to zawierało bowiem nowe okoliczności faktyczne, które z uwagi na niepodniesienie ich w odwołaniu, nie mogły zostać rozpoznane przez Izłą. Twierdzenia skarżącego, że „zaprezentowane w piśmie z dnia 18 stycznia 2021 r. twierdzenia stanowią tylko rozwinięcie stanowiska prawnego” nie zasługiwały na uwzględnienie.

Wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego. Na aprobatę nie zasługują w związku z tym zarzuty naruszenia 190 ust. 7 dPzp. Zauważyć tu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust.7 ustawy dPzp), a wydając wyrok (art. 191 ust. 2 dPzp) bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Dodać tu też należy, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebrany materiałem dowodowym. Dodatkowo zauważyć należy, iż KIO prawidłowo położyła nacisk na zawartą w art. 190 ust. 1 ustawy dPzp zasadę stanowiącą o ciężarze dowodu i prawidłowo wywiodła, iż to na skarżącym ciążył obowiązek w toku postępowania o zamówienie publiczne wykazania zasadności podnoszonych przez niego twierdzeń. Izba słusznie zatem wskazała w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że skarżący nie sprostował obowiązkowi wyrażonemu w art. 90 ust. 2 dPzp.

W zakresie zarzutu dotyczącym zastosowania instytucji self-cleaningu, Izba słusznie wskazała, że instytucja ta nie miała miejsca w przeprowadzonym postępowaniu. Wskazać należy, że wykonawca Konsorcjum (...) zawarło w dokumencie JEDZ Część III „Podstawy wykluczenia” Rozdział C str. 18-19 informację o rozwiązaniu umów z członkiem konsorcjum (...) S.A. Wykonawca wskazał w JEDZ okoliczności rozwiązania tych umów i zaprzeczył, jakoby w stosunku do wykonawcy miały zastosowanie podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy dPZP. Wykonawca zatem niczego nie zataił przed Zamawiającym. Wykonawca Konsorcjum (...) literalnie, zgodnie z treścią powyższego przepisu, podał przyczyny wypełniając odpowiednio JEDZ. Zamawiający słusznie zatem wystąpił z wezwaniem do

złożenia wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy dPZP, co nie jest tożsame z procedurą self-cleaningu opisaną w art. 24 ust. 8 ustawy dPZP. Procedura samooczyszczenia ma zastosowanie bowiem jedynie do wykonawców, względem których zachodzą podstawy do wykluczenia (a którzy jednak, z jakichś przyczyn, chcą tego wykluczenia uniknąć). W ocenie Sądu Okręgowego, Zamawiający przeprowadził zaś w tym zakresie jedynie postępowanie wyjaśniające. Potwierdza to sama treść pisma Zamawiającego z 6 października 2020 r.

Sąd drugiej instancji przeanalizował zaś wyjaśnienia, które były składane przez Konsorcjum (...) na wezwanie Zamawiającego i nie stwierdził, aby Zamawiający został wprowadzony w błąd. Wykonawca Konsorcjum (...) ujawnił bowiem w JEDZ fakt wcześniejszego rozwiązania z nim umów w sprawie zamówień publicznych. Nie można zaś uznać, że sam fakt rozwiązania umowy jest wystarczający do zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy dPZP. Konieczne jest w tym zakresie ustalenie, czy odstąpienie od umowy spowodowane było wyłącznie przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy, czy też nie oraz czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie było istotne.

Zdaniem Sądu, w niniejszej sprawie Zamawiający prawidłowo przeprowadził procedurę weryfikacyjną. Jak wynikało z akt, Zamawiający wezwał wykonawcę Konsorcjum (...) do złożenia wyczerpujących wyjaśnień odnośnie stanu faktycznego i przyczyn rozwiązanych umów, a także złożenia dowodów potwierdzających, że przyczyny nie leżało po stronie spółki (...) (dawniej (...)). Tak nakreślony zakres oczekiwań Zamawiającego wiązał wykonawcę. Z przedstawionych stanowisk wynikało zaś, że Konsorcjum (...) dostarczyło wyczerpujące wyjaśnienia wraz z dowodami, które nie pozwalały na przyjęcie, że rozwiązanie umów nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Również działania Zamawiającego w zakresie wyjaśniania przyczyn odstąpienia były wyczerpujące i zachowana została należyta staranność, gdyż Zamawiający nie poprzestał na sprawdzeniu stanowiska jedynie samego Wykonawcy, lecz także zwrócił się do poszczególnych inwestorów.

Tym samym, wbrew twierdzeniom skargi, wykonawca nie był obowiązany do przedkładania wszystkich dokumentów, które obrazowały przebieg umowy, lecz jedynie tych, które pozwalają prześledzić i ocenić czy Trakcja, jako wykonawca tych umów, ponosi odpowiedzialność za ich zerwanie. W ocenie Sądu, przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia oraz dowody pozwalały na przeprowadzenie analizy w tym zakresie. Skarżący nie zdołał podważyć prawidłowości rozstrzygnięcia Izby, jak również wykazać odmiennych okoliczności. Dlatego też, bezzasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 9 dPzp (zarzut ewentualny).

Bezzasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 190 ust. 6 w zw. z art. 190 ust. 1 dPzp. Izba słusznie odmówiła przeprowadzenia dowodów zawnioskowanych przez odwołującego w postępowaniu odwoławczym, w tym szczególności dowodu ze źródeł osobowych. Zgodzić się należy bowiem z Izbą, że w postępowaniu odwoławczym dowód z przesłuchania stron byłby dowodem jedynie pochodnym - pośrednim. Zawnioskowani przez skarżącego świadkowie nie posiadali bowiem bezpośredniej wiedzy na temat okoliczności, na które miałby być przeprowadzony ten dowód, lecz pozyskali ją od innych osób realizujących dane inwestycje. Tymczasem, zauważyć należy, że dowód z przesłuchania stron jest w istocie dowodem posiłkowym, który służy weryfikacji dokonanych już ustaleń faktycznych, nie może służyć powoływaniu nowych, niewskazanych wcześniej faktów.

Co więcej, podkreślić należy, że postępowanie dowodowe prowadzone jest w celu wykazania nowych okoliczności faktycznych w sprawie, nie zaś potwierdzenia stanowiska odwołującego niezajdującego potwierdzenia w dotychczasowym materiale dowodowym. Nie ulega zaś żadnym wątpliwościom, że przesłuchanie świadków wskazanych przez skarżącego nie wprowadziłoby de facto do sprawy żadnych nowych szczegółów, a informacje, które przekazałoby przesłuchiwni w całej rozpiętości powieliłyby się z informacjami znanymi już stronom i Izbie. Tym samym, przeprowadzenie tychże dowodów prowadziłoby jedynie do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania odwoławczego. Izba słusznie więc uznała, że zostały one zgłoszone jedynie dla zwłoki.

Z tego też względu nie istniały podstawy do przeprowadzenia postępowania dowodowego z powyższych dowodów w toku postępowania skargowego. Zdaniem Sądu, dopuszczenie przedmiotowych dowodów doprowadziłoby jedynie do wydłużenia przedmiotowego procesu, a także nie ujawniłoby żadnej nowej okoliczności, mającej istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 191 ust. 3 dPzp, wskazać należy, że nie zasługiwał on na uwzględnienie. Zgodnie z powołanym przepisem, Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Taką istotną okolicznością mogą być oczywiście nowe dowody mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, jednakże ratio legis cytowanego przepisu nie oznacza możliwości dla uczestnika postępowania powoływania jakichkolwiek nowych dowodów, lecz tylko takich, które ujawniły się już po zamknięciu rozprawy. Chodzi więc o takie dowody, o których istnieniu uczestnik postępowania wcześniej nie wiedział i przy zachowaniu należytej staranności nie mógł się dowiedzieć, które skutkowałyby ewentualnie uchyleniem wyroku. W ocenie Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie, pisma skarżącego zawierające wniosek o otwarcie na nowo rozprawy zamkniętej nie zawierały nowych okoliczności istotnych dla sprawy, a przedstawiały jedynie argumentację, dotyczącą okoliczności już powołanych. Nie można zaś zaakceptować stanowiska, zgodnie z którym przedłożenie dokumentu, który wyłącznie potwierdza okoliczności wskazane już przez stronę postępowania, stanowi podstawę do otwarcia zamkniętego postępowania odwoławczego. Kolejny dowód w sprawie, odnoszący się do okoliczności wykazywanych już w toku sprawy, nie stanowi bowiem o ujawnieniu nowych istotnych okoliczności.

Zdaniem Sądu Okręgowego, wyrok KIO, a także jego uzasadnienie spełnia wymogi określone w art. 196 ust. 4 dPzp. Zarzut skarżącego w tym zakresie był bezpodstawny. Zarzut naruszenia art. 196 ust. 4 dPzp może odnieść skutek tylko w takich wyjątkowych okolicznościach, w których braki w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej są tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej. Innymi słowy, stwierdzenie naruszenia art. 196 ust. 4 dPzp poprzedzać winno ustalenie, że treść uzasadnienia orzeczenia sądu całkowicie uniemożliwia dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia. W niniejszej sprawie, uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawierało wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. W szczególności lektura wyroku nie nasuwa jakichkolwiek wątpliwości co do tego, jaka była podstawa rozstrzygnięcia wyroku i powołanie ich przez Izbę nie budzi wątpliwości interpretacyjnych. Uzasadnienie to poddaje się tym samym kontroli instancyjnej. Izba szeroko omówiła i uzasadniła przyczyny nieuwzględnienia stanowiska skarżącego wyrażonego w piśmie z 18 stycznia 2021 r., wyjaśniła podstawy odrzucenia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 dPzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 dPzp, a także w sposób wyczerpujący opisała dlaczego uznała materiał dowodowy złożony w sprawie za wiarygodny. Odmienne twierdzenia skarżącego nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 179 ust. 1 dPzp oraz § 8 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań okazał się bezpodstawny. Zauważyć należy, że przepis § 8 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań, zawierał wyłom od zasady udostępniania akt sprawy odwoławczej na wniosek stron i uczestników postępowania. W jego treści wskazano, że udostępnieniu nie podlegają informacje stanowiące tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inne niż informacje niejawnie w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. W takim duchu utrzymana została również redakcja aktualnie obowiązującego przepisu w tej materii, tj. § 9 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą, a zatem niewątpliwie intencją ustawodawcy było, by informacje o takim charakterze nie były udostępniane. W związku z tym działanie Izby jak najbardziej mieściło się w granicach prawa. Izba słusznie wskazała, że dokumentacja zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie została na tamten moment zabezpieczona, więc nie mogła zostać udostępniona odwołującemu. Co więcej, na moment składania przez skarżącego wniosku o udostępnienie akt, miały one formę elektroniczną. Podkreślić zaś należy, że skarżący nie wykazał w żaden sposób, w jaki sposób naruszone miałyby zostać jego prawa poprzez odmowę udostępnienia mu akt postępowania odwoławczego. Zwłaszcza, że co należy podkreślić, skarżący złożył wniosek o odroczenie rozprawy zaledwie kilka dni przed terminem przedmiotowej rozprawy. W skardze nie zostały natomiast powołane żadne nowe okoliczności, które uniemożliwiały podjęcie obrony przed Izbą, na skutek braku dostępu do akt.

Przechodząc do oceny zarzutów naruszenia prawa materialnego podnoszonych przez skarżącego wskazać należy, że nie zasługiwały one na uwzględnienie.

Bezzasadny okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 dPzp. W niniejszej sprawie, faktycznie wykazane zostało, że wykonawcę łączyła umowa z innym zamawiającym, podczas której doszło do odstąpienia od umowy. Jednakże przedłożony w sprawie materiał dowodowy nie dawał podstaw do ustalenia, że do odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co dopiero prowadziłoby do wypełnienia się przesłanki wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 5 pkt 4 dPzp.

Zgodnie z powołanym przepisem, z postępowanie o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 dPzp jest zatem dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Musi zostać wykazane, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że powinno zostać wykazane, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto konieczne jest również, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne. Treść art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE przesądza, że chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy. Dlatego użyte w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. dPzp sformułowanie „w istotnym stopniu” należy odnosić zarówno do zakresu umowy, jak i do wykonania umowy ze znaczącym naruszeniem jej postanowień, np. do znaczących wad produktu, które spowodowały jego niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem (wyrok KIO z 8 grudnia 2020 r, KIO 2925/20).

Tymczasem, w niniejszym postępowaniu, nie sposób uznać, aby doszło do wykazania wszystkich przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 dPzp. Niewykazane zostało bowiem, że do odstąpienia od umowy pomiędzy wykonawcą a innym zamawiającym doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę miało charakter istotny. Jak wynika bowiem z akt sprawy, pomiędzy wykonawcą a innym zamawiającym na chwilę obecną istnieje spór w tym zakresie. Powyższe zaś nie może zostać jednoznacznie rozwiązane bez udziału sądu i przeprowadzenia w tym zakresie postępowania dowodowego, tj. przeanalizowania całokształtu materiału dowodowego, które dawałoby podstawę do uznania winy wykonawcy w odstąpieniu od umowy. Samo pismo zamawiającego o odstąpieniu od umowy nie wypełnia bowiem przesłanek uznania, że nastąpiło to bezsprzecznie z winy wykonawcy, w sytuacji gdy dany wykonawca kwestionuje tę okoliczność i wskazuje na inne przyczyny niewykonania dotąd zobowiązania. Wbrew twierdzeniom skarżącego, treść przepisu art. 471 k.c. nie kreuje bowiem takiego domniemania. Tym samym dopóki powyższy spór nie zostanie jednoznacznie rozstrzygnięty przez sąd, nie sposób mówić o wypełnieniu przesłanek z art. art. 24 ust. 5 pkt 4 dPzp.

Należy wskazać, że wykluczenie wykonawcy jest ostatecznością i wyjątkowym uprawnieniem zamawiającego, z którego może skorzystać jedynie w oparciu o przepisy ustawy. W przypadku przesłanki przewidzianej w art. 24 ust. 5 pkt 4 dPzp, na którą się powołuje skarżący wykluczając wykonawcę, ustawodawca wymaga by nienależyte wykonanie umowy nastąpiło w istotnym stopniu. Nie każde zatem odstępstwa od wymaganego standardu realizacji świadczenia będą skutkowały zaktualizowaniem się omawianej przesłanki. W tym miejscu Sąd Okręgowy pragnie podkreślić, że choć niewątpliwie w sprawie doszło do odstąpienia od umów z wykonawcą przez innych zamawiających, to skarżący nie wykazał w sposób dostateczny, że były doszło do tego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a jego uchybienia w tym zakresie były „istotne”. Przypomnieć należy, iż okoliczności te zamawiający musiałaby wykazać. W sytuacji gdy

dwie strony kontraktów opisywanych przez skarżącego wskazują na obustronne uchybienia w realizacji kontraktów oraz w sytuacji gdy (...) spółka akcyjna w W. również powołuje rzeczowe argumenty co do niemożliwości realizacji kontraktów z przyczyn leżących po stronie Zamawiających. Nadto wskazać należy, iż sąd w postępowaniach toczących się pomiędzy stronami kontraktów będzie musiał dokonać wykładni zgodnej woli stron co do treści umowy. W tych okolicznościach trudno jest postawić zarzut Zamawiającemu, iż nie znalazł podstaw do wykluczenia wykonawcy. Brak jest bowiem możliwości bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, ustalić przesłanki w/w przepisu umożliwiające wykluczenie wykonawcy.

Podnieść należy, iż w niniejszym postępowaniu to skarżący zobowiązany był do wykazania tych przesłanek. Poza przedstawieniem dokumentów, z których wynika spór pomiędzy stronami dotychczasowych kontraktów, odmienna interpretacja warunków umowy i obowiązków stron, przyczyn opóźnienia w wykonaniu umowy, skarżący nie zdołał wykazać przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 dPzp. Z uwagi na powyższe, Sąd Okręgowy uznał zarzut skarżącego za subiektywną ocenę, która stanowi jedynie polemikę z niekorzystnymi dla strony wnioskami Izby, lecz która nie jest skuteczną przesłanką podważenia dokonanej w postępowaniu prawidłowej oceny materiału dowodowego.

Zdaniem Sądu Okręgowego, wbrew twierdzeniom skarżącego, wykonawca Konsorcjum (...) nie wprowadził także zamawiającego w błąd. Na wezwanie zamawiającego, wykonawca wyjaśnił okoliczności dotyczące sytuacji kontraktowej, jasno przedstawił swoje stanowisko, jak i stanowiska kontrahentów, przedłożył korespondencję kontraktową oraz opinie biegłych, nie zataił żadnej informacji dot. sytuacji kontraktowej (faktu odstąpienia od umowy przez innego zamawiającego i przyczyn odstąpienia), nie zataił żadnej znanej mu na dzień złożenia wyjaśnień informacji, okoliczności czy twierdzeń podnoszonych przez poszczególnych oponentów. W ocenie Sądu, wyjaśnienie miały charakter kompleksowy, rzetelny i pełny. Odnośnie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 dPzp, wykonawca każdorazowo przedstawił fakt wystąpienia sporu oraz jego podstawy. Kolejno, Zamawiający skonfrontował wyjaśnienia u poszczególnych kontrahentów. Co więcej, w toku weryfikacji wyjaśnień potwierdziło się, że informacje udzielone przez wykonawcę w wyjaśnieniach są pełne i kompletne. Nie pojawiła się żadna nowa istotna okoliczność, która nie zostałaby uwzględniona przez wykonawcę w wyjaśnieniach z dnia 19 października 2020 roku. Potwierdzono, że doszło do krzyżowych odstąpień, przy czym strony dalej pozostają w sporze które z nich było skuteczne. Wykonawca nie wprowadził zatem zamawiającego w błąd co do okoliczności podnoszonych w skardze w zakresie podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 dPzp.

Odnośnie zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd co do oceny kryterium doświadczenia kierowników, zauważyć należy, że powyższe nie mogło stanowić podstawy rozważania Sądu w postępowaniu skargowym. Jak już bowiem wskazano, zarzuty skarżącego w tym zakresie były bowiem spóźnione już na etapie postępowania odwoławczego.

Podsumowując, należało uznać, że zarzuty skarżącego są wyłącznie polemiczne i opierają się na opozycyjnych twierdzeniach w stosunku do należyście ustalonego stanu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Dlatego też Sąd Okręgowy nie znalazł przyczyn dyskwalifikujących zaskarżone orzeczenie. Podnieść należy, iż KIO wszechstronnie i należyście przeanalizowała materiał dowodowy zgromadzony w sprawie i odniosła się szczegółowo do wszystkich dowodów, które miały wpływ na wydanie rozstrzygnięcia w sprawie a ponadto wyjaśniła wszelkie wątpliwości co do okoliczności sprawy. Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze, działając w granicach skargi i zaskarżenia, Sąd Okręgowy orzekł jak w pkt I. wyroku i na podstawie art. 588 ust. 1 nPZP oddalił skargę.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 nPZP, stosownie do wyniku postępowania. Skarżący przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez przeciwnika skargi w całości. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów (ustalonych od wskazanej w skardze wartości przedmiotu zaskarżenia), Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 2 pkt 9 w zw. z §10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015 r., poz. 1804 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi,

z uwzględnieniem 50% stawki minimalnej. Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż niniejsze postępowania należy do spraw cywilnych, do których zastosowanie mają ogólne przepisy dotyczące stawek zastępstwa procesowego. Stroną postępowania, która powinna być obciążona kosztami postępowania skargowego był skarżący. Wskazać należy, iż zamawiający zawsze jest stroną postępowania toczącego się w trybie prawa zamówień publicznych. W niniejszym postępowaniu był również przeciwnikiem skargi – wnosił bowiem o oddalenie skargi w postępowaniu przed Sądem. Dlatego na jego rzecz należało zasądzić przedmiotowe koszty od skarżących.

Andrzej Kubica Anna Janas Małgorzata Siemianowicz-Orlik