

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 września 2021 r.

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

Przewodniczący:	Sędzia Monika Skalska
Protokolant:	Karolina Szymońska

po rozpoznaniu na rozprawie

w dniu 25 sierpnia 2021 r. w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem zamawiającego: Gminy S., Gminy S., Gminy Ł., Zarządu Transportu Metropolitalnego w K.

odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowo – akcyjnej w G. i (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

przystępującego po stronie zamawiającego (...) a. s. w Ż. (Słowacja)

ze skargi odwołującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 28 kwietnia 2021r., sygn. akt KIO 792/21

I. oddała skargę;

II. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowo – akcyjnej w G. i (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. na rzecz zamawiającego: Zarządu Transportu Metropolitalnego w K. działającego w imieniu własnym oraz: Gminy S., Gminy S., Gminy Ł. 12500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Monika Skalska

Sygn. akt XXIII Zs 67/21

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 28 kwietnia 2021 r. oddaliła odwołanie (pkt 1) oraz kosztami postępowania obciążyła wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (lider) w G. i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 18 600 zł uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (lider) w G. tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (pkt 2.1) oraz zasądziła od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (lider) w G. na rzecz Zarządu Transportu Metropolitalnego w K. działającego w imieniu własnych oraz Gminy Ł., Gminy S., Gminy S. kwotę 3600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (pkt.2.2.)

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę, montaż i serwis stacjonarnych automatów biletowych wraz z oprogramowaniem”, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zarząd Transportu Metropolitalnego w K. działający w imieniu własnym oraz Gminy Ł., Gminy S. oraz Gminy S. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (lider) w G. złożyli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty E. a.s. w Ž. (Słowacja) jako najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia tej oferty przystępującego oraz wykluczenia go z postępowania, ewentualnie nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia, poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie dokumentów, o których mowa w pkt. 6.5. SIWZ.

Izba wydając powyższe rozstrzygnięcie oparła się na:

- dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (USB) przy piśmie z dnia 22 marca 2021 r.;
- dokumentach złożonych na rozprawie przez zamawiającego;
- wykazie dostaw złożonego przez przystępującego na wezwanie zamawiającego z dnia 10 lutego 2021 r.;
- referencji z dnia 4 stycznia 2021 r. wystawionych przez (...) spółkę akcyjną w W. przystępującemu;
- odwołania - pismo z dnia 12 marca 2021 r.;
- odpowiedzi na odwołanie - pisma zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2021 r.;
- piśmie (...) spółki akcyjnej w W. z dnia 14 kwietnia 2021 r.;
- złożonym dodatkowo na rozprawie przez zamawiającego piśmie zamawiającego do (...) spółki akcyjnej w W. z dnia 30 marca 2021 r.;
- piśmie procesowym przystępującego z dnia 22 kwietnia 2021 r.;
- złożonych przez odwołującego na rozprawie:
korespondencji e-mail, uchwały nr (...) Rady Miasta K. z 26 października 2017 r., faktur, ofert, umowy (oznaczonych przez odwołującego w złożonym pliku od 2.1.a do 20)
- oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy.

Skład orzekający Izby oddalił wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania z zastosowaniem przepisu art. 528 pkt 3 ustawy nPzp. Ponadto Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Ze względu na oświadczenie odwołującego złożone na rozprawie o niepodtrzymywaniu argumentacji o nieodpowiednim okresie realizacji referencji dostaw Iza uznała, że kwestia warunku doświadczenia w kontekście okresu realizacji dostawy referencyjnej nie wymagała oceny składu orzekającego. Ponadto Izba wskazała, że brak było podstaw do przypisania zamawiającemu zaniechania

wykluczenia przystępującego z tego powodu, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia. W ocenie składu orzekającego Izby przystępujący wykazał, że spełnia warunek doświadczenia, przedstawiając informacje zgodne ze stanem faktycznym. Izba wskazała także, że odrzucenie oferty wykonawcy, w odniesieniu do której powstało domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej bez uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do takiego wykonawcy o złożenie wyjaśnień było na gruncie przepisów art. 90 ust. 90 1 lub 1 a ustawy Pzp niedopuszczalne i nie mogło prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy z zastosowaniem czy to przypisu art. 89 ust. 1pkt 4 ustawy Pzp, czy art. 90 ust 3 ustawy Pzp. Skoro zatem przystępujący nie był wzywany do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej zamawiający nie mógł, w ocenie Izby, odrzucić oferty tego wykonawcy. Tym samym zamawiający, nie odrzucając oferty przystępującego postąpił prawidłowo.

Izba wskazała, że poza sporem pozostawał fakt, że cena zaoferowana przez przystępującego nie obligowała zamawiającego (ze względu na to, że nie osiągnęła progu procentowego wskazanego w art. 90 ust. 1a ustawy Pz), do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołujący nie zaprezentował ani przekonujących argumentów, ani nie zaprezentował adekwatnych dowodów, które pozwoliłyby uznać, że istniały wątpliwości, że cena ofertowa przystępującego nie była ceną realną. Fakt, że cena odwołującego nie była „realna” nie oznacza, w ocenie Izby, że niższa od ceny ofertowej odwołującego cena ofertowa przystępującego nosiła znamiona rażąco niskiej.

Z uwagi na to, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

Skargę na powyższe orzeczenie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz (...)spółka z ograniczoną odpowiedzialną spółka komandytowo akcyjna i zaskarżyli je w całości.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucili:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

a. art. 542 ust. 1 nPzp polegające na braku wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia przez Izbę jakoby (...) a.s. spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 5.1.1. oraz pkt 5.1.2. SIWZ (oraz odpowiednio w pkt III.1.3 ppkt 1 i 2 Ogłoszenia) oraz że nie wprowadził Zamawiającego w błąd w tym zakresie, w szczególności przez błędne ustalenie, iż Przystępujący wykazał się doświadczeniem w:

(i) świadczeniu usług utrzymania serwisowego, polegających na usuwaniu błędów (wad) automatów, w rozumieniu pkt 5.1.2. SIWZ, objętych systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty;

(ii) dostawie automatów w rozumieniu w pkt 5.1.1 SIWZ, objętych systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty; na rzecz (...) S.A. w W. będącej wykonawcą zamówienia na „Świadczenie usługi dystrybucji biletów komunikacji miejskiej” udzielonego przez Gminę W. - Urząd Miejski W. (nr sprawy: (...))

b. art. 542 ust. 1 nPzp polegające na błędnej oraz sprzecznej z zasadami logiki i doświadczeniem życiowym ocenie materiału dowodowego, w szczególności poprzez nieprawidłową ocenę mocy dowodowej złożonych przez Przystępującego

a) referencji z dnia 4 stycznia 2021 r. wystawionych przez (...),

b) wykazu dostaw (podpisanego 22 lutego 2021 r., złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego),

co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia, pomimo iż z pozostałego materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania odwoławczego wynika ich niezgodność ze stanem rzeczywistym,

co doprowadziło do błędnych ustaleń faktycznych KIO w zakresie wykazania spełniania przez (...) warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.1.1. oraz pkt 5.1.2. SIWZ (oraz odpowiednio w pkt III.1.3 ppkt 1 i 2 Ogłoszenia) oraz o nie wprowadzeniu w błąd w tym zakresie;

c. art. 531 w zw. z art. 533 ust. 1 i 542 ust. 1 nPzp poprzez bezzasadne uznanie, że następujące okoliczności faktyczne (częściowo przyznane przez Przystępującego) nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy i w konsekwencji pominięcie dowodów wnioskowanych w toku postępowania odwoławczego na ich wykazanie:

(i) okoliczność nieobjęcia dostarczonych przez (...) automatów systemem do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty, w tym także brak możliwości ich objęcia takim systemem bez dodatkowych prac (w tym dodatkowego oprogramowania), których Przystępujący nie wykonywał, co świadczy o niezdobyciu wymaganego doświadczenia, a wynika w szczególności z:

- treści dokumentów przedłożonych na rozprawie przez (...), w tym treści wyciągu z umowy zawartej między (...) a (...) na dostawę automatów biletowych z dnia 4 kwietnia 2017 r. ;

- treści umowy z 8 marca 2017 r. między (...) a Gminą W.;

- pozostałych środków dowodowych wnioskowanych przez Odwołującego na tę okoliczność w postępowaniu odwoławczym, w tym wskazanych w piśmie procesowym z 21 kwietnia 2021 r.

(ii) okoliczność powszechnie przyjętego rozumienia pojęcia „utrzymanie serwisowe”, zgodnego z literalnym brzmieniem warunku doświadczenia, wykazana poprzez m.in.;

- treść dokumentacji Postępowania, w tym treść SIWZ oraz wzoru umowy;

- treść Umowy z Gminą W.;

- porównanie treści SIWZ w różnych postępowaniach na udzielenie analogicznych zamówień (opracowanie własne Skarżącego);

(iii) okoliczność niewykonywania usługi utrzymania serwisowego automatów dotyczących Zamówienia (...) przez (...), w tym okoliczność braku faktycznej obecności (...) w Polsce niezbędnej do świadczenia usług utrzymania serwisowego automatów zlokalizowanych we W., co zostało wykazane w szczególności przez:

- wydruki ze strony internetowej (...), z wyszukiwarki KRS w Polsce oraz ze strony Komisji Europejskiej co do rejestracji dla celów podatku VAT, wskazujący na brak działalności w Polsce;

- odpis z rejestru handlowego dołączony do przystąpienia (...) do postępowania odwoławczego, z którego nie wynika prowadzenie działalności w zakresie utrzymania serwisowego (odpowiednik PKD);

- treść Umowy z Gminą W.;

- treść Umowy z 4 kwietnia 2017 r.;

- pozostałe środki dowodowe wnioskowane przez Odwołującego na tę okoliczność w postępowaniu odwoławczym, w tym wskazane w pkt (iv) poniżej oraz w piśmie procesowym z 21 kwietnia 2021 r.

(iv) okoliczność faktycznego wykonywania kompleksowego utrzymania serwisowego automatów na cele Zamówienia (...) przez (...) sp. z o.o., co zostało wykazane w szczególności przez:

- informację publiczną zamawiającego Gminy W. z 22 marca 2021 r. o świadczeniu utrzymania serwisowego biletomatów we W. przez (...)
- raport z wykonania usługi detektywistycznej wraz ze zgromadzonym przez detektywa materiałem dokumentującym (zdjęciowym);
- wyciąg ze strony internetowej (...) potwierdzającej adres oddziału we W. (...) tożsamy z adresem wskazanym w raporcie detektywistycznym;
- ogłoszenia o poszukiwaniu przez (...) pracowników - serwisantów biletomatów we W.;
- oświadczenie D. D. z 22.4.2021 r., byłego kierownika sekcji serwisu (...);
- oświadczenie A. S. - Dyrektora ds. sprzedaży (...) Sp. z o.o.;
- nagranie z przebiegu rozmowy z pracownikiem Infolinii Biura Obsługi Klienta (...) we W. wraz ze stenogramem;
- pozostałe środki dowodowe wnioskowane przez Odwołującego na tę okoliczność w postępowaniu odwoławczym, w tym wskazane w piśmie procesowym z 21 kwietnia 2021 r.;
- przyznanie Przystępującego na rozprawie.

(v) okoliczność stałej współpracy (...) z E. oraz grupa (...) w modelu: (i) (...) dostawca automatów, (ii) (...) - dostawca oprogramowania oraz utrzymanie serwisowe, co zostało wykazane m.in. przez przykłady współpracy, przykłady regulaminów serwisu sprzedaży biletów ze wskazaniem (...) jako partnera (...) w obszarze IT, wyciąg ze strony internetowej grupy (...);

- pomimo, że wszystkie powyżej wymienione okoliczności mają charakter istotny dla rozstrzygnięcia sprawy, potwierdzając tezy dowodowe Skarżącego i zarzuty nr 1 i 2 w punkcie II petitum odwołania;

d. art. 541 nPzp poprzez pominięcie treści wyciągu z Umowy z 4 kwietnia 2017 r. oraz pozostałych wniosków dowodowych Przystępującego, uznawszy iż okoliczności, które miały potwierdzać zostały wykazane innymi dowodami, tj. Wykaz dostaw i referencje (...), podczas gdy z dokumentów tych wynikają okoliczności przeciwne, tj. brak świadczenia utrzymania serwisowego w rozumieniu pkt. 5.1.2 SIWZ oraz brak możliwości objęcia automatów systemem, o którym mowa w pkt 5.1.1-2 SIWZ;

e. art. 555 nPzp w zw. z art. 535 nPzp poprzez bezprawne przyjęcie, że Skarżący w sposób nieuprawniony rozszerzył zarzuty odwołania w zakresie warunku udziału w postępowaniu z pkt 5.1.2 SIWZ i odpowiednio pkt. III. 1.3 ppkt 2, podczas gdy Odwołujący konsekwentnie i niezmiennie popiera zarzuty odwołania, iż Przystępujący nie spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu (oraz wprowadził Zamawiającego w błąd w tym zakresie) z uwagi na brak doświadczenia w utrzymaniu serwisowym automatów.

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych („Pzp”) **oraz w zw z art. 65§1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp, przez dokonanie błędnej wykładni:**

(i) warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.1.1. oraz pkt 5.1.2. SIWZ (oraz odpowiednio w pkt III. 1.3 ppkt 1 i 2 Ogłoszenia), polegającej na bezzasadnym przyjęciu, iż wymagane doświadczenie w dostawach oraz świadczeniu usług utrzymania serwisowego automatów może abstrahować od wymogu objęcia ich systemem do zarządzania i monitorowania, a ponadto że objęcie automatów ww. systemem może nastąpić później oraz bez związku ze świadczeniami wykonawcy składającymi się na wykazywane doświadczenie;

(ii) warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.2 SIWZ (oraz odpowiednio w pkt III.1.3 ppkt 2 Ogłoszenia), polegającej na bezzasadnym przyjęciu, że „utrzymanie serwisowe” może polegać na jakichkolwiek czynnościach związanych z naprawami, abstrahując od ich zakresu czy kontekstu przedmiotu zamówienia, którego dotyczy;

- co w konsekwencji doprowadziło do bezprawnego niezastosowania art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp wobec (...);

b. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez ich niezastosowanie pomimo przedstawienia przez (...) informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie doświadczenia Wykonawcy w ramach wykazywania warunków udziału w Postępowaniu z pkt. 5.1.1 i 5.1.2 SIWZ (odpowiednio pkt III.1.3 ppkt. 1 i 2) Ogłoszenia.

Skarżący wniósł o:

1. uwzględnienie skargi poprzez zmianę wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy, na podstawie art. 588 ust. 2 w zw. z art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp, poprzez uwzględnienie odwołania Skarżącego i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty (...) jako najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności oceny ofert i w konsekwencji wykluczenia (...) z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp;

2. a jeśli przed rozpoznaniem niniejszej skargi doszłoby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 3) nPzp, o stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp wskazanych w zarzutach nr 1 i nr 2 z pkt II petitum odwołania;

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą pod sygn. akt: KIO 792/21 oraz pozostałych wniosków dowodowych składanych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, w tym dotyczących dokumentów oraz zeznań świadka z pisma Skarżącego z dnia 21 kwietnia 2021 r., na okoliczności tam wskazane;

4. dopuszczenie i przeprowadzenie nowego dowodu - przedłożonej w załączeniu opinii sporządzonej przez rzeczoznawcę (...), prof. nadzw. dr. hab. inż. T. G. dotyczącej oprogramowania (...) dla systemu złożonego, stanowiącego kompletne rozwiązanie technologiczne, którym jest w szczególności automat do sprzedaży biletów - na okoliczność wykazania, że oprogramowanie (...) (zapewnione wraz z automatami przez (...) na potrzeby Zamówienia (...)) nie pozwala na objęcie automatów systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów, o których mowa w pkt. 5.1.1 i 5.1.2 SIWZ (odpowiednio pkt III.1.3 ppkt 1 i 2)

5. Dopuszczenie i przeprowadzenie powyższego dowodu jest uzasadnione w świetle art. 381 k.p.c., gdyż potrzeba powołania się przez Skarżącego na ww. dowód powstała na skutek przedłożenia na rozprawie przed KIO przez (...) dowodu w postaci wyciągu z Umowy z 4 kwietnia 2017 r., określającej zakres oprogramowania dostarczonego przez (...) wraz z automatami przeznaczonymi do Zamówienia (...).

6. W wypadku uznania przez Sąd, że okoliczność wykazania, że oprogramowanie (...) (zapewnione wraz z automatami przez (...) na potrzeby Zamówienia (...)) nie pozwala na objęcie automatów systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów, nie została wystarczająco wykazana przez dowody złożone w toku postępowania odwoławczego i dowód wnioskowany w pkt. 5 powyżej, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie na podstawie art. 278 § 1 k.p.c. dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki, w celu ustalenia, czy możliwe jest objęcie automatów biletowych z zapewnionym jedynie oprogramowaniem (...) (o którym mowa w wyciągu z Umowy z 4 kwietnia 2017 r.) systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów, o których mowa w pkt. 5.1.1 i 5.1.2 SIWZ.

Dopuszczenie i przeprowadzenie powyższego dowodu jest uzasadnione w świetle art. 381 k.p.c., gdyż potrzeba powołania się przez Skarżącego na ww. dowód powstała na skutek przedłożenia na rozprawie przed KIO przez (...) dowodu w postaci wyciągu z Umowy z 4 kwietnia 2017 r., określającej zakres oprogramowania dostarczonego przez (...) wraz z automatami przeznaczonymi do Zamówienia (...).

7. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Skarżącego kosztów postępowania skargowego oraz odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wedle norm przewidzianych (w zakresie kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z przedłożonym przed KIO dokumentem potwierdzającym poniesienie tych kosztów).

W odpowiedzi na skargę jako przeciwnik skargi, Zamawiający wniósł o oddalenie skargi w całości jako oczywiście bezzasadnej a także o przeprowadzenie dowodu z całej dokumentacji Postępowania przekazanej przez Zamawiającego w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt: 792/21, na wskazane okoliczności; przeprowadzenie dowodów powołanych i przedstawionych w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt: 792/21, na wskazane okoliczności; oddalenie wniosków dowodowych Skarżącego wskazanych w skardze tj. pkt III ppkt (5) i (6) jako spóźnionych i dodatkowo niemających znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a nadto dotyczących zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania. Ponadto zamawiający wniósł o zasądzenie kosztów postępowania od Skarżącego na rzecz Przeciwnika skargi - Zamawiającego, w tym kosztów zastępstwa na podstawie norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę uczestnik (...),a.s. wniosła o oddalenie skargi w całości oraz oddalenie wniosków dowodowych Skarżącego albowiem okoliczności, które mają być udowodnione, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy a także o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 575 w zw. z art. 589 ust. 2 ustawy Pzp z 2019 roku.

Pismem z dnia 24 sierpnia 2021 uczestnik (...),s.a. wniósł o oddalenie skargi w całości; oddalenie wniosków dowodowych skarżącego; przeprowadzenie dowodów powołanych i przedstawionych przez przystępującego w toku postępowania przed KIO pod sygn. akt 792/21 na wskazane okoliczności, przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków K. B. oraz P. W.. Ponadto uczestnik wniósł o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego z art. 575 w zw. z art. 589 ust. 2 ustawy Pzp z 2019 roku.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie. Na wstępie wskazać należy na zmiany i zakres obowiązywania w tej sprawie przepisów „Prawa zamówień publicznych”. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: wprawPZP), z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: dPZP), która zastąpiona została ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019, dalej jako: nPZP). Zgodnie z art 90 ust. 1 wprawPZP, do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie dPZP, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Przepis art. 92 ust. 1 ustawy wprawPZP 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 wprawPZP 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. Stan faktyczny związany z udzieleniem zamówienia publicznego w niniejszej sprawie zrealizował się w pełni przed 1 stycznia 2021 r. Niemniej wyrok Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 27 stycznia 2021 r., zaś skarga na wyrok została złożona w dniu 15 lutego 2021 r. Wobec tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia i postępowanie odwoławcze zostały wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., to w zakresie prawa materialnego stosuje się przepisy ustawy dPZP. Jednocześnie, z uwagi na treść powołanego art. 92 ust. 2 wprawPZP do postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, stosuje się przepisy ustawy nPZP.

Przed przejściem do omówienia zarzutów skargi wskazać należy, iż zawarte w skardze wnioski o przeprowadzenie dowodów z ekspertyzy prywatnej T. G. oraz dowodu z opinii biegłego podlegały oddaleniu jako spóźnione. Zgodnie z art. 381 kpc w zw. Z art. 579 ust. 2 nPzp sąd pomija nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. W niniejszej sprawie wnioskowane przez skarżącego dowody w ocenie Sądu Okręgowego mogły być powołane już na etapie postępowania

odwoławczego przed KIO. Skarżący jednocześnie nie wykazał, że nie mógł ich powołać na tamtym etapie oraz, że potrzeba ich powołania powstała dopiero na etapie postępowania skargowego przed Sądem.

Na wstępie wskazać należy, że bezzasadny okazał się zarzut naruszenia art. 555 w zw. z art. 535 nPzp. Sąd Okręgowy prezentuje pogląd, iż co do zasady możliwa jest modyfikacja zarzutu odwołania/skargi poprzez „ograniczenie” zakresu żądania. Jeśli bowiem przedmiotem orzekania KIO były różne zarzuty to nasuwa się oczywista i jedyna logicznie konstatacja, iż każdy z nich osobno był przedmiotem orzekania Izby, a tym samym podtrzymanie jednego z zarzutów odwołania w skardze oznacza orzekanie przez Sąd co do zarzutu, który był przedmiotem odwołania.

Nie można jednak skutecznie dokonać modyfikacji poprzez „zastąpienie” dotychczasowych żądań innym żądaniem, nawet gdy wcześniej tych żądań było więcej, a w skardze pojawia się tylko jedno. Przesądżające bowiem jest kryterium „orzekania” o nim przez KIO. Jeśli nie było przedmiotem badania, analizy faktycznej i prawnej oraz rozstrzygnięcia Izby, nie może być poddane teraz tym samym czynnościom, dopiero przez Sąd Okręgowy, który stanowi drugą instancję, kontrolującą prawidłowość rozstrzygnięcia KIO. Nie sposób zaś poddać kontroli przedmiot sprawy, który nie był wcześniejszej rozstrzygnięty.

Zauważyć należy, że „pierwotne zarzuty zawierały w sobie tę samą argumentację jaka zawarta była w odwołaniu”. Nie oznacza jednak, iż oba były identyczne i nie dochodziło do dalszych „modyfikacji”. Zmiany stanowiska procesowego skarżącego rzutowały na rozstrzygnięcie sądu. Nie mogła wywrzeć „modyfikacja” skargi oczekiwanych przez skarżącego skutków prawnych polegająca na zastąpieniu, w miejsce rezygnacji/cofnięcia zarzutu niewykonywania przez przystępującego usług serwisowych, zarzutem „niesamodzielnego” wykonywania tychże usług.

Sąd nie zaakceptował twierdzeń Skarżącego, że tylko zmniejszyła swoje zarzuty. W tym wypadku nie funkcjonuje bowiem zasada, jeśli zarzucałem więcej to tym bardziej mogę zarzucać mniej, gdyż to mniej mieściło się w ramach większej całości.

Zasada – co do możliwości ograniczenia zarzutów - nie mogła być w niniejszej sprawie zastosowana, gdyż taka sytuacja faktyczna nie zaistniała. Zarzuty w odwołaniu były jednoznaczne i kategoryczne – przystępujący nie wykonywał żadnych czynności serwisowych. Diametralnie inna byłaby sytuacja gdyby w odwołaniu i następnie konsekwentnie w skardze, skarżący zarzucał, że przystępujący nie wykonywał określonych czynności serwisowych, podnosząc następnie i wskazując, kto je faktycznie wykonywał. Nie mógł się także Skarżący powoływać na działanie w odpowiedzi na obronę przystępującego, gdyż ten jedynie odnosił się do jego zarzutów jasno określonych w odwołaniu.

Ponadto nie można pominąć, iż Krajowa Izba Odwoławcza miała się zmierzyć z zarzutem, że Zamawiający wybrał wykonawcę, który wbrew przedstawionemu przez przystępującego oświadczeniem nie wykonywał nigdy żadnych usług serwisowych dostarczonych (...) SA automatów biletowych. Żadne inne argumenty nie były podnoszone w odwołaniu. Modyfikacja więc zmierzała do drastycznej zmiany okoliczności poddanych wcześniejszej ocenie, jak wskazano wyżej w sposób prawnie niedopuszczalny. Dlatego też słusznie KIO orzekła, że skarżący w sposób nieuprawniony rozszerzył zarzuty odwołania poprzez powołanie i dowodzenie wcześniej nie wskazanych okoliczności „niewystarczającego zakresu usług” świadczonych przez (...) a.s., podczas gdy pierwotna podstawa faktyczna dotyczyła jasno sformułowanego zarzutu, że przystępujący w ogóle wskazanych przez siebie usług na rzecz (...) (...) SA nie świadczył.

Niezależnie od powyższych uwag skarga w ocenie Sądu była również niezasadna. Sąd podziela w całości stanowisko KIO, że świadczenie usług utrzymania serwisowego automatów biletowych stanowiących warunek udziału w postępowaniu, nie zostało przez zamawiającego zawężone do świadczenia serwisu urządzeń na miejscu, jak wskazywał odwołujący, ani do świadczenia tych usług wyłącznie przez jeden podmiot. Zauważyć należy, że zamawiający określił w treści samego warunku, że miały to być usługi polegające na usuwaniu błędów (wad) automatów. Dookreślenie nastąpiło przez wskazanie słowa „wad”, co niewątpliwie wskazuje nie tylko na rozumienie błędu, jako błędu w działaniu oprogramowania jak chciałby tego zamawiający, ale również wad. Tym samym dla prawidłowego rozumienia warunku udziału w postępowaniu przez „błąd” dookreślony następnie jako „wada automatów” należy rozumieć naprawy części/podzespołów urządzenia. Brak jest podstaw do rozszerzenia powyższego warunku o konieczność

wykazania się usuwaniem błędów w oprogramowaniu dotyczącego automatów. Przedstawiane w skardze okoliczności takie jak: szczegółowy sposób świadczenia utrzymania serwisowego, miejsce świadczenia, stosunki prawne między usługodawcą a odbiorcą usługi, nie wynikają z treści warunku, a jedynie mają charakter polemiki z prawidłowo dokonaną interpretacją przez KIO.

Przypomnieć należy, że przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie jest dostawa, montaż, gwarancja i serwis 48 stacjonarnych automatów biletowych wraz z oprogramowaniem oraz ich integracja z systemem (...) Karta Usług Publicznych ((...)) funkcjonującym obecnie w komunikacji miejskiej organizowanej przez (...) ((...)). Przedmiot zamówienia obejmuje również prawo opcji wskazane w pkt 3.3 i 3.6 SIWZ.

Zgodnie zaś z rozdziałem SIWZ: WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ PODSTAWY WYKLUCZENIA, O KTÓRYCH MOWA W ART. 24 UST. 5 USTAWY PZP określone zostały warunki udziału w postępowaniu 5.1. O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który: 5.1.1. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał dostawę/dostawy (umowę/umowy) łącznie co najmniej 15 sztuk automatów stacjonarnych do sprzedaży biletów transportu publicznego, wraz ze świadczeniem usług utrzymania serwisowego tych automatów, trwającym co najmniej rok, polegającym na usuwaniu błędów (wad) automatów. Automaty biletowe, o których mowa powyżej, objęte musiały/muszą być systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty, a ponadto każdy z nich przyjmował/przyjmuje płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydawał/wydaje resztę.

Zgodnie z literalnym brzmieniem warunku udziału w Postępowaniu (pkt. 5.1.1. i 5.1.2 SIWZ) po zmianie treści SIWZ dokonanej pismem zamawiającego z dnia 28 grudnia 2020 o nr (...) oraz zamieszczonej w ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: (...) – zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców:

1) w zakresie doświadczenia w dostawach:

- należycie wykonanych dostaw łącznie co najmniej 15 sztuk automatów stacjonarnych do sprzedaży biletów transportu publicznego,
- ww. dostawy miały być wykonane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, który przypadał na dzień 29.01.2021r., czyli w okresie 29.01.2018r.029.01.2021r.,
- ww. automaty objęte musiały/muszą być systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty, a ponadto każdy z nich przyjmował/przyjmuje płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydawał/wydaje resztę;

2) w zakresie doświadczenia w usługach:

- należycie wykonanych usług utrzymania serwisowego łącznie co najmniej 15 sztuk automatów stacjonarnych do sprzedaży biletów transportu publicznego,
- ww. usługi miały być wykonane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, który przypadał na dzień 29.01.2021r., czyli w okresie 29.01.2018r. – 29.01.2021r.,
- ww. usługi miały trwać co najmniej rok,
- ww. usługi miały polegać na usuwaniu błędów (wad) automatów,
- automaty biletowe objęte musiały/muszą być systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty, a ponadto każdy z nich przyjmował/przyjmuje płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydawał/wydaje resztę.

Prawidłowo w ocenie sądu okręgowego zarówno zamawiający, jak i Krajowa Izba Odwoławcza przyjęli, że z przedstawionego przez wykonawcę (...) a.s. wykazu dostaw złożonego na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust.1 dPzp wynikały wszystkie okoliczności wskazane w warunkach udziału w postępowaniu w pkt. 5.1.1. i 5.1.2. SIWZ, gdyż przystępujący wykazał, że wykonał dostawę łącznie co najmniej 160 sztuk automatów stacjonarnych do sprzedaży biletów transportu publicznego – co potwierdza spełnianie wymogu „łącznie co najmniej 15 sztuk automatów stacjonarnych do sprzedaży biletów transportu publicznego”, po drugie dostawa miała miejsce w dniu 10 kwietnia 2018 roku, co potwierdza spełnianie wymogu „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert”, a ponadto automaty dostarczone przez wykonawcę objęte są systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty, a ponadto każdy z nich przyjmuje płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydaje resztę – co potwierdza spełnianie wymogu „automaty objęte musiały/muszą być systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty, a ponadto każdy z nich przyjmował/przyjmuje płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydawał/wydaje resztę”. Wykonawca wykazał również, że świadczy usługę utrzymania serwisowego 160 sztuk automatów stacjonarnych do sprzedaży biletów transportu publicznego – co potwierdza spełnianie przez niego wymogu „łącznie co najmniej 15 sztuk automatów stacjonarnych do sprzedaży biletów transportu publicznego”, usługa ta świadczona jest do 10 kwietnia 2018 roku do chwili obecnej – co potwierdza spełnianie wymogu „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert” oraz „trwająca co najmniej rok”, usługa ta polega na usuwaniu błędów (wad) automatów – co potwierdza spełnianie wymogu „polegające na usuwaniu błędów (wad) automatów”. Ponadto automaty objęte są systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty, a ponadto każdy z nich przyjmuje płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydaje resztę – co potwierdza spełnianie wymogu „automaty objęte musiały/muszą być systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty, a ponadto każdy z nich przyjmował/przyjmuje płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydawał/wydaje resztę”.

Powyższe okoliczności potwierdzone zostały również oświadczeniem odbiorcy tychże dostaw i usług, tj. spółki (...) (...) SA z siedzibą w W., zawarte w dokumencie pn. „Referencje” z dnia 4 stycznia 2021 roku. W związku z tym zgodzić należy się, że zamawiający nie miał podstaw, aby podważać prawdziwość podanych informacji złożonych na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 dPzp.

Skarżący formułując swoje zarzuty w tym zakresie błędnie nadinterpretował warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 5.1.1 i 5.1.2 SIWZ, gdyż błędnie wywodzi, że dla spełnienia tego warunku konieczne było wykazanie, iż system (aplikacja) do zarządzania i monitorowania pracy przez osoby obsługujące automaty i możliwość przyjmowania płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydawania reszty musiały być wykonywane przez wykonawcę, który dokonał dostawy automatów. Tymczasem z postanowienia tego wynika, że automaty, których dostawę wykazuje dany wykonawca mają być objęte takim systemem i posiadać określone funkcjonalności. Nie jest to równoznaczne z wymogiem wykonania systemu i funkcjonalności przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Istotne jest również to, że zamawiający w tym zakresie nie odesłał do opisu przedmiotu zamówienia. Zgodzić należy się zatem z KIO, że próba rozszerzającego rozumienia, w tym prezentowanego przez skarżącego „rynkowego” rozumienia usług serwisowych z odwołaniem się do opisu przedmiotu zamówienia jest na gruncie postanowienia pkt.5.1.2 SIWZ niedopuszczalne. Brzmienie warunków udziału w postępowaniu określonych w powołanych postanowieniach SIWZ zdaniem Sądu Okręgowego dopuszcza sytuację, w której dany wykonawca był dostawcą automatów i wykonywał serwis automatów, które były lub następnie zostały „objęte” wskazanym systemem (aplikacją) i wskazanymi funkcjonalnościami jako wykonane także przez inne podmioty.

Tym samym uznać należało, że zakres usług utrzymania serwisowego w umowie łączącej przystępującego z (...) (...) SA odpowiadał definicji z warunku, a w związku z tym brak było podstaw do wykluczenia przystępującego z postępowania.

W ocenie Sądu Okręgowego skarżący przedstawia bezpodstawną interpretację warunków, rozszerzając jego wymogi o warunki, które nie zostały wskazane literalnie w pkt. 5.1.1. i 5.1.2 SIWZ. Treść tego warunku bynajmniej nie

wskazywała, że wykonawca, który składa swoją ofertę miał się wykazać objęciem systemem do monitorowania i zarządzania pracą automatów przez osoby obsługujące automaty. Oczywiście wydaje się, że taki warunek byłby oczekiwany w przedmiotowym postępowaniu. Niewątpliwie jednak nie został zamieszczony przez zamawiającego. Jednocześnie żaden z wykonawców, ani nie zadał pytania zamawiającemu co do sposobu rozumienia „świadczenia usług utrzymania serwisowego automatów” – czyli uznać należało, że żaden z nich nie miał żadnych wątpliwości co do sposobu interpretacji tego warunku. Treść SIWZ w tym zakresie nie została również zaskarżona przez żadnego z wykonawców przed złożeniem ofert. Na obecnym etapie zatem zastrzeżenia i zarzuty co do sposobu sformułowania przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu uznać zatem należy za spóźnione, co słusznie podniosła KIO w uzasadnieniu skarżonego wyroku. Jednocześnie interpretacja przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu forsowana przez skarżącego byłaby niezgodna z literalnym brzmieniem warunku, naruszając przy tym ustaloną przez orzecznictwo zasadę interpretowania warunku udziału w postępowaniu na korzyść wykonawcy. Rozumienie warunku udziału forsowane przez skarżącego bezpodstawnie rozszerza go poprzez wykreowanie dodatkowego warunku wymaganego od wykonawcy, który nie wynika z treści warunku.

Zaproponowana przez skarżącego wykładnia warunku z pkt. 5.1.2 SIWZ również stanowi jego nadinterpretację polegającą na rozszerzeniu jego treści wbrew literalnemu brzmieniu warunku. Błędna interpretacja skarżącego nakładałaby na wykonawcę dodatkowo nie przewidziany w treści warunku wymóg wykazania się usuwaniem błędów informatycznych w oprogramowaniu zainstalowanym w automatach biletowych.

Zdaniem Sądu Okręgowego warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 5.1.2. SIWZ zawiera wymóg, by usługa utrzymania serwisowego automatów, której realizację wykazuje dany wykonawca miała dotyczyć automatów „objętych” systemem do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty i możliwość przyjmowania płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydawania reszty, ale nie wynika z niego, aby system i funkcjonalności musiały być wykonywane przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Skarżący uzasadniając swoją interpretację przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu domaga się stosowania wykładni celowościowej, co uznać należy za niedopuszczalne. Ponadto skarżący odwołuje się do wymogu „proporcjonalności” stawianych warunków udziału w postępowaniu, jednak rozumie go także w sposób niedopuszczalny, tj. że warunek powinien być de facto tożsamy z zakresem przedmiotu zamówienia. Bynajmniej natomiast nie wynika to z przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, co słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu skarżonego wyroku.

Jak wskazuje się w orzecznictwie: „warunki udziału w postępowaniu nie muszą być tożsame i identyczne z przedmiotem zamówienia. Warunki mają jedynie pozostawać w odpowiedniej proporcji do opisu przedmiotu zamówienia. Istotny jest także cel formułowania warunków, służą one jedynie weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Zdolny do wykonania zamówienia to nie zawsze taki wykonawca, który wykonał identyczne zamówienie z obecnie zamawianym” (por. wyrok KIO z dnia 25.05.2020r., KIO 457/20).

W ocenie Sądu Okręgowego zaproponowana przez skarżącego wykładnia warunku z pkt. 5.1.2 SIWZ stanowi jego nadinterpretację polegającą na rozszerzeniu jego treści wbrew literalnemu brzmieniu warunku. Jak już zostało wskazane wcześniej błędna interpretacja skarżącego nakładała na wykonawcę dodatkowo nie przewidziany w treści SIWZ wymóg wykazania się usuwaniem błędów informatycznych w oprogramowaniu zainstalowanym w automatach biletowych. Skarżący uzasadniając swoje stanowisko wybiórczo wskazywał na znaczenie słowa „błąd” pomijając okoliczność doszczegółowienia tego pojęcia przez słowo „wada” umieszczone w nawiasie zaraz po słowie „błąd”. Tym samym dla prawidłowego rozumienia warunku udziału w postępowaniu przez „błąd”, dookreślony w treści warunku jako „wada” automatów, jak słusznie przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, należy przyjąć, iż pod pojęciem tym mieszczą się również naprawy części/podzespołów urządzenia i brak jest podstaw do rozszerzenia przedmiotowego warunku o konieczność wykazania się usuwaniem błędów w oprogramowaniu dotyczącego automatów.

Zdaniem Sądu Okręgowego, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała wszechstronnej oceny zebranego materiału dowodowego i przedstawiła w tym zakresie logiczny wywód. Niezasadny okazał się zatem zarzut naruszenia art. 542 ust. 1 nPzp. Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy w całości podzielił ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Krajowa Izba w sposób staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie oraz w sposób wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie narusza granic oceny swobodnej, jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawiera błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podzielił także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

W szczególności, wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego. 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 nPzp), a wydając wyrok (art. 552 ust. 1 nPzp) bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Dodać tu też należy, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebraniem materiałem dowodowym.

Dlatego też zdaniem Sądu Okręgowego bezzasadny jest także zarzut naruszenia przepisów procesowych poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów i dokonanie oceny dowodów sprzecznie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego (art. 542 ust.1 nPzp). Dodać jedynie wypada, że podnosząc ten zarzut skarżąca nie wykazała uchybienia podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów. Prawidłowe postawienie zarzutu naruszenia art. 542 ust. 1 Pzp wymaga wskazania konkretnego dowodu przeprowadzonego w sprawie, którego zarzut ten dotyczy i podania, w czym skarżący upatruje wadliwą ocenę jego wiarygodności bądź mocy dowodowej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dn. 25.11.2003r., sygn. II CK 293/02). Tego rodzaju argumentacji skarżący nie przedstawił. Skarżący bowiem opierając się na błędnej interpretacji warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 5.1.1. i 5.1.2. SIWZ dowodził okoliczności, które nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia, w szczególności nie miały znaczenia dla ustalenia, czy przystępujący spełnił przedmiotowe warunki. Słusznie zatem Izba uznała, że złożone przez skarżącego dowody okazały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia.

Wobec powyższego wszystkie zarzuty dotyczące postępowania dowodowego należy uznać jedynie za subiektywną ocenę skarżącego dokonanej przez Izbę oceny dowodów. Ocena skarżącego stanowi jedynie polemikę z niekorzystnymi dla niego wnioskami Izby, lecz nie jest skuteczną przesłanką podważenia dokonanej przez Izbę prawidłowej oceny materiału dowodowego. Tym samym za niezasadny ocenić należało zarzut naruszenia przez KIO art. 531 nPzp w zw. z art. 533 ust.1 nPzp i art. 542 ust.1 nPzp.

Bezzasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 541 nPzp. Dowody złożone przez (...) a.s. jak słusznie wskazał w odpowiedzi na skargę zamawiający potwierdzały to, co wynikało bezpośrednio z dokumentów złożonych przez tego wykonawcę wcześniej w postępowaniu w postaci wykazu dostaw i usług oraz referencje (...) (...) SA z dnia 4 stycznia 2021 roku. Prawidłowo zatem dowody te w oparciu o art. 541 nPzp zostały przez Krajową Izbę Odwoławczą pominięte. Z przedstawionej bowiem przez przystępującego umowy z dnia 4 kwietnia 2017 roku z (...) (...) SA wynika zobowiązanie do świadczenia serwisu gwarancyjnego dostarczonych automatów biletowych. Jednocześnie (...) (...)SA w piśmie skierowanym do zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2017 roku dokładnie sprecyzowała zakres tych usług serwisowych i wskazała, że obejmują one w szczególności utworzenie i utrzymanie zapasu części serwisowych, naprawę uszkodzonych części automatów lub ich wymiana na wolne od wad oraz wsparcie techniczne i serwisowe

w zakresie utrzymania prawidłowego funkcjonowania automatów. Powyższe potwierdza, że przystępujący realizuje usługi polegające na usuwaniu błędów (wad) automatów, a tym samym przedstawił prawdziwe informacje w tym zakresie i spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 5.1.2. SIWZ. W tym miejscu jeszcze raz podkreślić należy, że z uwagi na wyżej wskazane przyjęcie prawidłowej interpretacji przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, Izba słusznie uznała, że przystępujący wykazał spełnianie tegoż warunku. Zarzuty zaś skarżące odnoszące się do przeprowadzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą postępowania dowodowego mają związek z przyjętą przez niego nieprawidłową interpretacją tego warunku wskazaną wcześniej.

W konsekwencji stwierdzić należy, iż w świetle ustalonego stanu faktycznego oraz zasady interpretacji warunków udziału w postępowaniu po terminie składania ofert na korzyść wykonawcy, wyrok KIO jest prawidłowy. Izba dokonując prawidłowej wykładni warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 5.1.1 i 5.1.2 SIWZ nie naruszyła art. 24 ust. 1 pkt. 12 dPZP. W związku z tym nie doszło też do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 7 ust. 1 dPzp oraz w zw. z art. 65 § 1 kc w zw. z art. 14 ust. 1 dPZp.

Wobec niepotwierdzenia się wskazanego wyżej zarzutu stwierdzić należało, że nie doszło również do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 dPzp. Skoro bowiem przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu przedstawiając w tym zakresie informacje zgodne ze stanem faktycznym, to nie można zarzucić mu składania nieprawdziwych informacji w postępowaniu czy wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Reasumując, należy wskazać, że zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w pełni odpowiadał przepisom prawa procesowego i materialnego, a powołane w skardze zarzuty nie mogły doprowadzić do jego wzruszenia.

Powyższe zaś stanowiło o bezzasadności skargi, co było podstawą jej oddalenia w oparciu o art. 588 ust. 1 nPZP.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 589 ust.1 nPZP. Ponieważ postępowanie to zostało w całości przegrane przez skarżącego to zasadnym było zasądzenie kosztów od tego podmiotu na rzecz zamawiającego. Wysokość zasądzonych na rzecz przeciwników skargi kosztów wynika z § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi, z uwzględnieniem 50% stawki minimalnej. 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.

Na marginesie należy dodać, że nie było podstaw do zasądzania kosztów na rzecz przystępującego (...) a.s. gdyż nie był stroną postępowania skargowego lecz jedynie uczestnikiem postępowania, funkcjonującymi zawsze po którejś ze stron. Umocowanie przystępującego jest zbliżone do funkcji 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 *lex specialis*.

Monika Skalska