

Sygn. akt **XXIII Zs 68/21**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 września 2021 r.

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

Przewodniczący: sędzia Anna Krawczyk

Sędziowie: Monika Skalska

Anna Żuława

Protokolant: protokolant Weronika Banach

po rozpoznaniu w dniu 10 września 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego (...) spółki akcyjnej w W.

odwołującego (...) spółki akcyjnej w W.

przystępującego po stronie zamawiającego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G.

na skutek skargi odwołującego od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 21 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 793/21

1. oddała skargę,
2. zasądza od odwołującego (...) spółki akcyjnej w W. na rzecz zamawiającego (...) spółki akcyjnej w W. kwotę 12.500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Monika Skalska Anna Krawczyk Anna Żuława

Sygn. akt **XXIII Zs 68/21**

UZASADNIENIE

Zamawiający - (...) S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Odcinek D - Roboty budowlane na linii kolejowej nr (...) ode. G. - K. realizowane w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym B. - T.”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lipca 2020 r. pod numerem (...).

W dniu 12 marca 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechać zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca (...) S.A. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy (...), pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania

warunku udziału w Postępowaniu określonego w Części 8.6.1 d) dotyczącego wykonania co najmniej 1 (jednej) Budowy lub Przebudowy co najmniej 1 (jednego) systemu stacyjnych, scentralizowanych

urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym), na stacji liczącej co najmniej 10 (dziesięciu)

zwrotnic, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie uznania za

odrzuconą ofertę złożoną przez (...),

2. art. 24 ust. 1 pkt 16) - 17) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia (...) z Postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie wprowadzających w błąd informacji wskazujących na fakt, że legitymuje się doświadczeniem polegającym na wykonaniu co najmniej 1 (jednej) Budowy lub Przebudowy co najmniej 1 (jednego) systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym), na stacji liczącej co najmniej 10 (dziesięciu) zwrotnic, a zatem podał informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd mające (lub mogące mieć) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie uznania za odrzuconą ofertę złożoną przez (...),

3. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 10) Rozporządzenia ws. dokumentów poprzez zaniechanie wezwania (...) do złożenia wyjaśnień w zakresie czasowego zaangażowania Pana P.G. w odniesieniu do realizacji, na której wskazana osoba pełniła jednocześnie funkcję Dyrektora kontraktu, jak i kierownika robót branży torowej - (...) oraz (...)/ (...) poziom (...) na odcinku W. - K. w km 3,900 - 104,918 linii nr 1 i K. - Ł. w km 26,400 - 7,200 linii nr (...) oraz funkcji z-cy Dyrektora kontraktu - kierownika robót branży torowej w specjalności linie, węzły i stacje kolejowe/ Dyrektor kontraktu - kierownik budowy na kontrakcie Zarządzanie projektem pn.: „Modernizacja linii kolejowej (...) na odcinku W. - G., obszar (...)”,

a alternatywnie, w przypadku braku potwierdzenia niespełniania warunku udziału w Postępowaniu na skutek złożenia przez (...) wyjaśnień, zarzucam naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 10) Rozporządzenia ws. dokumentów poprzez zaniechanie wezwania (...) do wykazania przez Wykonawcę: dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w zakresie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, zgodnie z pkt 8.6.2 a) 1. IDW,

4. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 3) Rozporządzenia ws. dokumentów poprzez zaniechanie wezwania (...) do złożenia wyjaśnień co do realności dysponowania sprzętem niezbędnym do realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia, tj. co najmniej 1 zestawem o min. 3 szt. wagonów do transportu rozjazdów w blokach, a alternatywnie w przypadku braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu na skutek złożenia przez (...) wyjaśnień, zarzucam naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. § 2 ust. 4 pkt 3) Rozporządzenia ws. dokumentów poprzez zaniechanie wezwania (...) do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Części 8.6.2 b) k) w zakresie warunku 8.2.3 IDW, tj. „Dostępności do niżej wymienionych narzędzi i urządzeń technicznych w celu realizacji Zamówienia: co najmniej 1 zestaw o min. 3 szt. wagonów do transportu rozjazdów w blokach”,

5. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp poprzez zaniechanie kompleksowego wyjaśnienia kwestii wcześniejszego zaangażowania Pani E.B. w przygotowanie i prowadzenie niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego, zanim osoba ta została zatrudniona przez wykonawcę (...), który złożył w niniejszym postępowaniu ofertę uznaną przez Zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą,

ewentualnie, w przypadku potwierdzenia się okoliczności polegającej na podaniu przez (...) informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w odniesieniu do zaangażowania Pani E.B. w przygotowanie przedmiotowego Postępowania, zarzucam Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył następujące przepisy:

6. art. 24 ust. 1 pkt 19) i w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia (...) z Postępowania w wyniku potwierdzenia się okoliczności, że Pani E.B. była zaangażowana w przygotowanie przedmiotowego Postępowania i w konsekwencji zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania,

7. art. 24 ust. 1 pkt 16) - 17) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia (...) z Postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie wprowadzających w błąd informacji wskazujących na fakt, że nie podlega on wykluczenia z udziału w Postępowaniu, a zatem podał informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd mające (lub mogące mieć) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania za odrzuconą ofertę złożoną przez (...).

Ponadto, zdaniem odwołującego w konsekwencji powyższego zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p., poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażające się w zaniechaniu dokonania prawidłowej czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę (...) Sp. z o.o. w G., zwanego przez odwołującego (...).

Wobec wyżej wskazanych zarzutów odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia (...) z postępowania i uznania złożonej przez tego wykonawcę oferty za odrzuconą, a w zakresie zarzutu alternatywnego wezwania do złożenia wyjaśnień i/lub uzupełnienia dokumentów o nakazanie tej czynności zamawiającemu.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego stanowisku procesowym.

Wyrokiem z dnia 21 kwietnia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1 umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 p.z.p. w zw. z § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 poz. 1282), alternatywnie naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p. w zw. z § 2 ust. 4 pkt 10 ww. rozporządzenia, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy (...) Sp. z o.o. w G. do złożenia wyjaśnień w zakresie czasowego zaangażowania osoby proponowanej na stanowisko kierownika budowy (pan P.G., wykaz osób lit. a poz. 1) w odniesieniu do dwóch inwestycji, na których osoba ta pełniła jednocześnie funkcję dyrektora/zastępcy dyrektora kontraktu i kierownika robót branży torowej/budowy, alternatywnie zaniechania wezwania wykonawcy (...) Sp. z o.o. w G. do wykazania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy (rozdział 8 pkt 8.6.2. lit. a pozycja nr 1 SIWZ, tom I IDW), w pkt 2 w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie, a w pkt 3 kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu w wysokości 20 000,00 zł obciążyła odwołującego (...) S.A. w W..

Izba uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie nie posiada uzasadnionej podstawy i jako takie podlegało oddaleniu. Izba wskazała również, że zgodnie z oświadczeniem złożonym na posiedzeniu, odwołujący dokonał modyfikacji swojego stanowiska procesowego i wycofał zarzut nr 3 z petitum odwołania, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego w tym zakresie i znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku.

W przedmiocie zarzutu nr 1 z petitum odwołania Izba wskazała, że na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej i zawodowej (rozdział 8 pkt 8.6.1. lit. d SIWZ, tom I IDW), w zakresie legitymowania się doświadczeniem, polegającym na wykonaniu, w okresie pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jednej budowy lub przebudowy systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK na stacji liczącej co najmniej

dziesięć zwrotnic, przystępujący wskazał zamówienie dotyczące modernizacji linii kolejowej W. - Ł., etap II, Lot A - odcinek W. - M. (S.) (dalej zwane jako „projekt M.”), realizowane na rzecz obecnego zamawiającego. W kolumnie przedmiot wykonywanych robót wpisano m.in. budowę systemów stacyjnych scentralizowanych urządzeń SRK na stacji G., a także wskazano, że doświadczenie to nie jest zdolnością innego podmiotu, a doświadczeniem własnym przystępującego (pozycja nr 1 wykazu robót budowlanych, załącznik nr 6 z 19.01.2021 r. do odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust.1 p.z.p.).

W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy, w sposób spójny i logiczny pozwalał na przyjęcie wniosku, że działający jako lider przystępujący był uprawniony do koordynowania robót całego konsorcjum, a także był bezpośrednio i faktycznie zaangażowany w proces realizacji prac z branży SRK w G. w zakresie projektu M., czyli brał realny udział w przedmiocie wykonania roboty referencyjnej, także w zakresie prac wykonywanych przez podwykonawcę. Przystępujący bezpośrednio koordynował nadzorował roboty wykonywane w ramach przedmiotowej inwestycji, w tym w branży automatyka, w ramach której realizowano SRK, potwierdza to także czynny udział ww. pracowników w realizacji referencyjnej inwestycji. Ponadto, pełnił on nadzór nad realizacją umów podwykonawczych, przyjmując za nie odpowiedzialność względem zamawiającego.

Natomiast odwołujący nie zdołał podważyć wniosków wynikających z dowodów złożonych przez przystępującego, opierając swoje stanowisko na wybiórczym przedstawieniu okoliczności faktycznych, związanych głównie z realizacją umowy przez konsorcjum w początkowej jej fazie. Odwołujący podnosił, że spornym doświadczeniem może legitymować się członek konsorcjum - (...) S.A. w W., która jego zdaniem przejęła realizację robót polegających na budowie SRK na Stacji G., co wywodziło z umów wykonawczych (umowa wykonawcza z 21.10.12.2010 r. nr (...), umowa wykonawcza z 04.03.2011 r. nr (...)), a przystępujący jako partner konsorcjum, a następnie lider nie był nawet stroną pośredniczącą w realizacji SRK na tym zadaniu.

W ocenie składu orzekającego stanowisko odwołującego bazowało na wycinkowej prezentacji stanu faktycznego, bowiem wykonawca ograniczył się do przedstawienia swoich tez w oparciu o to w jaki sposób, w pierwotnej fazie realizacji zamówienia, strony umowy konsorcjum podzieliły obowiązki i odpowiedzialność w ramach wewnętrznych rozliczeń, także z pominięciem, że lider - zgodnie z § 2 ust. 2 lit. h umowy konsorcjum z dnia 8 grudnia 2009 r. - został upoważniony przez członków do koordynowania wykonania kontraktu, w tym koordynowania robót partnerów. Zatem niezależnie od wewnętrznych podziałów, które mogą być podstawą do roszczenia regresowego pomiędzy konsorcjantami, to dalej lider, którego funkcję po ogłoszeniu upadłości układowej przez Przedsiębiorstwo (...) S.A. w W. przejął przystępujący, koordynował i nadzorował całość kontraktu. Natomiast realne zaangażowanie lidera w prace SRK na stacji G. udowodniono niepodważonymi przez odwołującego dowodami w postaci protokołów, które są spójne z pełnomocnictwami i dziennikami budowy. Izba także nie znalazła podstaw, aby odmówić wiarygodności złożonym dokumentom. W tej sytuacji - kiedy udowodniono nadzór, kontrolę, weryfikację i kompleksową koordynację, aż do odbioru spornych robót, w tym w zakresie działań podwykonawcy - nie było podstaw, aby odmówić przystępującemu możliwości legitymowania się rzeczonym doświadczeniem. Odwołujący próbował wyciągając także korzystne dla siebie wnioski wskazując, że to (...) S.A. w W. przejęła za zmienianego lidera prace polegające na realizacji robót SRK G., co pomija, że podczas realizacji umowy, to nie ten wykonawca, a przystępujący koordynował i nadzorował działania podwykonawcy, co wynika ze złożonych dowodów, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej. Skoro więc z materiału dowodowego spójnie wynika, że przystępujący brał faktyczny i realny udział w pracach dotyczących wymaganego doświadczenia w warunkach udziału w przetargu, także w tych wykonywanych przed podwykonawcą, to nie było podstaw do podważenia oświadczenia przystępującego o posiadaniu odpowiedniej zdolności zawodowej.

Izba zauważyła, że w odwołaniu skupiono się na negowaniu możliwości posługiwania się przez lidera konsorcjum doświadczeniem rzekomo innego członka konsorcjum. Po pierwsze, nie udowodniono, aby to nie przystępujący (lider konsorcjum), a (...) S.A. w W. była w sposób czynny zaangażowana w realizację rzeczonych prac, a mając na uwadze zgromadzony materiał dowodowy przystępujący prawidłowo wykazał swój realny udział w realizacji kontraktu. Po drugie, przyjmując, że główną część robót SRK G. wykonał podwykonawca, także należy uznać doświadczenie za prawidłowe, ponieważ to przystępujący - co opisano w ramach oceny materiału procesowego - koordynował, nadzorował i brał odpowiedzialność za działania podwykonawcy. Dlatego, że w odwołaniu skupiono się na podważaniu

doświadczenia w ramach zawarcia umowy konsorcjum, a nie w przedmiocie zależności wykonawca-podwykonawca, co wynika z oparcia zarzutu na wyrywkowo wskazanych okolicznościach faktycznych realizacji kontraktu, jedynie krótko dodać wypada, że skład orzekający stoi na stanowisku, iż w ustalonym stanie rzeczy przystępujący jest uprawniony do posługiwania się „doświadczeniem” podwykonawcy - z poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych wynika bowiem, że podwykonawca był pod bezpośrednim i czynnym kierownictwem wykonawcy przy realizacji zamówienia, który brał faktyczny udział w jego wykonaniu. Zatem nieudowodniony przez odwołującego zarzut nr 1 został przez skład orzekający oddalony.

W konsekwencji powyższego Izba oddaliła także zarzut nr 2 wskazując, że skoro przystępujący spełnia sporny warunek udziału w przetargu, to a priori nie mogło dojść do wprowadzenia zamawiającego w błąd, więc również zarzut zaniechania wykluczenia go na omawianej podstawie prawnej podlega oddaleniu.

W zakresie zarzutu 4 Izba wskazała, że uzasadnienie omawianego zarzutu sprowadza się do twierdzeń odwołującego, że postępowania historyczne, profil działalności przystępującego oraz jego wiedza i doświadczenie powodują, że należy dopytać przystępującego o spełnienie warunku udziału w przetargu dotyczącego wymaganego zaplecza technicznego w postaci dysponowania zestawem minimum trzech sztuk wagonów do transportu rozjazdów w blokach. Przy tym stanowisko to nie zostało zbyt szczegółowo uzasadnione, nie podjęto żadnej inicjatywy dowodowej i w zasadzie odwołujący zakwestionował ocenę oferty dokonaną przez zamawiającego nic konkretnego jej nie zarzucając, ograniczając się do twierdzenia, że - w oparciu o własne przekonanie - on zaplecze techniczne przystępującego oceniłby inaczej i zażądałby dodatkowych wyjaśnień. Natomiast przystępujący przedłożył umowę z dnia 24 sierpnia 2020 r. wraz z aneksem nr 1 z dnia 3 lutego 2021 r., którą zawarł z (...) Sp. z o.o. w B., w przedmiocie dzierżawy zestawu składającego się z trzech sztuk wagonów do transportu rozjazdów w blokach, co jednoznacznie potwierdza, że wykonawca dysponuje sprzętem wymaganym w warunku posiadania odpowiedniej zdolności technicznej. Izba uznała ten dowód za wiarygodny, potwierdzający niepodważone oświadczenie przystępującego o dysponowaniu niezbędnym potencjałem, spójny ze zobowiązaniem podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji przystępującego zasobu zestawu wagonów, więc nie tylko właściwie udowodniono posiadanie zaplecza technicznego, a wyprzedzająco rozwiano subiektywne hipotezy odwołującego, który pomimo ciężącej na nim powinności dowiedzenia swoich twierdzeń pozostał w postępowaniu całkowicie bierny. Mając na uwadze powyższe, zarzut nr 4 został przez Izbę oddalony jako bezzasadny.

Skład orzekający dodatkowo zaznaczył, że na rozprawie odwołujący usiłował uzupełnić odwołanie i nakładać na przystępującego wymagania dotyczące wagonów, które nie wynikają z dokumentacji przetargu, co jako spóźnione zostało pominięte przez Izbę. Ubocznie KIO zauważyła, że oceny ofert dokonuje się w ramach brzmienia dokumentacji postępowania, a formułowanie po otwarciu ofert dodatkowych wymagań poza osnowę SIWZ - pomijając już próbę zastąpienia zamawiającego w określaniu jego potrzeb - stanowi raczej spóźnioną polemikę z dokumentacją, a nie powód do bardziej wnikliwej weryfikacji oferty konkurencji. W ocenie Izby przyzwolenie na takie działanie stanowiłoby naruszenie naczelných zasad zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., z których wyprowadzić także należy zakaz retroaktywnego pogarszania sytuacji niektórych wykonawców, w szczególności w zakresie próby nakładania na nich warunków, które nie wynikają z brzmienia dokumentacji postępowania.

Izba stwierdziła dalej, że zarzuty nr: 5, 6 i 7 okazały się niepotwierdzone w ustalonym stanie rzeczy. W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia skład orzekający ustalił, iż zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. (wezwanie z dnia 17.02.2021 r.) w przedmiocie uczestnictwa pani E.B. - pracownicy przystępującego, która wcześniej pracowała u zamawiającego i była zaangażowana w przygotowanie przetargu - w proces ubiegania się o zamówienie przez tego wykonawcę. Pismem z dnia 19 lutego 2021 r., odpowiadając na wezwanie jednostki zamawiającej, przystępujący potwierdził, że osoba ta nie brała udziału w ubieganiu się o udzielenie zamówienia, w tym nie brała udziału w przygotowaniu złożonej oferty.

KIO zauważyła, że pomimo zarzucenia zamawiającemu naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 p.z.p. (zarzut nr 5 z petitum odwołania) odwołujący nie zdecydował się na przywołanie okoliczności faktycznych, które w jego ocenie uzasadniałyby spełnienie przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 19 p.z.p., ograniczając

się do zarzutu zaniechania kompleksowego wyjaśnienia kwestii, które podniesiono w odwołaniu. Odwołujący skupił się na uszczegółowieniu informacji, o które dodatkowo zapytałby przystępującego, bez faktycznego powiązania odwołania z naruszeniem przesłanki wykluczającej z powodu zakłócenia konkurencji w przetargu. W uzasadnieniu środka zaskarżenia ograniczono się do spekulacji, pomijając obowiązek przytoczenia podstaw faktycznych, które można byłoby poddać pod subsumpcję zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy p.z.p., zaniechano również przedstawienia jakichkolwiek środków dowodowych. Odwołujący podnosił jedynie lakoniczność wyjaśnień, które jego zdaniem uzasadniają konieczność dopytania o daty zmiany pracodawcy, a także brak informacji dotyczących obowiązków pani E.B., zarówno w zakresie czynności wykonywanych na rzecz zamawiającego, jak i przystępującego. Izba wskazała, że o ile zrozumiałym jest, że przystępujący życzyłby sobie uzyskać jak najszersze informacje o konkurencji, to nie można tracić ze wzroku, że odpowiedź negatywna na pytanie o związek byłego pracownika zamawiającego z ofertą przystępującego, nie daje obiektywnych podstaw do dalszego wyjaśniania. Jeżeli zaś odwołujący uważa, że odpowiedź na wyjaśnienia powinna być inna, to zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodowego należało to wykazać, podobnie jak konieczność uzyskania dalszych informacji. Jednakże strona nie zdecydowała się na wskazanie faktów, które stanowiłyby o naruszeniu art. 26 ust. 4 p.z.p., czyli o konieczności kontynuacji wyjaśniania oferty przystępującego.

KIO uwypukliła, że postępowanie wyjaśniające powinno być oparte na realnych i obiektywnych podstawach, kiedy faktycznie wystąpią okoliczności, które należy zweryfikować. I dopóki odwołujący nie podważy oceny zamawiającego, że wyjaśnienia dały właściwy rezultat w postaci uzyskania informacji, które są wystarczające do dokonania oceny oferty - w tym przypadku do rozwiania wątpliwości o możliwości wystąpienia powiązań byłej pracownicy zamawiającego z ofertą przystępującego - to nie ma podstaw, by kontynuować procedurę wyjaśniającą. Nie ma także powodów do dalszego dopytywania wykonawcy, kiedy odwołujący nie jest w stanie przedstawić jakiegokolwiek okoliczności, która mogłaby podważyć treść złożonych wyjaśnień, czy ich zgodność z rzeczywistością. Nie wystarczy przedstawić ogólnych rozważań, co by się stało, gdyby jakieś przypuszczenie okazałoby się prawdopodobne, a należy wskazać powód, który w sposób obiektywnie uzasadniony mógłby stanowić o konieczności dalszego wyjaśniania. Odwołujący powinien zatem podać okoliczności pozwalające na podzielenie jego oceny o konieczności dopytania przystępującego albo wskazać na błąd, który popełnił zamawiający oceniając wyjaśnienia. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez pryzmat zasad racjonalnej oceny. Wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniliby wyjaśnienia przystępującego (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny, niż zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - w tym, że uzasadnionym byłoby postulowane wezwanie przystępującego do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie dat zatrudnienia i zakresu obowiązków pani E.B. Jednakże odwołanie jest w tym zakresie merytorycznie puste, sprowadzające się do postulatów kontynuacji procedury wyjaśniającej, bez udowodnienia zasadności wezwania do dodatkowych wyjaśnień. Brak w aspekcie przedmiotowym, czyli w zakresie konieczności wskazania okoliczności faktycznych, które są prawnie relewantne dla wykazania naruszenia art. 26 ust. 4 p.z.p. (w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 p.z.p.), czyli faktów, na podstawie których Izba mogłaby przekonać się o słuszności żądań strony, spowodował następczy brak w przedstawieniu środków dowodowych. Subiektywne przekonanie o swoich racjach nie zostało przez odwołującego właściwie uzasadnione ani udowodnione, zatem zarzut nr 5 został przez skład rozpoznający spór oddalony.

W istocie strona pominęła ten niezbędny element odwołania i skupiła się na hipotetyzowaniu o tym, jakie dalsze zarzuty (art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 22 ust. 1 p.z.p.) mogłaby postawić zamawiającemu, o ile dodatkowe wyjaśnienia ujawniłyby korzystne dla niej okoliczności. W odwołaniu nie zawarto więc faktów, które można byłoby poddać subsumpcji pod przesłanki eliminacyjne wskazane w zarzutach nr 6 i nr 7 odwołania, a z użyciem trybu przypuszczającego wskazano na normy, które mogłyby zostać naruszone, o ile z dodatkowych wyjaśnień wynikałoby, że okres zatrudnienia i zakres obowiązków pani E.B. budzi uzasadnione wątpliwości lub wprowadza zamawiającego w błąd.

Izba podkreśliła, że zgodnie z regułami procesowymi strona twierdząca, że doszło do zaniechania wykluczenia innego wykonawcy winna wskazać fakty, które stanowią o wypełnieniu przesłanek normy prawnej implikującej konieczność

wykluczenia, a następnie winna te fakty udowodnić. Odwołanie nie zostało natomiast poparte żadnymi dowodami, nie wskazano w nim okoliczności, które można byłoby zweryfikować w ramach omawianych zarzutów, a poprzestano na stanowisku, że będą one zasadne w przypadku potwierdzenia się okoliczności polegającej na podaniu przez przystępującego informacji wprowadzających zamawiającego w błąd. Strona nie była nawet w stanie dookreślić o jakie dokładnie informacje może jej chodzić, a pomimo tego zdecydowała się na postawienie zarzutów naruszenia prawa zamawiającemu, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania. Zatem skoro w odwołaniu nie wskazano, zaś następnie nie wykazano, w zakresie jakich informacji przystępujący miałby wprowadzić zamawiającego w błąd, czy z jakiego powodu miałyby nastąpić brak spełnienia warunku udziału w przetargu bądź zakłócenie konkurencji, które może zostać wyeliminowane jedynie poprzez wykluczenie przystępującego, Izba nie miała podstaw do uwzględnienia tak postawionych zarzutów, które w zasadzie sprowadzają się do luźnych hipotez strony.

Na marginesie Izba dodała, że odwołujący nie zdecydował się na podważenie stanowiska zamawiającego wskazanego w odpowiedzi na odwołanie, że była pracownica nie miał wpływu na ostateczny kształt dokumentacji postępowania, w tym w szczególności na opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert oraz pozostałą treść SIWZ. Zaś dokumenty postępowania, które w całości zostały upublicznione, powstały w zespole kontraktowym na podstawie dokumentów bazowych, zgodnie z korporacyjną polityką zakupową zamawiającego. Zatem nie ma w ocenie Izby podstaw, by nawet hipotetycznie zakładać, że doszłoby do jakiegokolwiek przewagi przystępującego nad konkurencją. KIO zaznaczyła, że dla ziszczenia się przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 p.z.p. istotne jest, aby udział w przygotowaniu postępowania prowadził do naruszenia równowagi konkurencyjnej, skoro więc nie istnieje związek pomiędzy zatrudnieniem przez przystępującego pani E.B., a nawet spekulatywną możliwością wystąpienia zakłócenia konkurencji, nie byłoby podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 p.z.p. Udział w przygotowaniu postępowania nie jest samoistną i automatyczną przesłanką wykluczenia wykonawcy, ponieważ pomiędzy udziałem pani E.B., a uzyskaniem nieuprawnionej przewagi konkurencyjnej musiałby istnieć związek przyczynowo-skutkowy polegający na tym, że osoba ta pozwoliła uzyskać wykonawcy przewagę w stosunku do pozostałych uczestników postępowania, np. poprzez możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach lub uzyskania informacji mających znaczenie dla wykonania umowy, które nie wynikają z dokumentacji postępowania i nie są możliwe do uzyskania w ramach SIWZ danego postępowania. Natomiast w ustalonym stanie rzeczy domniemanie zakłócenia konkurencji, powstałe w wyniku udziału w przygotowanie dokumentacji przetargu pracownika zamawiającego, który następnie rozpoczął pracę u przystępującego, zostało obalone zarówno przez jednostkę zamawiającą, jak i przez przystępującego, zaś odwołujący nie podjął próby wykazania okoliczności przeciwnej.

Izba stwierdziła, że nie ma również podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. powiązanego przez odwołującego z pozostałymi zarzutami odwołania, które zostały przez skład orzekający oddalone. Skoro zarzucane zamawiającemu zaniechania nie znalazły potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy, skład orzekający oddalił także zarzut naruszenia zasad naczelných p.z.p. uregulowanych w art. 7 p.z.p. jako zarzut bezpodstawny.

Ponadto, złożone przez zamawiającego dwa wyciągi z dzienników budowy, fragment raportu z postępu prac kwiecień 2015 (...), a także złożone przez przystępującego: raport o postępie prac nr 2 maj 2011, protokół odbioru z 30.11.2013 r., pismo z 10.03.2014 r., zgłoszenie wykonania robót z 14.07.2014 r., zawiadomienie o posiedzeniu komisji odbioru końcowego z 18.03.2015 r., pismo z 24.03.2015 r., świadectwo przejęcia robót z 30.04.2015 r., protokół odbioru z 25.06.2015 r., oświadczenie o podjęciu obowiązków kierownika robót z 02.07.2015 r., protokół odbioru z 12.08.2015 r. i świadectwo wykonania z 12.08.2016 r. dotyczą zarzutu umorzono i zostały przez skład orzekający pominięte. Odpowiedź zamawiającego na odwołanie w sprawie KIO 708/20 nie jest w żaden sposób związana z rozpoznawanym sporem, więc także została przez Izbę pominięta. Natomiast przedłożone dokumenty z przetargu już się ex lege w aktach postępowania znajdowały (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 poz. 2453).

Z tych wszystkich względów odwołanie zostało oddalone.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 n.p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 zd. 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Skargę na powyższe wywiódł odwołujący (...) S.A. Rozstrzygnięciu zarzucono:

1. naruszenie przepisu prawa procesowego, tj. art. 542 ust. 1 Nowego Pzp w zw. z art. 531 Nowego Pzp poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i wyprowadzenie wniosków sprzecznych z treścią dowodów zebranych w sprawie, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem skutkowało przyjęciem przez Izbę, że (...) Sp. z o.o. (dalej także jako (...) lub „Uczestnik postępowania”), w ramach referencyjnego zadania, nadzorowało, kontrolowało, weryfikowało i koordynowało roboty budowlane z zakresu sterowania ruchem kolejowym (SRK), a w konsekwencji, że wykonawca ten wykonał budowę lub przebudowę co najmniej 1 systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK na stacji liczącej co najmniej 10 zwrotnic, a tym samym, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. d) Instrukcji dla wykonawców (IDW), gdy tymczasem wykonawca działał w tym zakresie jedynie jako lider konsorcjum;

a w konsekwencji tego:

2. naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t. ze zm.), dalej jako „Pzp” w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez błędne uznanie, że (...), w ramach referencyjnego zadania, nadzorowało, kontrolowało, weryfikowało i koordynowało roboty budowlane z zakresu sterowania ruchem kolejowym (SRK), a w konsekwencji, że wykonawca ten wykonał budowę lub przebudowę co najmniej 1 systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK na stacji liczącej co najmniej 10 zwrotnic, a tym samym że spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. d) IDW i nie podlega wykluczeniu z Postępowania, gdy tymczasem wykonawca działał w tym zakresie jedynie jako lider konsorcjum;

3. naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 141 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 23 Pzp poprzez jego błędną wykładnię i uznanie a priori, że realizowanie obowiązków typowych dla lidera każdego konsorcjum, takich jak ustanowienie kierownika budowy, ustanowienie Przedstawiciela Wykonawcy Kontraktu w rozumieniu subklauzuli 4.3. Warunków Kontraktu FIDIC, udział w naradach i spotkaniach z zamawiającymi, odbiorach, podpisywanie dokumentów, stanowiących podstawę płatności, pozwala na przyjęcie, że wykonawca - lider konsorcjum bierze faktyczny i realny udział w wykonywaniu określonego rodzaju robót budowlanych;

a w konsekwencji naruszenia wyżej wymienionych przepisów prawa:

4. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z pkt 8.6.1. pkt d) Instrukcji Dla Wykonawców (IDW), poprzez ich niezastosowanie, gdy tymczasem wbrew oświadczeniom (...) zawartym w ofercie i w Wykazie robót składanym w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie spełnia ona określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu co do wymaganego doświadczenia, przy czym przedstawienie przez (...) informacji w tym przedmiocie nastąpiło w sposób zamierzony, a co najmniej w warunkach rażącego niedbalstwa, i wprowadziło Zamawiającego w błąd, a w konsekwencji powinno stanowić podstawę wykluczenia (...) z postępowania o udzielenie zamówienia;

względnie:

5. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w zw. z pkt 8.6.1. pkt d) IDW, poprzez ich niezastosowanie i przyjęcie, iż wobec (...) nie wystąpiły podstawy do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, gdy tymczasem, w wyniku co najmniej lekkomyślności albo niedbalstwa (...) przedstawiła informacje wprowadzające w błąd zamawiającego co do wymaganego doświadczenia, co miało istotny wpływ na

decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji powinno stanowić podstawę wykluczenia (...) z postępowania o udzielenie zamówienia;

a co najmniej:

6. naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z §2 ust.4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy (...) nie wykazała, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. d) IDW, co skutkować powinno co najmniej wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, celem wykazania, że wykonawca ten spełnia wyżej wymieniony warunek udziału w postępowaniu.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie odwołania rozpoznawanego pod sygnaturą i nakazanie zamawiającemu (na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp) wykluczenia (...) z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: Odcinek D - Roboty budowlane na linii kolejowej nr (...) ode. G.- K. realizowane w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym B.- T. ”, względnie nakazanie Zamawiającemu wezwania (na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp) (...) do uzupełnienia dokumentów, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. d) IDW, a także zasądzenie od przeciwnika skargi i uczestnika postępowania na rzecz skarżącego kosztów niniejszego postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę zamawiający (...) S.A. wniósł o oddalenie w całości skargi jako oczywiście bezzasadnej oraz zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odpowiedź na skargę wywiódł także uczestnik postępowania (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. wnosząc o oddalenie skargi w całości, przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania oraz aktach postępowania odwoławczego prowadzonego przed KIO, w którym wydano zaskarżony wyrok, jak również o zasądzenie od skarżącego na rzecz uczestnika kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Na rozprawie w dniu 10 września 2021 roku zamawiający i przystępujący po jego stronie oświadczyli, iż umowa została zawarta.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Na wstępie analizy niniejszej sprawy należy wskazać 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: wprowPZP), 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 wprowPZP, do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie dPZP, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Przepis art. 92 ust. 1 ustawy wprowPZP stanowi natomiast, że do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy wprowPZP 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.

W niniejszej sprawie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było na podstawie przepisów ustawy dPzp, odwołanie zostało złożone natomiast w dniu 12 marca 2021 r., wyrok Krajowa Izba Odwoławcza wydała

w dniu 21 kwietnia 2021 r., zaś skarga na wyrok została złożona w dniu 25 maja 2021 r. Wobec tego, że postępowanie odwoławcze zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., to w zakresie prawa materialnego stosuje się przepisy ustawy nPZP. Jednocześnie, z uwagi na treść powołanego art. 92 ust. 2 wPZP do postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do Sądu, również stosuje się przepisy ustawy nPZP.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że na rozprawie w dniu 10 września 2021 r. zamawiający jak i przystępujący zgodnie oświadczyli, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego została między tymi stronami zawarta umowa. Natomiast skarżący podtrzymał skargę w tym samym zakresie w jakim została wniesiona oraz wniósł o zasądzenie kosztów.

Z uwagi na powyższe uwzględnienie skargi było niemożliwe, co doprowadziło do jej oddalenia na podstawie 588 ust. 1 nPZP.

Przede wszystkim Sąd Okręgowy podziela argumentację zaprezentowaną w uzasadnieniu uchwały z dnia 14 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 73/05) wskazującą, że samo zawarcie umowy między zamawiającym a wykonawcą nie czyni zbędnym lub wręcz niedopuszczalnym, w rozumieniu art. 355§1 k.p.c., wyrokowania w przedmiocie skargi na orzeczenie KIO. **Natomiast wykonanie umowy powoduje bezprzedmiotowość kontroli sądowej i uzasadnia umorzenie postępowania.**

Treść art. 579 ust 2 nPZP wskazuje, że w przypadku, kiedy przepisy, rozdziału 3, działu IX nPZP nie stanowią inaczej to w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji. Zatem Sąd rozpoznający sprawę związany jest określonym przez skarżącego żądaniem odwołania, które zgodnie z art. 582 nPZP nie może być rozszerzone a także nie może zawierać nowych żądań. W konsekwencji powyższego Sąd II instancji może rozpoznawać sprawy tylko w zakresie objętym postępowaniem przez KIO, na co wskazuje wprost art. 583 nPZP.

Pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 8 grudnia 2016 r. (I CSK 19/16) w odniesieniu do art. 579 ust 2 nPZP wskazuje, że odpowiednie zastosowanie znajdują także przepisy objęte rozdziałem 1 działu V tytuł VI księgi pierwszej kodeksu postępowania cywilnego. Ugruntowane stanowisko Sądu Najwyższego prowadzi do wniosku, że w przypadku wystąpienia obiektywnej zmiany okoliczności zaistniałej po wydaniu wyroku przez KIO i jej wpływu na postępowanie zainicjowane skargą należy odpowiednio stosować zarówno w postępowaniu apelacyjnym jak i w postępowaniu skargowym art. 383 zd. 2 k.p.c. stanowiący, że w razie zmiany okoliczności można żądać zamiast pierwotnego przedmiotu sporu jego wartości lub innego przedmiotu, gdyż „Celem tego uregulowania jest zapobieżenie niebezpieczeństwu rozstrzygnięcia w postępowaniu apelacyjnym o żądaniu, które utraciło aktualność i zapewnienie ochrony prawnej adekwatnej do stanu istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy”(wyrok SN z dnia 8 grudnia 2016r, I CSK 19/16). Uwidocznia to także art. 588 ust. 2 nPZP odsyłający do odpowiedniego stosowania przepisów art. 553-557 oraz art. 563-567 dotyczących wyrokowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Treść art. 581 nPZP wskazuje jakie warunki formalne powinna spełniać skarga a także jakiego rozstrzygnięcia domaga się w ramach oznaczonego przez siebie zakresu zaskarżenia oraz podniesionych zarzutów skarżący tj. uchylenie orzeczenia lub o zmianę orzeczenia w całości lub w części, z zaznaczeniem zakresu żądanej zmiany. Zgodnie natomiast z art. 583 nPZP Sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania.

Podkreślenia wymaga, treść art. 554 nPZP w zw. z 588 ust. 2 nPZP wskazują na możliwość zmiany okoliczności spowodowanej zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego pod wydaniu wyroku przez KIO, która ma wpływ na rozstrzygnięcie skargi. Wskazana treść orzeczeń została powiązania z przedmiotem żądania w określonej sytuacji.

Przekładając powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy zaznaczyć, że fakt zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego był bezsporny. Sąd zamówień publicznych jest związany żądaniem skarżącego dlatego bez jego oświadczenia mającego na celu zmianę żądania pierwotnie wskazanego nie mógł orzekać w odniesieniu do innego przedmiotu. Sąd zamówień publicznych nie może z urzędu decydować o przedmiocie żądania, co wynika

z uregulowań postępowania apelacyjnego mających zastosowanie w postępowaniu skargowym. Zatem w sytuacji niedokonania zmiany żądania przez skarżącego, nie było podstaw do uwzględnienia żądania nieadekwatnego do zmienionych okoliczności.

Niezależnie więc od oceny zasadności zarzutów skargi Sąd nie ma obecnie możliwości uwzględnienia jej wniosków, co skutkuje stwierdzeniem bezprzedmiotowości postępowania wywołanego skargą i zbędnością wydania w jego przedmiocie orzeczenia.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 589 ust.1 nPZP. Ponieważ postępowanie to zostało w całości przegrane przez skarżącego (...) spółkę akcyjną w W. to zasadnym było zasądzenie kosztów od tego podmiotu na rzecz przeciwnika skargi (zamawiającego) (...) spółki akcyjnej w W.. Na koszty poniesione przez przeciwnika skargi w toku postępowania skargowego składały się koszty zastępstwa prawnego ustalone na podstawie § 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, poz. 1804). Sąd Okręgowy w Warszawie od dawna bowiem prezentuje pogląd, iż nie ma sprawy podobnej do spraw z zakresu skarg na orzeczenie KIO. Ustawodawca jednocześnie nie przewidział stawek dla radców prawnych/adwokatów do tej kategorii spraw.

Jednocześnie w ocenie Sądu Okręgowego brak było podstaw do zasądzenia kosztów postępowania skargowego również na rzecz podmiotów przystępujących do sprawy po stronie przeciwnika skargi i dlatego wniosek ten został oddalony. Przystępujący nie jest stroną postępowania skargowego, lecz uczestnikiem postępowania funkcjonującym zawsze po którejś ze stron (w tym wypadku po stronie Przeciwnika skargi – Zamawiającego). Umocowanie przystępującego w postępowaniu skargowym ma charakter interwenienta ubocznego w procesie. Zgodnie jednak z art. 589 ust. 1 nPZP koszty postępowania – stosowanie do wyniku postępowania – ponoszą wyłącznie strony. Materia ta jest w inny sposób uregulowana niż w art. 107 k.p.c. i ma pierwszeństwo przed kodeksem postępowania cywilnego jako norma *lex specialis*.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji wyroku.

Monika Skalska Anna Krawczyk Anna Żuława