

Sygn. akt XXIII Zs 11/23

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 marca 2023 r.

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

Przewodniczący: Sędzia Sylwia Paschke

Protokolant: Weronika Banach

po rozpoznaniu w dniu 27 marca 2023 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem

zamawiającego: Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w R.

skarżącego: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

odwołującego: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

na skutek skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

od pkt 1 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 23 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3255/22

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 1 w ten sposób, że oddala odwołanie,

II. zasądza od Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w R. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. 26 100,00 zł (dwadzieścia sześć tysięcy sto złotych) tytułem zwrotu kosztów w postępowaniu skargowym, w tym kwotę 3600,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sędzia Sylwia Paschke

Sygn. akt **XXIII Zs 11/23**

## UZASADNIENIE

Zamawiający Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w R. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „System monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych o kontrolowanej temperaturze wraz z infrastrukturą techniczno - sprzętową w siedzibie Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w R. ul. (...) oraz w Terenowych Oddziałach.”

Odwołanie wniósł wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) sp. z o.o. wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy (...) sp. z o.o., która została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

2. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy (...) sp. z o.o., pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,
3. wadliwej oceny podmiotowych środków dowodowych, poprzez błędne uznanie, że Wykonawca (...) sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu,
4. zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez Wykonawcę (...) sp. z o.o.,
5. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy (...) sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę,
6. dokonania wyboru oferty Wykonawcy (...) sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, względnie z ostrożności procesowej:
7. zaniechania wezwania Wykonawcy (...) sp. z o.o. do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu, a co najmniej do udzielenia wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy (...) sp. z o.o., który nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie Rozdziału IV 2.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia,
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy (...) sp. z o.o. pomimo, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3. art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę (...) sp. z o.o. oraz zaniechanie przekazania uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,
4. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy (...) sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę,

względnie z daleko posuniętej ostrożności procesowej, naruszenie:

5. art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy (...) sp. z o.o. do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego Rozdziału IV 2.4 SWZ, a co najmniej zaniechanie wezwania Wykonawcy (...) sp. z o.o. do wyjaśnienia informacji zawartych w podmiotowych,

a w konsekwencji:

6. art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, odrzucenia oferty Wykonawcy (...) sp. z o.o., unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy (...) sp. z o.o., powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z daleko posuniętej ostrożności procesowej: wezwanie Wykonawcy (...) sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych lub ich wyjaśnienia, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Wyrokiem z dnia 23 grudnia 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza, w pkt. 1 uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy (...) sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego Rozdziału IV 2.4 SWZ,

- art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odtajnienia i przekazania Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

- wezwanie Wykonawcy (...) sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

- odtajnienie i przekazanie Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

W pkt. 2 wyroku z dnia 23 grudnia 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy (...) sp. z o.o., pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w pkt. 3 oddaliła jako przedwczesny zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę (...) sp. z o.o.,

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy (...) sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę,

W pkt. 4 wyroku z dnia 23 grudnia 2022 r. Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w R. w wysokości 2/3 oraz Odwołującego (...) Sp. z o.o. w wysokości 1/3 i w pkt. 4.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł uiszczoną przez Odwołującego (...) Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, a w pkt. 4.2. zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5000 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci 2/3 wpisu od odwołania oraz kwotę 2400 zł tytułem zwrotu 2/3 kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, że Odwołujący posiadał interes we wniesieniu odwołania. Izba odwołała się do treści art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wskazała, że argument Przystępującego (...) sp. z o.o.), że Odwołujący nawet jednym zdaniem nie opisał szkody, jaką może ponieść, jest bezzasadny. W ocenie Izby oczywistym było, że na skutek błędnej, niezgodnej z przepisami prawa decyzji Zamawiającego, Odwołujący może nie uzyskać zamówienia, co oznacza, że w takiej sytuacji poniesie szkodę.

Dalej Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, że zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy (...) sp. z o.o. do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale IV 2.4 SWZ, należało uznać za uzasadniony. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował należycie co najmniej jedną dostawę wraz z usługą instalacji systemu monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych o wartości minimum 100 000,00 zł brutto. W celu potwierdzenia warunku, wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia stosownego wykazu, wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie umowy „referencyjnej”. Wykonawca (...) sp. z o.o. przedstawił „Wykaz doświadczenia”, gdzie wskazano realizację zamówienia pn.: Dostawa wraz z instalacją systemu monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych, za kwotę 109 082,55

zł. Jednocześnie Wykonawca ten załączył dokument referencji, w których wskazano, że Wykonawca (...) sp. z o.o. „nałożył zrealizował dla (...) umowę nr (...) z dnia 30.03.2022 r. na dostawę czujników monitoringu temperatury i wilgotności wraz z ich instalacją oraz umowę nr (...) z dnia 08.10.2021 r. na dostawę systemu monitorowania temperatury na łączną kwotę 109 082,55 zł.”

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, z powyższego dokumentu jednoznacznie wynikało, że Wykonawca (...) sp. z o.o. zrealizował dwie różne dostawy, na podstawie dwóch różnych umów podpisanych w wyniku udzielenia dwóch różnych zamówień. Sama okoliczność, że dostawy były realizowane na rzecz tego samego Zamawiającego nie oznacza, w ocenie Izby, że mamy do czynienia z jedną dostawą.

Następnie Izba wskazała, że Przystępujący podkreślił, że Zamawiający w treści OPZ dla drugiego z zamówień wymagał, aby czujniki były zintegrowane z systemem monitoringu temperatury firmy (...) będącym w posiadaniu Zamawiającego w lokalizacji (...). W ocenie Izby, właśnie okoliczność, że Zamawiający, organizując procedurę otwartą, wskazał, że wymaga integracji, wskazuje, że nie była to kontynuacja zamówienia. Gdyby Zamawiający oczekiwał realizacji tej samej dostawy, wówczas wskazałby na kontynuację zadania (a nie integrację), a nadto udzieliłby zamówienia uzupełniającego dla tego samego podmiotu w ramach kontynuacji zamówienia.

Dalej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podniesiono, że powyższe zadania przedstawione przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie mogą zostać uznane za spełniające warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał, że zrealizował co najmniej jedną dostawę wraz z usługą instalacji systemu monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych o wartości minimum 100 000,00 zł brutto. Treść warunku odczytywana literalnie wskazuje na jedną dostawę, a więc realizację jednej usługi w ramach jednej umowy. Nie mogą to być dwie różne dostawy.

Taka treść warunku wskazuje na fakt, że Zamawiający poszukuje do realizacji zamówienia wykonawcy, który będzie w stanie zrealizować jednorazowo usługę o takiej skali, w ramach jednego zadania. Istotą było zbadanie, czy wykonawca jest zdolny zrealizować jedno zamówienie - czy sytuacja wykonawcy, jego mobilność i zasoby pozwalają na zrealizowanie takiego zadania. Zatem wskazywane przez Przystępującego dwa różne zadania, które w jego ocenie powinny zostać zsumowane, nie stanowią potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak podniosła Krajowa Izba Odwoławcza.

Bez znaczenia, w ocenie Izby pozostaje podnoszony przez Przystępującego argument, że Zamawiający w treści SWZ i w treści warunku nie umieścił zastrzeżenia, że wymaga, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem zrealizowanym w ramach jednej umowy. Zamawiający nie miał obowiązku takiego wskazania, gdyż treść warunku była czytelna.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy (...) sp. z o.o., który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie Rozdziału IV 2.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia. Izba podniosła, że odrzucenie oferty Wykonawcy (...) sp. z o.o. nie jest uzasadnione z uwagi na treść art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut wobec naruszenia przez Zamawiającego tego artykułu został postawiony przez Odwołującego jako alternatywny). Odnosząc się do treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp podniesiono, że Zamawiający, zanim dokona czynności odrzucenia oferty Wykonawcy (...) sp. z o.o. powinien wezwać tego Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego działanie Wykonawcy (...) sp. z o.o., polegające na wpisaniu w treści wykazu zrealizowanych umów jako jednego zadania, można uznać za umyślne wprowadzanie Zamawiającego w błąd - celem przedstawienia podmiotowych środków dowodowych było wytworzenie u Zamawiającego mylnego przekonania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, które zostały sformułowane w SWZ.

W ocenie Izby nie można uznać, aby Wykonawca (...) sp. z o.o. wprowadził Zamawiającego w błąd, a tym samym popełnił czyn nieuczciwej konkurencji. Wykonawca (...) sp. z o.o. złożył wraz z wykazem zrealizowanych dostaw również referencję z 24 listopada 2022 r., z której jednoznacznie wynikało, że Wykonawca ten zrealizował dwie

umowy, dwie dostawy. Zatem Zamawiający dysponował dokumentem, który pozwalał mu na ocenę stanu faktycznego. Nie jest zatem tak, że Wykonawca (...) sp. z o.o. zataił informacje o dwóch różnych umowach przed Zamawiającym. Z powyższych względów zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (...) sp. z o.o., pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) Izba uznała za bezzasadny.

Za zasadny należało w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia i przekazania Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Następnie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podniesiono, że Wykonawca (...) sp. z o.o. złożył na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Pomimo prośby Odwołującego, nie zostało mu przekazane uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wskazał Zamawiający, dokument ten został przesłany Odwołującemu tuż przed rozprawą, o czym Odwołujący dowiedział się od Zamawiającego w trakcie rozprawy z udziałem stron. Zamawiający wyjaśnił, że wystąpił do Przystępującego z zapytaniem, czy taki dokument może zostać udostępniony Odwołującemu.

Zarzut podniesiony przez Odwołującego jest uzasadniony. Izba podniosła, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp). Zasada ta doznaje ograniczenia tylko w sytuacji, gdy wykonawca wraz z przekazaniem informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy Pzp). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający bezzasadnie odmówił udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest dokumentem niejawnym, to w nim wykonawca jest zobowiązany wykazać, dlaczego inne przekazywane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca (...) sp. z o.o. nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa dla dokumentu samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba za zupełnie niezrozumiałe uznała działanie Zamawiającego, który zwrócił się do Wykonawcy (...) sp. z o.o. z zapytaniem o możliwość udostępnienia tego dokumentu Odwołującemu. Skoro dokument uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie był objęty tajemnicą przedsiębiorstwa oraz był jednym z dokumentów w postępowaniu, to nie było żadnej podstawy do odmowy udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym Zamawiający był zobowiązany do przekazania Odwołującemu dokumentu zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Dalej, w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 grudnia 2022 r. wskazano, że od chwili wyboru oferty najkorzystniejszej, protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny. Powyższe oznacza, że od tej chwili Zamawiający, na wniosek wykonawcy, powinien udostępnić dokumenty, które są jawne. Dlatego od tego dnia Odwołujący mógł zwrócić się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów postępowania. Od tego dnia biegnie termin na wniesienie odwołania także wobec czynności Zamawiającego, polegającej na zaniechaniu odtajnienia określonych dokumentów. Nie są zatem zasadne wywody Przystępującego, że termin na wniesienie odwołania w odniesieniu do zaniechania odtajnienia dokumentów przez Zamawiającego, czy też zaniechania przekazania uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa upłynął 2 grudnia. Nie jest nawet jasne, w jaki sposób Przystępujący dokonał takich obliczeń. Zupełnie nietrafny, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej był argument Przystępującego, że wykonawca (Odwołujący) jest zobowiązany (jeszcze przed dokonaniem przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej) pozyskiwać u Zamawiającego informację, czy inny wykonawca składał jakiegokolwiek wyjaśnienia i czy zostały one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Takie działanie nie wynika z ustawy, ani w ogóle nie jest praktykowane.

Nie jest także w ocenie Izby trafne stwierdzenie Przystępującego, że skoro Zamawiający przekazał Odwołującemu dokument zawierający uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to brak jest substratu zaskarżenia. Odwołujący nie potwierdził takiej informacji. O tym fakcie dowiedział się w trakcie rozprawy z udziałem stron. Zamawiający nie wykazał również tej okoliczności.

Stąd Izba w treści sentencji wyroku nakazała Zamawiającemu przekazanie Odwołującemu dokumentu zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący w treści odwołania postawił również zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę (...) sp. z o.o. oraz zarzut rażąco niskiej ceny, jednakże zarzuty te nie zostały szerzej rozwinięte, gdyż nie mogły zostać uzasadnione. Izba wskazała, że Odwołujący nie dysponował ani uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ani wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny, zatem nie miał możliwości podniesienia w tym zakresie argumentacji. Jak słusznie, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zauważył Przystępujący, nie jest możliwe rozszerzenie odwołania po terminie na jego wniesienie, zatem Odwołujący nie miał możliwości uzupełnienia odwołania, czy podniesienia argumentacji w ramach postawionych wcześniej zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza podniosła następnie, że dopiero pełne zapoznanie Odwołującego z dokumentem uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, umożliwi Odwołującemu podjęcie decyzji o ewentualnym wniesieniu (lub nie) odwołania i ewentualnie przedstawienia zarzutów, przedstawienia argumentów co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę (...) sp. z o.o. w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Z uwagi na powyżej wskazane okoliczności, na tę chwilę zarzut dotyczący niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny został uznany za przedwczesny.

Odwołujący nie przedstawił także argumentów co do zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, przyznając jednocześnie, że taka sytuacja wynika z braku możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami złożonymi przez Wykonawcę (...) sp. z o.o. Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w tej sytuacji, wobec braku przekazania wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, należało zatem uznać za przedwczesny, jak dalej podniesiono w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy Pzporaz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 lit. a) oraz § 5 pkt 2 lit. b), § 7 ust. 2 pkt 1), § 7 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania: uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Uwzględniając powyższe przepisy, Zamawiającego oraz Odwołującego obciążono kosztami postępowania odwoławczego proporcjonalnie do ilości zarzutów uwzględnionych i oddalonych, rozpoznawanych na rozprawie; nie wliczono zarzutów oddalonych jako przedwczesnych, co do których brak było możliwości rozpoznania na rozprawie. Na rozprawie rozpoznawano trzy zarzuty, z których dwa zarzuty zostały uwzględnione, jeden zarzut podlegał oddaleniu. Stosownie do powyższego wyniku postępowania odwoławczego, Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w wysokości 2/3 oraz Odwołującego w wysokości 1/3.

W konsekwencji, od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zasądzono kwotę 5000 zł, która stanowi 2/3 wysokości wpisu od odwołania oraz kwotę 2400 zł, która stanowi 2/3 wartości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

W przypadku wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, proporcje zostały ustalone w odniesieniu do wynagrodzenia 3600 zł, co wynika z § 5 pkt 2 lit b) wskazanego rozporządzenia.

Skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2022 r. wywiódł Wykonawca (...) sp. z o.o. w W., zaskarżając powyższe orzeczenie w części, w zakresie uwzględniającym odwołanie, tj. co do punktu 1 wyroku Izby, zarzucając:

1) Naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy w zakresie zasadności uwzględnienia odwołania, tj.:

a) naruszenie art. 542 ust. 1 Pzp w zw. z art. 505 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, w sposób całkowicie arbitralny i dowolny, że Odwołujący wykazał wszystkie przesłanki materialnoprawne stanowiące o zasadności uwzględnienia odwołania podczas gdy z treści odwołania jak również z protokołu rozprawy z dnia 20.12.2022 r. wynika w sposób niezbity, iż Odwołujący co najmniej nie wykazał, ani nawet nie oświadczył co do przesłanki szkody, a w konsekwencji co do związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy zarzucanym naruszeniem przepisów przez Zamawiającego, a poniesioną lub możliwą do poniesienia szkodą w wyniku tych zarzucanych naruszeń;

b) naruszenia art. 505 ust. 1 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uwzględnienie odwołania w części mimo, iż Odwołujący nie wykazał wszystkich przesłanek materialnoprawnych stanowiących o zasadności uwzględnienia odwołania.

2) Naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy w zakresie pkt 1 tiret pierwszy wyroku KIO, tj.:

a) naruszenie art. 542 ust. 1 Pzp poprzez brak dokonania przez Izbę oceny całego zebranego w sprawie materiału dowodowego i brak wszechstronnego jego rozważenia oraz dokonanie oceny dowodów w sposób sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego, logicznego rozumowania a także nie uwzględnienie faktów mających istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie, co spowodowało błędne uznanie, że:

i. warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia określony w rozdziale IV ust. 2 pkt 2.4. Specyfikacji Warunków Zamówienia stanowi o „jednej dostawie” w rozumieniu „jednej umowy” podczas gdy literalna treść tegoż warunku udziału nie zawiera słowa "jedna" ani też w żadnej części dokumentów zamówienia nie zostało doprecyzowane przez Zamawiającego, że wymagane doświadczenie w realizacji „dostawy wraz z usługą” miały być zrealizowane w ramach „jednej umowy”,

ii. Skarżący zrealizował dwie różne dostawy, jako zupełnie różne i osobne zamówienia, podczas gdy Skarżący zrealizował jedno zadanie tj. dostawę wraz z usługą, stanowiące funkcjonalną oraz integralną całość w postaci jednego systemu monitoringu temperatur na rzecz tego samego podmiotu tj. (...),

(...). w celu potwierdzenia spełnienia warunku doświadczenia, wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia stosownego wykazu wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie „umowy referencyjnej”, podczas gdy z dokumentów zamówienia okoliczność taka nie wynika, a wykonawcy mieli przedłożyć referencje potwierdzające należyte wykonanie dostawy wraz z usługą, co nie zostało utożsamione z „jedną umową referencyjną”,

co w konsekwencji skutkowało przyjęciem za podstawę wyroku KIO okoliczności, które nie wynikają z dokumentów postępowania i błędnym uznaniem przez KIO, iż Skarżący nie wykazał spełnienia spornego warunku udziału w Postępowaniu.

b) naruszenie art. 531 Pzp w zw. z art. 542 ust. 1 Pzp w z w. z art. 538 ust. 2 i ust. 3 Pzp poprzez pominięcie dowodu przedstawionego przez Skarżącego, a to oświadczenia (...) z dnia 14.12.2022 r. celem wykazania faktu potwierdzenia przez (...), że Skarżący zrealizował na jego rzecz dostawę wraz z usługą, które stanowiły funkcjonalną oraz integralną całość w postaci jednego systemu monitoringu temperatur, co doprowadziło do błędnego przyjęcia przez Izbę, że Skarżący zrealizował dwie różne dostawy, jako zupełnie różne i osobne zamówienia, podczas gdy Skarżący zrealizował w istocie jedno zadanie inwestycyjne (jeden projekt);

c) naruszenie art. 542 ust. 1 Pzp, tj. dowolną a nie swobodną ocenę dowodów, poprzez arbitralne przyjęcie nieujawnionych w dokumentacji Postępowania intencji Zamawiającego, których to rzekomych intencji nawet sam Zamawiający nie potwierdził i które nawet jeżeli je uznać to jako nieujawnione w dokumentacji Postępowania nie mogą decydować o treści warunku;

d) naruszenie art. 559 ust. 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i sporządzenie uzasadnienia zaskarżonego wyroku zawierającego istotne braki formalne i merytoryczne, w szczególności niespełniającego wymagań wynikających z art.

559 ust. 2 Pzp, gdyż uzasadnienie to w ogóle nie zawiera wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, dowodów, na których sąd się oparł i przyczyn, dla których sąd odmówił mocy dowodowej pozostałym dowodom, a także poprzez brak wskazania jednoznacznego kryterium oraz argumentacji pozwalającej Skarżącej na weryfikację dokonanej oceny w przedmiocie uznania dowodu za wiarygodny bądź też jego zdyskwalifikowanie, a tym samym brak jest wyjaśnienia na podstawie jakich dowodów orzeczenie zostało wydane, co uniemożliwia jego merytoryczną kontrolę,

3) Naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy w zakresie pkt 1 tiret drugi Wyroku KIO, tj.:

a) naruszenie art. 542 ust. 1 Pzp poprzez brak dokonania przez Izbę oceny całego zebranego w sprawie materiału dowodowego i brak wszechstronnego jego rozważenia oraz dokonanie oceny dowodów w sposób sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego, logicznego rozumowania a także nie uwzględnienie faktów mających istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie, co spowodowało błędne uznanie, że:

i. nie zostało ustalone aby Zamawiający przekazał jeszcze przed rozprawą Odwoływającemu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień Skarżącego dotyczących kalkulacji ceny jego oferty, podczas gdy z uzasadnienia Zaskarżonego wyroku jak i z protokołu rozprawy z dnia 20.12.2022 r. w sposób jednoznaczny wynika, iż fakt udostępnienia rzeczzonego uzasadnienia został stwierdzony i potwierdzony przez Zamawiającego i Odwoływającego,

ii. Odwoływający nie potwierdził aby Zamawiający przekazał jeszcze przed rozprawą Odwoływającemu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień Skarżącego dotyczących kalkulacji ceny jego oferty, podczas gdy Odwoływający potwierdził ten fakt w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości,

(...). Zamawiający nie wykazał aby przekazał jeszcze przed rozprawą Odwoływającemu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień Skarżącego dotyczących kalkulacji ceny jego oferty, podczas gdy Zamawiający oświadczył o tym na rozprawie i co zostało odnotowane w protokole z rozprawy z dnia 20.12.2022 r.;

co w konsekwencji skutkowało przyjęciem za podstawę wyroku KIO okoliczności odmiennych od rzeczywistego stanu rzeczy.

b) naruszenie art. 533 ust. 1 Pzp w zw. z art. 542 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i pominięcie okoliczności przyznania przez Odwoływającego faktu udostępnienia Odwoływającemu przez Zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień Skarżącego dotyczących kalkulacji ceny jego oferty, już przed rozprawą,

c) naruszenie art. 552 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i orzeczenie o obowiązku Zamawiającego do wykonania czynności udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień Skarżącego dotyczących kalkulacji ceny jego oferty w sytuacji braku substratu zaskarżenia na chwilę orzekania przez Izbę ze względu na fakt udostępnienia Odwoływającemu przez Zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień Skarżącego dotyczących kalkulacji ceny jego oferty, już przed rozprawą w dniu 20.12.2022 r.;

d) naruszenie art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i orzeczenie o obowiązku Zamawiającego do wykonania czynności udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień Skarżącego dotyczących kalkulacji ceny jego oferty w sytuacji, w której (niezależnie od faktu braku substratu zaskarżenia w tym przedmiocie) nawet ewentualne uznanie naruszenia przepisu art. 18 ust. 1-3 Pzp przez Zamawiającego nie mogło mieć wpływu na wynik Postępowania, a tym bardziej istotnego wpływu wobec postawienia przez Odwoływającego dalszych definitywnych (a nie ewentualnych) zarzutów w zakresie podstaw do odrzucenia oferty Skarżącego jako zawierającej rzekomo rażąco niską cenę,

4) Naruszenie przepisów prawa materialnego w zakresie pkt 1 tiret pierwszy wyroku KIO, tj.:



a) naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 Pzp oraz w zw. z art. 65 Kodeksu cywilnego poprzez błędną wykładnię warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia określonego w rozdziale IV ust. 2 pkt 2.4. SWZ, polegającą na przyjęciu, iż rzezonny warunek stanowi o „jednej dostawie” w rozumieniu „jednej umowy” podczas gdy literalna treść tegoż warunku udziału nie zawiera słowa „jedna” ani też w żadnej części dokumentów zamówienia nie zostało doprecyzowane przez Zamawiającego, że wymagane doświadczenie w realizacji „dostawy wraz z usługą” miały być zrealizowane w ramach „jednej umowy”, co stanowi niedozwoloną modyfikację dokumentów zamówienia po upływie terminu składania i doprowadziło do błędnego uznania, iż Skarżący nie wykazał spełnienia rzezonego warunku udziału w Postępowaniu,

b) naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i bezpodstawne przyjęcie, iż w niniejszym stanie faktycznym zachodzą podstawy do wezwania Skarżącego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia warunku doświadczenia w Postępowaniu, w sytuacji gdy Skarżący prawidłowo i skutecznie wykazał spełnienie tegoż warunku doświadczenia,

5) Naruszenie przepisów prawa materialnego w zakresie pkt 1 tiret drugi wyroku KIO, tj.:

a) naruszenie art. 18 ust. 1 - 3 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i bezpodstawne przyjęcie, iż Zamawiający zaniechał odtajnienia i przekazania Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień Skarżącego dotyczących kalkulacji ceny jego oferty, ze względu na fakt udostępnienia Odwołującemu przez Zamawiającego tegoż uzasadnienia już przed rozprawą w dniu 20.12.2022 r.

W oparciu o powyższe zarzuty, skarżący wniósł o uwzględnienie skargi i oddalenie odwołania w całości, ewentualnie jeśli do dnia wydania orzeczenia przez Sąd zostanie zawarta umowa o udzielenie zamówienia publicznego objętego Postępowaniem - o uwzględnienie skargi i stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP wskazanych powyżej.

Skarżący wniósł także o przeprowadzenie rozprawy, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą pod sygn. akt KIO 3255/22, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Stron z ograniczeniem do przesłuchania Skarżącego w osobie Prezesa Skarżącej Spółki Pana P. W., celem wykazania, iż na rzecz (...), Skarżący zrealizował dostawę wraz z usługą instalacji systemu monitoringu temperatur i wilgotności o wartości ponad 100 000,00 zł, które łącznie stanowiły jedną integralną oraz funkcjonalną całość (jedno zadanie), a także na okoliczność tożsamości przedmiotu zrealizowanej dostawy wraz z usługą na rzecz (...) z przedmiotem zamówienia objętym Postępowaniem oraz wymogiem wynikającym z opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Skarżący wniósł również o zasądzenie od Przeciwnika skargi kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę, Odwołujący wniósł o jej oddalenie, zasądzenie od Skarżącego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, a także pominięcie dowodu wskazanego w skardze, w postaci przesłuchania stron z ograniczeniem do przesłuchania Skarżącego, a także dowodu w postaci oświadczenia wystawcy referencji z dnia 14 grudnia 2022 r. jako nieprzydatnych do wykazania faktu wskazanego przez Skarżącego.

W odpowiedzi na skargę, Zamawiający wniósł o oddalenie skargi, a także zasądzenie od Skarżącego na rzecz Przeciwnika skargi kosztów postępowania według norm przepisanych.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje.**

Skarga zasługiwała na uwzględnienie w całości.

Za zasadne należało uznać zarzuty naruszenia przepisów procesowych poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i dokonanie oceny dowodów sprzecznie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego (art. 542 ust. 1 Pzp).

Zdaniem Sądu Okręgowego, Krajowa Izba Odwoławcza nie dokonała wszechstronnej oceny zebranego materiału dowodowego i nie przedstawiła w tym zakresie logicznego wywodu. Zauważyć tu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), a wydając wyrok (art. 552 ust. 1 Pzp) bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W niniejszej sprawie Izba dokonała dowolnej i wybiórczej, a nie swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów.

Wbrew temu, co wskazała w uzasadnieniu do wyroku Krajowa Izba Odwoławcza Odwołujący/Uczestnik nie wykazał wypełnienia łącznie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. Tymczasem Odwołujący na żadnym etapie postępowania nie powołał się na przesłankę szkody. Uczestnik nawet nie wskazał, że on jako Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, nie podniósł, że w razie uwzględnienia odwołania jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie wskazał jednej z określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanek, tj. poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy. Sąd Okręgowy – przy tak postawionym zarzucie Skarżącego i jego powtórzonym z postępowania odwoławczego uzasadnieniu, uważnie prześledził każde słowo uczestnika zawarte w odwołaniu. Odwołujący nie odniósł się w ogóle do jednej z przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. poniesienia bądź możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Samo posiadanie statusu wykonawcy - podmiotu który złożył ofertę w postępowaniu – i nawet wskazanie, że zajął 2 pozycję w rankingu oceny ofert - nie jest wystraszające do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej określonych ustawą i w zasadzie nie rodzi żadnych skutków procesowych.

Podsumowując, w odniesieniu do przesłanki poniesienia szkody lub jej możliwości Odwołujący nie przedstawił zarówno twierdzenia, jak i jego uzasadnienia. Krajowa Izba Odwoławcza uzupełniła twierdzenia Odwołującego, odnosząc się do „oczywistej szkody”: „oczywistym jest że na skutek błędnej, niezgodnej z przepisami prawa decyzji zamawiającego, odwołujący może nie uzyskać zamówienia , co oznacza, że w takiej sytuacji poniesie szkodę. Na te okoliczności właśnie zwrócił uwagę Odwołujący w treści odwołania”. Tymczasem analiza odwołania prowadzi do odmiennych wniosków, albowiem Odwołujący na takie okoliczności nie zwrócił żadnej uwagi, nie podniósł takiego twierdzenia. W odwołaniu wniesionym w sprawie, Odwołujący uzasadniając interes we wniesieniu odwołania wskazywał jedynie, że „jego oferta jest druga pod względem złożonych ofert oraz kryterium oceny ofert. Tańsza, a tym samym wyżej sklasyfikowana w rankingu ofert - jest aktualnie oferta Wykonawcy (...)”.

Mając na uwadze taki stan faktyczny należy uznać, że Krajowa Izba Odwoławcza po prostu wyszła poza granice zarzutu.

Krajowa Izba Odwoławcza nie może się domyślać przesłanki, nie może jej domniemywać. Co więcej Uczestnik nie tylko, że nie wykazał spełnienia tej przesłanki, ale również nie podniósł żadnej argumentacji w tym zakresie, nawet na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Tymczasem brak wskazania na szkodę, jaką mógłby ponieść odwołujący w wyniku rzekomego naruszenia przepisów PZP przez Zamawiającego, obligowało Krajową Izbę Odwoławczą do oddalenia odwołania. Przesłanka ta - wobec braku twierdzenia Odwołującego wymaganego art. 505 ust 1 Pzp - nie może być przedmiotem interpretacji stanu faktycznego sprawy dokonywanej przez Krajową Izbę Odwoławczą za Odwołującego. Słusznie podniesiono w skardze, iż obowiązkiem Izby jest jedynie ocena wskazanych przez odwołującego przesłanek.

Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp stanowi implementację do prawa krajowego dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz. U. L 335, s. 31), czyli tzw. dyrektywy odwoławczej.

Analiza omawianego przepisu ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że w celu korzystania ze środków ochrony prawnej wykonawca zobowiązany jest wykazać nie tylko interes w uzyskaniu zamówienia, ale także poniesienie lub możliwość poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Obydwie te przesłanki muszą być spełnione łącznie. Ponadto między szkodą grożącą wykonawcy, a naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi w odwołaniu, musi zostać wykazany adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Powyższe wynika z charakteru postępowania odwoławczego. Postępowanie odwoławcze ma bowiem na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, a nie ochronę interesu publicznego przez sprawowanie nadzoru nad prawidłowością prowadzenia postępowania.

Prawidłowo w tym zakresie podnosi Skarżący, iż interesem w uzyskaniu zamówienia nie jest wskazywana przez Odwołującego „konieczność zapewnienia zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami (interes prawny sensu largo)”. Wprawdzie szerokie zakreślenie w ustawie kręgu osób legitymowanych do wniesienia środka ochrony prawnej ma swoje źródło w postanowieniach art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, który stanowi, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, jednakże który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Sąd Okręgowy, Sąd Zamówień Publicznych ponownie wskazuje, że w okolicznościach przedmiotowego postępowania, przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, nie została wykazana. Jak zostało już wskazane powyżej, kolejna materialnoprawna przesłanką wniesienia odwołania, czyli zaistnienie lub potencjalne zaistnienie szkody, nie została spełniona przez Odwołującego (Odwołujący nigdy nie powołał się na nią) Pzp nie wskazuje, czy chodzi o stratę (tj. szkodę majątkową), czy także o krzywdę (szkodę niemajątkową). W zakresie omawianej przesłanki, Odwołujący w ogóle nie przedstawił żadnego twierdzenia i żadnej argumentacji. Bezprawne było twierdzenie Izby, iż przesłanka szkody w tym wypadku jest oczywista, bowiem obowiązek wskazania na szkodę we wniesieniu odwołania spoczywał na Odwołującym, a nie na Krajowej Izbie Odwoławczej.

Reasumując tę część rozważań Sądu Okręgowego, zasadnym jest podniesienie, że brak wykazania spełnienia przesłanek wynikających z art. 505 ust. 1 Pzp stanowiło wystarczającą podstawę do oddalenia odwołania wniesionego w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Sądu Okręgowego zasługiwał na uwzględnienie również zarzut dotyczący błędnej interpretacji warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Przedmiotem sporu w tym zakresie jest interpretacja warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, który został sformułowany w następujący sposób (rozdział IV ust. 2 pkt 2.4. SWZ - w brzmieniu nadanym modyfikacją SWZ z dnia 11 października 2022 r.):

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

1) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował należycie dostawę wraz z usługą instalacji systemu monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych o wartości minimum 100 000.00 zł brutto.

Przytoczony warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, stanowi o:

- i. dostawie wraz z usługą;
- ii. wartości tychże (dostawy wraz z usługą), która miała wynosić co najmniej 100.000 tysięcy zł brutto oraz

(...). czasie w jakim dostawa wraz z usługą miały być wykonane tj. w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, tj. w okresie od 3 listopada 2019 r. do 3 listopada 2022 r. (dnia 3 listopada 2022 r. upływał termin składania ofert).

Rację ma zarówno Skarżący, jak i Zamawiający (odpowiedź na odwołanie), że z przedstawionego przez Skarżącego wykazu i referencji wynikały wszystkie ww. okoliczności. Skarżący wykazał, że:

i. na podstawie umowy nr (...) z dnia 30 marca 2022 r. wykonał dostawę czujników monitoringu temperatury i wilgotności wraz z ich instalacją oraz na podstawie umowy nr (...) z dnia 8 października 2021 r. usługę instalacji systemu monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych;

ii. wartość ww. dostawy wraz z usługą to łączna kwota 109 082,55 zł brutto, a zatem więcej niż wymagane minimum 100 000,00 zł brutto;

(...). dostawa została wykonana w terminie 28 dni od dnia zawarcia umowy - 30 marca 2022 r., a usługa instalacji została wykonana w okresie 8 października - 2 grudnia 2021 r., a zatem dostawa wraz z usługą zostały wykonane w wymaganym okresie 3 lat przed terminem składania ofert;

a dodatkowo wskazana dostawa wraz z usługą – co podkreślał sam Zamawiający w toku postępowania odwoławczego - zostały wykonane dla jednego zamawiającego - (...) w jednym projekcie stanowiącym funkcjonalną całość, co dodatkowo potwierdza oświadczenie przedstawiciela wystawcy referencji z dnia 14 grudnia 2022r., który to dowód został przez Izbę zupełnie pominięty. (okoliczności bezsporne)

Rację ma Skarżący, że Izba całkowicie dowolnie i w oderwaniu od literalnego brzmienia powołanego warunku przyjęła, że rzeczony warunek wymaga legitymowania się „co najmniej jedną dostawą”, a dalej, iż „w celu potwierdzenia warunku, wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia stosownego wykazu, wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie umowy „referencyjnej”” (akapit trzeci, strona 8 uzasadnienia wyroku KIO z dnia 23.12.2022r. KIO 3255/22), a to w konsekwencji skutkowało błędnym przyjęciem przez Krajową Izbę Odwoławczą, że dla skutecznego wykazania doświadczenia dany wykonawca mógł powołać się tylko na „jedną umowę”.

W ocenie Sądu Okręgowego zacytowany wcześniej fragment SWZ stanowi całość uregulowania dotyczącego rzeczonych warunków udziału w Postępowaniu. Jak więc wynika z powyższego, warunek ten na pewno nie zawierał w swej treści ani sformułowania „co najmniej jedną dostawą” ani tym bardziej nie odwoływał się do jednej umowy referencyjnej”. W postanowieniach SWZ brak jest ponadto zapisu, z których wynika konieczność przedłożenia dowodów potwierdzających należyte wykonanie „umowy referencyjnej”. W dokumentach zamówienia (podobnie jak w wezwaniu do złożenia podmiotowych środków dowodowych) wskazano (rozdział IV ust. 2 pkt 2.4. SWZ), iż wykonawca zobowiązany jest przedłożyć: Wykaz dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Wzór wykazu stanowi załącznik nr 8 do SWZ. SWZ wyraźnie zatem wskazywał więc, że dowody mają dotyczyć należytego wykonania dostaw lub usług, a nie „umowy „referencyjnej”, jak wskazuje KIO w uzasadnieniu swojego wyroku. Błędne ustalenia Izby skutkowały bezpodstawnym uznaniem, iż doświadczenie, jakim miał się legitymować Skarżący musiało zostać zdobyte w ramach realizacji jednej umowy. Skarżący tymczasem stworzył jeden system monitoringu temperatur w ramach dwóch umów i wypełniało to konieczny warunek udziału w Postępowaniu zgodnie z treścią SWZ. Skarżący, na rzecz (...) (wystawcy referencji) zrealizował bowiem:

- dostawę oprogramowania umożliwiającego obsługę nieograniczonej liczby czujników dla parametrów: temperatura, wilgotność umieszczonych w np. lodówkach, zamrażarkach, pomieszczeniach, wraz z czujnikami (temperatur i wilgotności) - umowa nr (...) z dnia 8.10.2021 r.;

- dostarczył, zainstalował i skonfigurował czujniki monitoringu temperatury i wilgotności w (...) w L. - umowa nr (...) z dnia 30.03.2022 r.

Inaczej rzecz ujmując, Skarżący w ramach pierwszej umowy dostarczył odpowiednie oprogramowanie wraz z czujnikami (dokonał wówczas usługę instalacji systemu monitoringu), a w ramach kolejnej umowy dostarczono kolejne czujniki podłączone do tego samego oprogramowania i w ten sposób tworzą one jeden system monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych (o wartości wyższej niż 100 000,00 zł brutto). Potwierdza to, iż na rzecz jednego podmiotu dokonano dostawę wraz z usługą instalacji. Rację ma Skarżący, że nie jest w tym zakresie istotnym, że czujniki montowane były w różnych miejscach ((...) oraz (...)). Prace wykonane na rzecz (...) są ze sobą immanentnie powiązane, ponieważ służyły one rozbudowie infrastruktury jednego i tego samego podmiotu - (...), działającego w ramach kilku jednostek (oddziałów). Wszystkie czujniki dostarczone w ramach ww. umów podłączone są do jednego i tego samego oprogramowania - systemu (...) i w ten sposób tworzą jedną, nierozzerwalną całość - to jest jeden system umożliwiający weryfikację temperatury otoczenia w różnych lokalizacjach, ale przez ten sam podmiot, który po prostu posiada liczne oddziały. Wykonanie takiej instalacji w różnych miejscach tworzy jedną i nierozzerwalną całość i tę samą dostawę, mając na uwadze choćby fakt, że w ramach zamówienia stanowiącego przedmiot obecnego Postępowania instalacja czujników ma zostać wykonana w siedzibie głównej oraz w 9 oddziałach terenowych.

Powtórzenia wymaga, że w reżimie zamówień publicznych dopuszczalną praktyką jest podział zamówienia na części, w wyniku których zawierane są odrębne umowy. Sposób działania (...) wskazuje, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem podzielonym na części. Zamawiający bardzo często dzieli zamówienia z przyczyn finansowych, bądź organizacyjnych i udziela zamówień w częściach w zależności od okoliczności, w których się znajdują (w szczególności pozyskanego dofinansowania). Doświadczenie jest kwestią faktyczną (realną), zatem można je nabyć w takim samym zakresie, realizując jedną lub więcej umów, jeśli są realizowane w taki sam sposób, jak byłyby lub mogłyby być realizowana jedna umowa, jak miało to miejsce w przypadku umów realizowanych na rzecz (...) przez Skarżącego. Rację ma też Skarżący, że nie ma też znaczenia, że prace na rzecz (...) nie były realizowane w tym samym momencie, gdyż żaden wymóg „tożsamości czasowej” nie jest wyartykułowany w dokumentach zamówienia i stanowiłby nieuprawnioną wykładnię warunku.

Niezależnie od powyższego nieuprawnionym jest w ogóle utożsamianie użytego w treści rzezonego warunku udziału w postępowaniu pojęcia „dostawa” z pojęciem „umowa” - mianowicie dostawa może być realizowana w ramach kilku umów, a istotnym jest faktycznie zdobyte doświadczenie, jakim legitymuje się dany wykonawca. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie wskazuje się, iż: „Przechodząc do merytorycznego rozpatrzenia zagadnienia rozumienia analizowanego warunku, tj. w pierwszej kolejności do rozumienia określenia „co najmniej jednej roboty budowlanej”. Zamawiający w rozdziale dotyczącym warunków udziału w postępowaniu nie definiuje, ani nie precyzuje tego pojęcia. Zamawiający nie przyjął na potrzeby postępowania definicji pojęcia roboty budowlanej jako wykonania zadania na podstawie jednej umowy; jednego zamówienia czy też jednego projektu. Jeśli zatem takiego zastrzeżenia nie było, zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zastrzyć wymagań, a wszelkie nieprecyzyjne postanowienia SWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków wobec podmiotów uczestniczących w przetargu. Interpretacji pojęcia "roboty budowlanej" należy dokonywać w kontekście konkretnego zamówienia i brzmienia SWZ. Skoro nie istnieje ogólna dyrektywa nakazująca uznawanie roboty budowlanej za jedną umowę czy też jedno zadanie, zasadne jest przyjęcie, że robotą budowlaną może być całość działań dotyczących pewnego obszaru i w ramach tak rozumianego pojęcia można było ją wykonać na podstawie kilku umów czy też w ramach kilku zadań. (...). W ocenie Izby ograniczenie jednej roboty budowlanej do jednej umowy/jednego zadania, nie wydaje się właściwe, skoro celem winna być możliwość zweryfikowania jakie prace wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z nimi poradził (tak: wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2351/19)" - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2022 r., KIO 282/22

Odnosząc powyższy pogląd do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy należy stwierdzić, że skoro Zamawiający nie wyłączył wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ możliwości powołania się na dwie lub większą liczbę umów,

to zsumowanie wartości kilku umów było dopuszczalne, a wykazywany w ten sposób warunek udziału w postępowaniu należy uznać za spełniony. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2021 r., KIO 3533/20)

„Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby dopuszczalność sumowania doświadczenia zdobytego na gruncie realizacji kilku umów była uzależniona od istnienia stosownego, wyraźnego zapisu SIWZ. Gdyby bowiem intencją Zamawiającego było wykazanie się doświadczeniem w realizacji usługi wykonywanej wyłącznie w oparciu o jedną umowę, to Zamawiający wprowadziłby odpowiednie zastrzeżenie do treści pkt 7.1.A lit. a SIWZ. Zamawiający jednakże tego nie uczynił. (...). Zgodzić się należy z Przystępującym, że warunek udziału w postępowaniu winien abstrahować od okoliczności, które są następstwem przypadku, a powinien odnosić się do obiektywnych walorów wykonawcy, potwierdzających jego zdolność. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający nie wprowadził wymagania, aby usługa którą miał wykazać się wykonawca celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, musiała obejmować tylko jedną umowę” - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2019 r. KIO 2018/19

Rację ma Skarżący, że w każdym z ww. orzeczeń, wykonawca wykazujący się warunkiem udziału w postępowaniu w postaci usługi, dostawy, bądź roboty budowlanej, powoływał się na doświadczenie zdobyte w ramach co najmniej dwóch umów. Izba każdorazowo w takim wypadku kontrolowała postanowienia dokumentów zamówienia badając, czy zastrzeżono, że doświadczenie ma być realizowane w ramach jednej umowy, jeżeli takiego zastrzeżenia nie było, dopuszczała możliwość legitymowania się doświadczeniem zdobytym w ramach kilku umów.

Ponadto, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2020 r. KIO 671/20, słusznie podkreślono możliwość sumowania wartości umów, nawet gdy nie były realizowane w tym samym okresie, tylko wykonywano je po sobie, gdy umowy te są ze sobą odpowiednio, funkcjonalnie powiązane, tak jak ma to miejsce w tym przypadku, gdzie mówimy o tworzeniu jednego systemu monitoringu temperatur niejako sukcesywnie na rzecz tego samego podmiotu ((...)), w zależności od jego ograniczonych możliwości finansowych. W orzecznictwie wskazuje się nawet, iż dozwolone jest sumowanie doświadczenia z dwóch umów, które nie są ze sobą w żaden sposób powiązane i to nawet gdy są realizowane na rzecz różnych podmiotów (zważywszy, że w SWZ inaczej nie postanowiono i kwestia ta nie została doprecyzowana), a wszystko w imię fundamentalnej zasady przejrzystości postępowania, jak też uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2021 r., KIO 617/21).

„Ocena spełnienia warunków winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji, po upływie terminu składania ofert, nie jest dopuszczalna ani rozszerzająca, ani zawężająca interpretacja warunku udziału w postępowaniu. Nieujawnione w dokumentacji postępowania intencje czy interpretacje zamawiającego nie mogą decydować o treści warunku. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może interpretować wymagań specyfikacji w sposób bardziej rygorystyczny niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłyby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji warunku, co powodowałoby w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a w szczególności art. 7 ust. 1 Pzp. Jeżeli warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełnienia, to należy zastosować ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy.” - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 3 lipca 2020 r., KIO 1001/20.

Zaskarżone orzeczenie obrazuje nieprawidłowe działania ze strony KIO, która nie dokonała literalnej wykładni warunku udziału w Postępowaniu, lecz dokonała takiej interpretacji, które z tego warunku literalnie nie wynikają, a dodatkowo nie zostały nawet potwierdzone przez samego Zamawiającego. Przeciwnie Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie wskazał jednoznacznie, że treść warunku nie wymagała realizacji wymaganej „dostawy wraz z usługą” w ramach jednej umowy.

Poza sporem pozostaje ponadto okoliczność, że sam Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Zamawiający podkreślił – za Skarżącym – w toku postępowania odwoławczego, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert (...) Skarżący zrealizował należycie co najmniej jedną dostawę wraz z usługą instalacji systemu monitoringu

temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych o wartości minimum 100 000,00 zł brutto. Zamawiający uznał, że wykonawca udowodnił niezbędny potencjał techniczny i zawodowy z następujących powodów:

- zamówienie były wykonywane na rzecz tego samego zamawiającego tj. (...)
- zamówienia dotyczyły wykonania systemu monitoringu temperatury i wilgotności w placówkach tego samego Zamawiającego
- obie dostawy stanowiły elementy całościowego i zintegrowanego systemu monitoringu temperatury i wilgotności.

Zamawiający mając na uwadze zapis w SWZ sam uznał, że: „wykonanie takich dostaw stanowiło spełnienie wymogów zamawiającego zawartych w SWZ”.

Krajowa Izba Odwoławcza pominęła w swoich rozważaniach treść art. 37 ust. 1 Pzp, w którym została wyrażona zasada, iż to zamawiający odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz organizację konkursu. Zamawiający jest więc zobowiązany do podejmowania wszystkich niezbędnych działań zmierzających do skutecznego osiągnięcia celu, jakim jest zawarcie umowy z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych. Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w R., jako gospodarz postępowania posiadało zatem pełne uprawnienie do ustanawiania wymogów realizacji zadania (usługi) w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie celu, jaki zamierza osiągnąć (por. wyrok KIO z dnia 18 marca 2019 r., sygn. akt KIO 358/19). Specyfikacja warunków zamówienia to najważniejszy dokument spośród tzw. dokumentów zamówienia, o których stanowi art. 7 pkt 3 Pzp. Jest to dokument sporządzony przez zamawiającego, służący do określenia lub opisanego warunków zamówienia (tak. E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 134). Dokument ten pozwala wykonawcom dowiedzieć się, czego dokładnie oczekuje od nich zamawiający, czy są w stanie wykonać dane zamówienie oraz jakie są warunki udziału w postępowaniu. Stanowi ona oświadczenie woli zamawiającego, które podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 k.c. Z kolei oferta na gruncie ustawy Pzp. to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (zob. wyrok KIO z dnia 31 października 2019 r., sygn. akt KIO 2098/19). Zatem wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy, co ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Jak zostało to również podkreślone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 38/17 należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, (...)«. Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«.

Powtarzając ponownie, to Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SWZ. Analiza powołanego powyżej zapisu Specyfikacji Warunków Zamówienia prowadzi do wniosku, iż Zamawiający nie wskazał, że pojęcie dostawa wraz z usługą, utożsamia z jedną umową. Omawiany warunek udziału w postępowaniu, jak słusznie podnosi zatem Skarżący, nie zawierał w swej treści sformułowania: „co najmniej jedną dostawą”, czy też nie odwoływał się do jednej umowy referencyjnej. Wykonawca (...) sp. z o.o. przedstawił „Wykaz doświadczenia”, gdzie wskazał na realizację zamówienia pn.: Dostawa wraz z instalacją systemu monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych, za kwotę 109 082,55 zł. Jednocześnie Wykonawca ten załączył dokument referencji, w którym wskazano, że Wykonawca (...) sp. z o.o. „należycie zrealizował dla (...) umowę nr (...) z dnia 30.03.2022 r. na dostawę czujników monitoringu temperatury i wilgotności wraz z ich instalacją, oraz umowę nr (...) z dnia 08.10.2021 r. na dostawę systemu monitorowania temperatury na łączną kwotę 109 082,55 zł.” W ocenie Sądu Okręgowego, uznać należy omawianą kwestię za udowodnioną za pomocą zgromadzonych środków dowodowych, wobec czego brak było podstaw do wezwania Wykonawcy (...) sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Za Skarżącym podnieść należy, iż brak jest podstaw do

utożsamiania użytego w treści warunku udziału w postępowaniu pojęcia „dostawa” z pojęciem „umowa”, gdyż dostawa może być realizowana w ramach kilku umów, a istotnym jest faktycznie zdobyte doświadczenie, jakim legitymuje się dany wykonawca. Zresztą sam Zamawiający nie określił, co rozumie przez dostawę wraz z usługą, w szczególności nie wskazał, że pojęcie to utożsamia z jedną umową. W tym zakresie na aprobatę zasługuje powołany w skardze wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 r., sygn. akt C-387/14, w którym podniesiono, że: „art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust.2lit.a tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich”.

Mając na uwadze analizę zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia, a przede wszystkim stanowisko samego Zamawiającego, twórcy tego konkretnego dokumentu, jakim jest SWZ, wskazać należy, że interpretacja warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą jest błędna, co czyni bezzasadnym nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowne wezwanie Skarżącego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Dokonana przez Izbę ocena spełnienia warunku doświadczenia przez Skarżącego jest błędna i prowadzi do wyeliminowania Skarżącego z Postępowania i pozbawienia go możliwości podpisania umowy z Zamawiającym i zrealizowania zamówienia mimo, iż spełnia warunki w Postępowaniu i złożył najkorzystniejszą ofertę.

KIO wyrokiem z dnia 23 grudnia 2022 r. w sposób bezpodstawny również uwzględniła zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia i przekazania przez Zamawiającego uzasadnienia w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień, co do kalkulacji ceny oferty przez Skarżącego. W niniejszej sprawie nie doszło jednakże do odmowy udostępnienia Odwołującemu przez Zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Okoliczność ta nie wynika z żadnego z dokumentów stanowiących materiał dowodowy w sprawie. Co więcej, Zamawiający, wbrew stanowisku Izby, potwierdził na rozprawie udostępnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa 20 grudnia 2022 r. o godz. 8.00, co stanowi odzwierciedlenie w protokole z rozprawy z dnia 20.12.2022r (strona 4).

Zgodnie z art. 552 ust. 1 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza wydając wyrok bierze pod uwagę również te okoliczności, które zostały ustalone w toku postępowania odwoławczego i przebiegu rozprawy. Tym samym niezbędne jest uwzględnienie także tych czynności zamawiającego, które zostały dokonane po wniesieniu odwołania, a przed zamknięciem rozprawy. W konsekwencji KIO wydając orzeczenie, zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobligowana jest również uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu, do czasu zamknięcia rozprawy. W niniejszej sprawie Zamawiający udostępnił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Skarżącego jeszcze przed rozprawą - w konsekwencji dokonał czynności, której zaniechanie mu zarzucono. Rację ma Skarżący, że tym samym w niniejszej sprawie czynność stanowiąca podstawę niniejszego odwołania przestała istnieć na moment zamknięcia rozprawy, co oznaczało brak substratu zaskarżenia i w konsekwencji uniemożliwiało uwzględnienie takiego zarzutu. (tak też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2021 r., KIO 1932/21). W konsekwencji zarzut odwołania naruszenia art. 18 ust. 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia przez Zamawiającego zastrzeżenia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Skarżącego, nie mógł zostać uwzględniony i podlegał oddaleniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie mogła uwzględnić zarzutu zaniechania danej czynności, która została wykonana przed zamknięciem rozprawy, która to chwila jest miarodajna do ustalenia ostatecznego stanu faktycznego w sprawie. Nawet gdyby uznać, że twierdzenia Zamawiającego odnośnie przekazania w/w dokumencie Odwołującemu przed rozprawą w dniu 20 grudnia 2022 r. jest niezgodne z prawdą, to i tak jak słusznie wskazał Skarżący, naruszenie art. 18 ust. 1 – 3 Pzp nie będzie miało żadnego wpływu wobec postawienia przez Odwołującego dalszych definitywnych (a nie ewentualnych) zarzutów w zakresie podstaw do odrzucenia oferty Skarżącego, jako zawierającej rzekomo rażąco niską cenę. Zarzut odwołania dotyczący rzekomo rażąco niskiej ceny nie był zarzutem ewentualnym, lecz zarzutem stanowczym. Nie było podstaw do uznania



tego zarzutu za przedwczesny, skoro został sformułowany w sposób stanowczy, a Odwołujący w sposób definitywny domagał się jego rozpatrzenia.

W ocenie Sądu Okręgowego zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony, Odwołujący bowiem w zakresie wystąpienia rażąco niskiej nie wskazał na czym rzekomo rażąco niska cena miałaby polegać. W uzasadnieniu odwołania, jak i w dalszym toku postępowania (co i tak nie było już możliwe), nie odniesiono się merytorycznie co do tego, dlaczego Odwołujący stoi na stanowisku, iż oferta Skarżącego zawiera rażąco niską cenę. Przez cały czas trwania postępowania sądowego Odwołujący miał możliwość zapoznania się z dokumentem, objętym tajemnicą przedsiębiorstwa Skarżącego – nawet gdyby przyjąć, że do przekazania takiego dokumentu nie doszło przed wydaniem wyroku przez KIO. (Odwołujący zresztą nigdy nie wskazywał na żadne utrudnienia ze strony Zamawiającego odnośnie udostępnienia w/w dokumentu) Oczywistym jest, że o jej wystąpieniu nie może świadczyć różnica pomiędzy kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, a ceną oferty Skarżącego (zwłaszcza mając na uwadze fakt, iż cena Odwołującego jest droższa o jedyne 24 962,85 zł brutto). Skarżący w toku badania i oceny ofert przedłożył stosowne wyjaśnienia, potwierdzające realność oferowanej ceny. Jak wskazano już w odpowiedzi Skarżącego na odwołanie: „Zmiana rozkładu ciężaru dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny nie oznacza, że odwołujący może poprzestać na ogólnikowym zanegowaniu prawidłowości złożonych wyjaśnień, bez wyspecyfikowania, na czym ich wadliwość polega i bez przedstawienia wywodu uzasadniającego te twierdzenia. Badaniu Izby podlega dokonana przez zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień, ale w granicach okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zarzutów, przy ogólnikowo sformułowanym zarzucie nie jest natomiast zobowiązana samodzielnie poszukiwać braków w wyjaśnieniach i ich wpływu na rzetelność kalkulacji ceny. Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a granice zarzutów wyznaczają m.in. okoliczności faktyczne, z których odwołujący wywodzi naruszenie przepisów prawa” - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2020 r., KIO 1038/20.

W konsekwencji, nawet gdyby zarzut w zakresie nieudostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia złożonej kalkulacji ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa uznać za prawidłowy, to i tak nie miałyby to wpływu na wynik postępowania (a tylko takie zarzuty mogą podlegać uwzględnieniu), z tego tytułu, iż Odwołujący nie wykazał, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a podnosząc stanowczy zarzut w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny, doszło do wystąpienia powagi rzeczy osądzonej w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny. Nawet po udostępnieniu Odwołującemu rzeczonych uzasadnienia zastrzeżenia kalkulacji ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący nie mógłby podnosić zarzutów w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny, ponieważ ze względu na podniesienie tego zarzutu już w postępowaniu przez Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygn. akt: KIO 3255/22 zarzut w tym zakresie zyskał status powagi rzeczy osądzonej.

„W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy 8 ust. 1 i 3 ZamPublU, przez zaniechanie ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz załączonych do wyjaśnień dowodów. Naruszenie to nie może mieć jednak żadnego wpływu na wynik postępowania, biorąc pod uwagę, że kwestia zaoferowania przez Przystępującego rażąco niskiej ceny została oceniona przez Izbę w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Skoro Odwołujący zdecydował się na podniesienie tego zarzutu bez znajomości pełnej treści wyjaśnień i - zgodnie z treścią odwołania i wyraźnym oświadczeniem złożonym podczas posiedzenia Izby - zarzut ten nie miał charakteru ewentualnego (nie został podniesiony na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa), to musiał liczyć się z tym, że zarzut rażąco niskiej ceny zostanie objęty powagą rzeczy osądzonej. W związku z tym ujawnienie pełnej treści wyjaśnień nie uprawniałoby Odwołującego do ponownego zakwestionowania zaoferowanej przez Przystępującego ceny w ramach kolejnego postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. A contrario, odwołanie nie może zostać uwzględnione w sytuacji, gdy stwierdzone naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, jak to ma miejsce w rozpoznawanej sprawie” – (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2021 r., KIO 1611/21).

Mając na uwadze całokształt powyższych okoliczności, uznając podniesione w skardze zarzuty i argumenty za zasadne, na podstawie art. 588 ust. 2 Pzp, Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok w pkt 1 i oddalił odwołanie.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono zaś na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Przeciwnik skargi przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami postępowania skargowego poniesionymi przez skarżącego w całości. Na koszty postępowania poniesione przez skarżącego złożyły się opłata od skargi w kwocie 22 500 zł oraz wynagrodzenie reprezentującego go radcy prawnego w kwocie 3 600 zł, ustalone na podstawie § 14 ust. 2a pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 265 z późn. zm.) § 14 ust. 2a dodany rozporządzeniem z dnia 19.12.2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 2726), które weszło w życie 6.01.2023 r. – brak przepisów przejściowych.

Sędzia Sylwia Paschke