

Sygn. akt XXIII Zs 73/24

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 czerwca 2024 r.

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

Przewodniczący: Sędzia Renata Puchalska

Sędziowie: Arkadiusz Kucharski

Anna Żuława

Protokolant: sekr. sądowy Weronika Banach

**po rozpoznaniu w dniu 19 czerwca 2024 r. w Warszawie**

**na rozprawie**

**sprawy o udzielenie zamówienia publicznego**

**z udziałem:**

**zamawiającego (...) spółki akcyjnej w W.**

**skarżącego (...) spółki akcyjnej w W.**

**przeciwnika skargi konsorcjum (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A w M., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M.**

**na skutek skargi (...) spółki akcyjnej w W.**

**od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.**

**z dnia 8 kwietnia 2024 r. sygn. akt(...)**

**I. oddala skargę,**

**II. zasądza od (...) spółki akcyjnej w W. na rzecz konsorcjum (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A w M., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M. 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.**

**Anna Żuława Renata Puchalska Arkadiusz Kucharski**

**Sygn. akt XXIII Zs 73/24**

## UZASADNIENIE

(...) spółka akcyjna z siedzibą w W. prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: ustawa PZP) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej na linii kolejowej nr (...) na odcinku O. L. w ramach projektu: Prace na linii kolejowej nr (...) W. D. na odcinku W. etap I”

o numerze referencyjnym (...). Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lutego 2023 roku pod numerem (...)

W dniu 18 marca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowo-akcyjnej z siedzibą w M., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M. wobec czynności badania i oceny ofert, czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. oraz zaniechania odrzucenia tej oferty i zaniechania wezwania (...) S.A. do złożenia wyjaśnień. Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty (...) S.A., mimo że Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył podmiotowych środków dowodowych i innych dokumentów i oświadczeń w zakresie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.6.1 lit. a Instrukcji dla Wykonawców;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty (...) S.A., mimo że Wykonawca ten przynajmniej w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane w pkt. 8.6.1 lit. a Instrukcji dla Wykonawców oraz w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP w zw. z § 15 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od Wykonawcy oraz § 6 ust. 1, 2, 3 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych, oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, przez zaniechanie odrzucenia oferty (...) S.A., mimo że Wykonawca ten złożył w niewłaściwej formie uzupełniony w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP dowód określający, czy zamówienie wymienione w wykazie zamówień w zakresie warunku z pkt 8.6.1 lit. a Instrukcji dla Wykonawców zostało wykonane należycie – Potwierdzenie realizacji umowy z dnia 2 listopada 2023 roku – plik o nazwie: „(...)”;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty (...) S.A., mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

5) art. 128 ust. 4 ustawy PZP, przez zaniechanie wezwania (...) S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie treści podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu;

6) art. 239 ust. 1 ustawy PZP, przez wybór oferty (...) S.A., mimo że nie jest to oferta najkorzystniejsza;

7) art. 16 pkt 1 ustawy PZP, przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wobec tak przedstawionych zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: powtórzenia czynności badania i oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Wykonawcy (...) S.A.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił Wykonawca(...) S.A.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała merytorycznie odwołanie w związku z wniesieniem przez Przystępującego sprzeciwu wobec tego uwzględnienia (art. 523 ust. 3 ustawy PZP).

***Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku wydanym w dniu 8 kwietnia 2024 roku w sprawie zarejestrowanej pod sygn. akt (...)po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa***

**Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 18 marca 2024 roku przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) sp. z o.o. z siedzibą w M., (...) sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w M., (...) sp. z o.o. z siedzibą w M., w postępowaniu prowadzonym przez (...) S.A. z siedzibą w W., przy udziale uczestnika po stronie (...) S.A. z siedzibą w W.,**

**w punkcie pierwszym odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy (...) S.A. z siedzibą w W. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP,**

**w punkcie drugim w pozostałym zakresie uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty (...) S.A. z siedzibą w W. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

**w punkcie trzecim kosztami postępowania obciążyła wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) sp. z o.o. z siedzibą w M., (...) sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w M., (...) sp. z o.o. z siedzibą w M. w części  $\frac{1}{4}$  oraz (...) S.A. z siedzibą w W. w części  $\frac{3}{4}$  i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600,00 zł stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty poniesione przez Przystępującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz zasądziła od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 13 050,00 zł.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, podlega odrzuceniu jako wniesione po upływie ustawowego terminu (art. 528 pkt 3 ustawy PZP). Odwołujący podniósł niezgodność oferty Przystępującego z wymaganiami Specyfikacji Warunków Zamówienia, polegającą na przeniesieniu kosztów między pozycjami dokumentu Rozbicie Ceny Ofertowej (RCO) w odniesieniu do systemu monitoringu wizyjnego. Jak podkreśliła Izba treść RCO, jako stanowiąca część oferty, była dostępna dla Wykonawców z dniem otwarcia ofert, a więc mogła podlegać zaskarżeniu już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej (27 października 2023 roku). Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, że o możliwości kwestionowania oferty Przystępującego w ww. zakresie na wcześniejszym etapie postępowania świadczy chociażby okoliczność, że już w poprzednim postępowaniu odwoławczym (sygn. akt (...)) Odwołujący – mimo niepodniesienia takiego zarzutu w odwołaniu – próbował wykazać, że Przystępujący dokonał przenoszenia kosztów między pozycjami RCO, składając dowód numer 5 – zbiorcze zestawienie ze wszystkich ofert złożonych przez wykonawców w tym postępowaniu dotyczących pozycji RCO w zakresie systemu monitoringu wizyjnego (SMW) na okoliczność nieuprawnionego przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami RCO w ofercie Przystępującego. Obecnie Odwołujący wywodził uprawnienie do podniesienia takiego zarzutu z faktu, że w przedstawionym w poprzednim postępowaniu odwoławczym stanowisku procesowym Wykonawca (...)S.A. wskazał wprost, że przeniósł koszty pomiędzy pozycjami RCO. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie było podstaw do wniesienia odwołania wobec treści znanego wcześniej dokumentu w terminie liczonym od uzyskania przez Odwołującego dowodu lub przyznania okoliczności stanowiącej podstawę zarzutu.

W pozostałym zakresie Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując ustaleń stanu faktycznego Izba podała, że zgodnie z pkt 8.6.1. lit. a Instrukcji dla Wykonawców, w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4. Instrukcji dla Wykonawców wymagane jest wykazanie przez wykonawcę, że w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał m.in. co najmniej 1 zadanie polegające na zaprojektowaniu, zainstalowaniu i uruchomieniu systemu dynamicznej informacji pasażerskiej opartego o elektroniczne wyświetlacze informacyjne, obejmującego co najmniej 10 (dziesięć) wyświetlaczy w obrębie jednej lokalizacji, przy czym za wyświetlacz będzie uważane urządzenie wyposażone w jeden lub więcej ekranów w jednej obudowie.

Jak ustaliła Izba, w dniu 21 grudnia 2023 roku Zamawiający, wykonując wyrok Izby w sprawie o sygn. akt(...), poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwał Wykonawcę (...)S.A. – na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP – m.in. do wykazania spełnienia warunków, o których mowa w pkt 8.6.1. lit a Instrukcji dla Wykonawców.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący przedstawił Wykaz zamówień uzupełniony o zamówienia stanowiące jego zasób własny, z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Przystępujący poinformował, że w związku z uznaniem, iż Wykonawca polegając na zasobach podmiotu (...) spółki akcyjnej nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, (...) S.A. stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy PZP oraz zgodnie z art. 122 ustawy PZP zastąpił doświadczenie pierwotnie wykazywane za pomocą zasobów (...) S.A. zamówieniami stanowiącymi zasób własny (...) S.A. Przystępujący wskazywał na uprawnienie do powoływania się na doświadczenie uzyskane przez (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i legitymowania się nim jako własnym, ze względu na połączenie spółek na podstawie art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h. (połączenie przez przejęcie). Od dnia 1 grudnia 2022 roku, (...) S.A. przejęła w drodze tzw. sukcesji uniwersalnej wszystkie prawa i zobowiązania (...) sp. z o.o., przejmując całość przedsiębiorstwa tej spółki, w tym składniki niematerialne tego przedsiębiorstwa, takie jak posiadane zdolności techniczne lub zawodowe. Powyższy fakt przejęcia w całości majątku spółki (...) sp. z o.o. w wyniku połączenia został zgodnie z prawem należyście odnotowany w odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego dotyczącym (...) S.A.

Na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 8.6.1. lit a Instrukcji dla Wykonawców Przystępujący przedstawił następujące doświadczenie: Wykonanie projektów oraz budowa Systemu (...) czasu rzeczywistego wraz z instalacją tablic na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Przedmiot zamówienia obejmował zaprojektowanie, zainstalowanie i uruchomienie systemu dynamicznej informacji pasażerskiej opartego o elektroniczne wyświetlacze informacyjne, w liczbie 100 (stu) wyświetlaczy w obrębie jednej lokalizacji, przy czym za wyświetlacz jest uważane urządzenie wyposażone w jeden lub więcej ekranów w jednej obudowie. Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia to listopad 2014 roku, zaś termin zakończenia realizacji zamówienia to marzec 2017 roku.

Do wykazu Przystępujący załączył Potwierdzenie realizacji umowy, wystawione w imieniu (...) sp. z o.o., w którym podano: „W ramach podpisanej Umowy Nr (...) z dnia 14.11.2014 firma (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. przy Al. (...), zarejestrowana w KRS pod numerem (...), zrealizowała następujący zakres prac zatwierdzony podpisaniem w dniu 09.03.2017r. ostatecznego protokołu odbioru realizacji:

- wykonanie projektów dla potrzeb jednorodnego systemu dynamicznej informacji pasażerskiej czasu rzeczywistego składającego się ze 100 szt. tablic (...),
- uzgodnienia projektowe i uzyskanie niezbędnych pozwoleń na realizację
- budowa systemu zasilania dla 100 szt. tablic (...),
- realizacja prac budowlanych i instalacja 100 szt. zewnętrznych tablic (...)
- uruchomienie działania 100 szt. tablic (...) w ramach systemu.

Wszystkie ww. prace zrealizowane zostały dla jednorodnego systemu 100 szt. tablic (...) w W.. Potwierdzamy, że wszystkie prace zrealizowane zostały należyście, z zachowaniem wyznaczonych terminów i zgodnie z postanowieniami podpisanej Umowy.”

Następnie Krajowa Izba Odwoławcza przywołała art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.1 lit. a Instrukcji dla Wykonawców. Powyższej oceny nie zmieniał fakt, że zdaniem Izby argumentacja Odwołującego w tym zakresie tyłko częściowo zasługiwała na uwzględnienie.

Za okoliczność bezsporną Izba uznała to, że w uzupełnionym wykazie Przystępujący powołał się na doświadczenie w realizacji zamówienia wykonane na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością - Dostawa, instalacja i uruchomienie tablic Systemu (...) czasu rzeczywistego wraz z obsługą bieżącą tych tablic. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że ww. zamówienie nie polegało na zaprojektowaniu, zainstalowaniu i uruchomieniu systemu dynamicznej informacji pasażerskiej, a jedynie na dostawie, instalacji i uruchomieniu tablic (oraz związanych z tym robót budowlanych i prac instalacyjno-montażowych) na potrzeby włączenia tych tablic do już istniejącego systemu informacji pasażerskiej, co nie odpowiada warunkowi opisanemu przez Zamawiającego.

Za słuszne Krajowa Izba Odwoławcza uznała stanowisko Przystępującego, że wobec braku w Specyfikacji Warunków Zamówienia definicji systemu na potrzeby warunku udziału w postępowaniu, należy posłużyć się słownikowym znaczeniem tego pojęcia, zgodnie z którym system to układ elementów mający określoną strukturę i stanowiący logicznie uporządkowaną całość. Odwołujący natomiast z opisu warunku udziału w postępowaniu próbował wywodzić wymagania w nim niewyrażone. Z warunku tego nie wynikał bowiem brak możliwości powołania się na doświadczenie w realizacji zadania, w ramach którego wymagana była integracja wykonywanego systemu z systemem już istniejącym. Opis warunku nie stanowił, że ma to być system działający odrębnie lub wdrażany w nowym środowisku (bez współpracy z systemem centralnym). Przy braku dodatkowych obostrzeń, za system w rozumieniu Specyfikacji Warunków Zamówienia może być uznany zestaw tablic z oprogramowaniem i zasilaniem oraz transmisją, w ramach której treści (informacje dla pasażerów) dostarczane z aplikacji są przetwarzane w odpowiedni sposób i prezentowane na różnych wyświetlaczach.

Dalej, Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że (...) sp. z o.o. na pytanie Zamawiającego potwierdziły w piśmie z 25 marca 2024 roku, że przedmiotem zamówienia był system zgodny z warunkiem:

„Ad. 1) Umowa (...), zawarta w wyniku postępowania (...), obejmowała swoim zakresem dostawę, instalację i uruchomienie tablic Systemu (...) czasu rzeczywistego (zwanego dalej w skrócie (...)) wraz z obsługą bieżącą tych tablic. W szczególowy zakres prac wchodziło także zaprojektowanie systemu.

Ad. 2) System SIP jest oparty o elektroniczne wyświetlacze informacyjne zbudowane w oparciu o technologię(...).

Ad. 3) Przedmiotowa umowa obejmowała swoim zakresem dostawę, instalację, uruchomienie i bieżącą obsługę 100 szt. tablic, wszystkie na terenie (...)W..

Ad. 4) System SIP jest zbudowany w oparciu o dwustronne tablice posiadające dwa moduły wyświetlające w jednej obudowie. (...)”.

W opinii Składu Orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej powyższa odpowiedź stanowiła wyraźne potwierdzenie, że zamówienie obejmowało zaprojektowanie i wykonanie Systemu Informacji Pasażerskiej. Z kolei stanowisko Odwołującego oraz przedstawione przez niego dowody w postaci dokumentacji z innych postępowań, opierają się na nieuprawnionej interpretacji warunku i próbie nadania mu znaczenia bardziej restrykcyjnego niż wynikające z jego brzmienia.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że Przystępujący nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu nie z uwagi na zakres zamówienia zleconego przez (...) sp. z o.o., ale ze względu na zakres uczestnictwa (...) sp. z o.o. w jego wykonaniu, co również podnosił Odwołujący.

Jak zauważyła Izba pismo (...) sp. z o.o., będące odpowiedzią na pytanie Zamawiającego, potwierdzało okoliczność wskazaną w odwołaniu, że zgodnie z umową (...) z 29 października 2014 roku (...) sp. z o.o. miało zostać powierzone wykonanie zamówienia w następującym zakresie: realizacja uzgodnień, wykonanie prac budowlanych, kierowanie

robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Izba zważyła, że był to zakres istotnie węższy niż wymagany przez Zamawiającego i niż wskazany w wykazie jako doświadczenie, którym Przystępujący dysponuje. Izba nie kwestionowała stanowiska Przystępującego, że zakres podwykonawstwa mógł zostać rozszerzony w stosunku do zakresu określonego w umowie z głównym wykonawcą, Przystępujący jednak nie wykazał, że taka sytuacja miała miejsce. Przystępujący przedstawił jedynie oświadczenie Prezesa Zarządu (...) sp. z o.o. z 26 marca 2024 r. o treści:

„(...) sp. z o.o., nawiązując do wystawionego dokumentu „Potwierdzenie realizacji Umowy” z dnia 2 listopada 2023 r., potwierdza, że w ramach umowy nr (...) z dnia 14.1.2014 r., (...) sp. z o.o. wykonała prace polegające na zaprojektowaniu, zainstalowaniu i uruchomieniu systemu dynamicznej informacji pasażerskiej, który podlegał integracji z istniejącym Systemem (...) w ramach zamówienia dla (...). Potwierdzamy, że wykonany system był oparty o elektroniczne wyświetlacze informacyjne, obejmujące 100 wyświetlaczy w obrębie miasta W. (przy czym za wyświetlacz uważa się urządzenie wyposażone w jednej lub więcej ekranów w jednej obudowie).”

Przystępujący złożył również odpis pełny z Krajowego Rejestru Sądowego (...) sp. z o.o., potwierdzający, że osoba, która podpisała ww. oświadczenie (J. K.) była członkiem zarządu w czasie zawarcia i realizacji umowy z (...) sp. z o.o..

W ocenie Izby, powyższego oświadczenia nie sposób uznać za dowód potwierdzający, że zakres podwykonawstwa (...) sp. z o.o. został zwiększony w stosunku do umowy i obejmował zaprojektowanie, zainstalowanie i uruchomienie systemu dynamicznej informacji pasażerskiej. Oświadczenie takie, sporządzone na potrzeby postępowania odwoławczego, nie jest wystarczającym dowodem przeciwnym w stosunku do umowy zawartej przez (...) sp. z o.o. Zdaniem Izby, jeżeli zakres tego podwykonawstwa został rzeczywiście zmieniony, to Przystępujący miał wszelkie możliwości wykazania tego dokumentami źródłowymi, nie zaś oświadczeniem sporządzonym w toku postępowania odwoławczego, które to oświadczenie nie może być uznane za dowód przeciwko treści umowy. Przystępujący mógł przedstawić takie dowody, jak umowę o podwykonawstwo, faktury związane z jej realizacją czy protokoły odbioru prac (czego jednak nie zrobił, poprzestając na opisanym wyżej oświadczeniu). Izba zaznaczyła, że nie jest możliwe, aby realizacja prac przez podwykonawcę nie została potwierdzona takimi dokumentami, zatem nieprzedstawienie ich w postępowaniu odwoławczym zostało odczytane na niekorzyść Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Przystępujący nie tylko nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale też wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia tego warunku.

W tym miejscu Izba przywołała art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział stosowanie powyższej, fakultatywnej przesłanki wykluczenia (pkt 8.1 Instrukcji dla Wykonawców).

W ocenie Izby Przystępujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Przystępujący przedstawił bowiem Zamawiającemu informację, że dysponuje doświadczeniem w zaprojektowaniu, zainstalowaniu i uruchomieniu systemu dynamicznej informacji pasażerskiej opartego o elektroniczne wyświetlacze informacyjne, w liczbie 100 (stu) wyświetlaczy w obrębie jednej lokalizacji, przy czym za wyświetlacz jest uważane urządzenie wyposażone w jeden lub więcej ekranów w jednej obudowie. W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała powyższe za niezgodne ze stanem rzeczywistym, z powodów wskazanych we wcześniejszej części uzasadnienia. Izba doszła do przekonania, że informacje te wprowadzały Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wprowadzenie Zamawiającego w błąd nastąpiło w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa Przystępującego. Zdaniem Izby nie sposób bowiem przyjąć, że powołując się na zasób własny

(doświadczenie spółki przejętej przez Przystępującego) mógł on pozostawać w błędnym, ale w jakikolwiek sposób usprawiedliwionym przekonaniu, że zakres wykonanych przez tę spółkę prac jest taki, jak to przedstawiono Zamawiającemu. Jeżeli Przystępujący nie miał świadomości, że informacje te nie odpowiadają rzeczywistości, to musi być to uznane za rażące naruszenie reguł należytej staranności, stanowiące kwalifikowaną postać niedbalstwa. Zauważenia wymaga, że Przystępujący, jako następcą (...) sp. z o.o., musiał być w posiadaniu pełnej dokumentacji z realizacji prac na rzecz (...) sp. z o.o., a ponadto – Przystępujący nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, że J. M., który przekazał Zamawiającemu odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, był pracownikiem (...) sp. z o.o.. W tych okolicznościach trudno usprawiedliwić przekazanie Zamawiającemu informacji, że (...) sp. z o.o. zrealizował prace o zakresie wskazanym w wykazie, czego Przystępujący nie jest w stanie potwierdzić żadnymi dokumentami źródłowymi, a jedynie oświadczeniami sporządzonymi na potrzeby obecnie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia (tj. Potwierdzeniem realizacji umowy z 2 listopada 2023 roku, któremu z uwagi na brak podpisu wystawcy nie można przypisać mocy dowodowej oraz oświadczeniem z 26 marca 2024 roku, złożonym w postępowaniu odwoławczym).

Z uwagi na powyższe okoliczności Izba uznała, że Przystępujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Odnosząc się natomiast do przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, która również została wskazana w odwołaniu jako podstawa prawna zarzutu, należy stwierdzić, że wobec wystąpienia przesłanki dalej idącej, tj. wprowadzenia w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy przedstawianiu informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, przesłanka odnosząca się jedynie do lekkomyślności lub niedbalstwa nie znajduje zastosowania.

Kolejno Krajowa Izba Odwoławcza poczyniła rozważania w zakresie zarzutu dotyczącego formy referencji. Izba ustaliła, że Przystępujący załączył do uzupełnionego na wezwanie Zamawiającego wykazu zamówień Potwierdzenie realizacji umowy z 2 listopada 2023 roku, oznaczone jako wystawione w imieniu spółki (...) sp. z o.o. Plik został opatrzony podpisem elektronicznym J. M. działającego w imieniu spółki (...) S.A. Został w nim zamieszczony plik graficzny stanowiący wizualizację podpisu J. K. – Prezesa Zarządu(...) sp. z o.o.

Okolicznością przyznaną przez Przystępującego było to, że przekazany dokument nie stanowił cyfrowego odwzorowania dokumentu sporządzonego w postaci papierowej, ale został stworzony pierwotnie w formie cyfrowej.

Izba za adekwatne uznała przywołanie § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie:

„1. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zwane dalej „dokumentami potwierdzającymi umocowanie do reprezentowania”, zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami”, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

2. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań

lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.”

Przystępujący przyznał, że Potwierdzenie realizacji umowy zostało sporządzone w formie elektronicznej i że nie zostało opatrzone podpisem elektronicznym osoby działającej w imieniu spółki będącej jego wystawcą. Nie kwestionował również, że uwidoczniony w nim podpis „odręczny” Prezesa Zarządu tej spółki oraz pieczętka zostały do pliku wklejone jako elementy graficzne. Zdaniem Izby powyższe oznacza, że referencje nie zostały podpisane przez ich autora.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska Przystępującego, który kwestionował konieczność opatrzenia dokumentu elektronicznego jakimkolwiek podpisem. Zauważenia wymaga, że referencje stanowią oświadczenie wiedzy, a brak podpisu powoduje, że trudno im przypisać cechy oświadczenia. Izba uznała, że taki niepodpisany tekst nie posiada walorów dowodowych, nie da się bowiem ustalić, że osoba wskazana w jego treści faktycznie złożyła takie oświadczenie. Co więcej, w ogóle nie jest możliwe ustalenie osoby, od której takie oświadczenie pochodzi. Jak wynika z przedstawionych przez Odwołującego ekspertyz – na podstawie informacji zawartych w dokumencie nie jest możliwe ustalenie osoby, która go wytworzyła. W opinii Izby plik o takiej treści mógłby więc być przygotowany przez każdą inną osobę, która umieściła w nim nazwę spółki i dokleiła znaki graficzne stanowiące odwzorowanie podpisu i pieczętka.

Wobec powyższego Izba nie zgodziła się z Przystępującym, który brak potrzeby podpisania referencji wywodził z § 10 ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych, który wśród wymagań dla dokumentów elektronicznych nie wymienia podpisu. Takie stanowisko nie uwzględnia charakteru referencji, które są oświadczeniem wiedzy konkretnych osób, a brak podpisu powoduje brak walorów dowodowych takiego dokumentu.

Izba podkreśliła, że o wadliwości złożonych referencji świadczy nieopatrzenie ich podpisem wystawcy, nie zaś opatrzenie ich podpisem osoby reprezentującej Przystępującego. Podpis elektroniczny w imieniu Przystępującego Izba uznała za zbędny, skoro nie chodziło o poświadczenie cyfrowego odwzorowania dokumentu sporządzonego w postaci papierowej.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Przystępujący nie przedstawił prawidłowego podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia wskazanego w wykazie, a zatem jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 ustawy PZP, art. 574 ustawy PZP i art. 575 ustawy PZP oraz § 5 pkt 1 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego w części 1/4 i Przystępującego w części 3/4, z uwagi na stosunek zarzutów uwzględnionych do zakresu, w jakim odwołanie podlegało odrzuceniu.

Zrelacjonowany powyżej wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany w sprawie sygn. akt (...), (...) S.A. zaskarżył w części czyli w zakresie punktu drugiego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2024 roku, podnosząc zarzuty naruszenia przepisów postępowania mających istotny wpływ na jego wynik, tj.:

a. art. 534 ust.1 ustawy PZP w zw. z art. 535 ustawy PZP poprzez odwrócenie ciężaru dowodu i przyjęcie, że to Skarżący winien obalić zarzuty odwołania poprzez przedstawienie określonych dowodów na okoliczność wykazania, co wchodziło w zakres umowy z (...) sp. z o.o. a nie jak to wynika z ogólnej zasady ciężaru dowodu, że to Konsorcjum (...) (jako Odwołujący) powinien wykazać, iż Skarżący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;



b. art. 542 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP poprzez dowolną i wybiórczą, a nie swobodną i wszechstronną ocenę dowodów, bez uwzględnienia zasad doświadczenia życiowego, w szczególności związanych z obrotem gospodarczym oraz zaniechanie rozpatrzenia wszystkich okoliczności sprawy, przy ocenie jedynie części dowodów zgromadzonych w aktach postępowania odwoławczego, w szczególności przyznanie większej wiary budzącym wątpliwości dowodom przedstawionym przez Konsorcjum (...), w stosunku do dowodów i argumentacji prezentowanej przez Skarżącego, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem skutkowało błędnym przyjęciem przez Izbę, że:

- z pisma (...) sp. z o.o. z dnia 25 marca 2024 roku (znak: (...)) stanowiącego załącznik numer 2 do odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego wynika jaki zakres został zrealizowany przez Skarżącego jako podwykonawcę i że potwierdza to okoliczność wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy prawidłowa ocena tego dowodu powinna prowadzić do wniosku, iż dowód ten potwierdza jedynie jaka była treść umowy pomiędzy (...) sp. z o.o. i (...)sp. z o.o., a nie rzeczywisty zakres wykonany przez Skarżącego, a co za tym idzie dowód ten nie potwierdza, że Skarżący wprowadził w błąd Zamawiającego. Tym samym prawidłowa ocena dowodów powinna prowadzić wniosku, iż Konsorcjum (...) nie wykazało, iż zakres wskazany przez (...) S.A. w wykazie doświadczenia nie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu określone w pkt 8.6.1. lit. a) Instrukcji dla Wykonawców ani że Skarżący wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełniania warunku udziału w postępowaniu;
- oświadczenie Pana J. K. (prezesa zarządu (...)sp. z o.o.) z dnia 26 marca 2024 roku (wraz z odpisem z Krajowego Rejestru Sądowego potwierdzającym okoliczność, że dana osoba była członkiem zarządu na moment zawierania umowy ze Skarżącym, jak i jej realizacji) - dowód dołączony do sprzeciwu Skarżącego - „nie jest wystarczającym dowodem przeciwnym w stosunku do zawartej umowy przez (...)” z (...) sp. z o.o. podczas gdy prawidłowa ocena tego dowodu powinna prowadzić do wniosku, że umowa(...)sp. z o.o. z (...) sp. z o.o. jest jedynie deklaracją powierzenia określonego zakresu podwykonawcy a nie potwierdzeniem jej wykonania. Tym samym prawidłowa ocena dowodu powinna prowadzić do wniosku, że Pan J. K. miał wiedzę pozwalającą na złożenie oświadczenia o treści przedstawionej jako dowód przez Skarżącego, a przeciwnego dowodu dot. zrealizowanego a nie tylko deklarowanego zakresu umowy podwykonawczej nie złożono;
- nie wiadomo czy osoba wskazana w treści referencji złożonej przez Skarżącego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego faktycznie złożyła takie oświadczenie podczas gdy prawidłowa ocena oświadczenia Pana J. K. (prezesa zarządu(...) sp. z o.o.) z dnia 26 marca 2024 roku - dowód dołączony do sprzeciwu Skarżącego - powinna prowadzić do wniosku, że Pan J. K. potwierdził okoliczność wystawienia tego dokumentu elektronicznego (referencji);
- Skarżący „nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, że J. M. (...) był pracownikiem spółki (...)” co zdaniem Izby przemawiało za przypisaniem Skarżącemu niedbalstwa jako przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania podczas gdy prawidłowa ocena stanowiska Skarżącego powinna prowadzić do wniosku, iż Skarżący na stronie 8 sprzeciwu podniósł, iż „w okresie obejmującym realizację umowy, której dotyczy poz. 1 Wykazu, Pan J. M. nie pracował w (...) sp. z o.o., ani w żadnej spółce z Grupy (...)”, a tym samym zaprzeczył twierdzeniom Konsorcjum (...), zaś Konsorcjum (...) nie przedstawiło żadnych dowodów dla wykazania podnoszonego przez siebie twierdzenia.

c. art. 552 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność dokonanych przez Izbę istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego w ww. zakresie.

Ponadto Skarżący zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie co doprowadziło do błędnego uznania, że Skarżący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.1. lit. a Instrukcji dla Wykonawców pomimo, iż Wykonawca przedstawił na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

wymagane przez Zamawiającego dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.1. lit. a Instrukcji dla Wykonawców;

b. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w związku art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie co doprowadziło do błędnego uznania, że oferta Skarżącego podlega odrzuceniu z uwagi na to, iż Skarżący wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.1. lit. a Instrukcji dla Wykonawców pomimo, iż (...) nie wprowadził w błąd Zamawiającego, a co najmniej na etapie postępowania odwoławczego Konsorcjum (...) nie wykazało ani okoliczności wprowadzenia w błąd ani stopnia zawinienia Skarżącego;

c. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP w związku z § 6 ust. 1 oraz § 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie - zwane dalej „rozporządzeniem” w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie co doprowadziło do błędnego uznania, że Skarżący nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia pomimo, iż złożony przez Skarżącego dokument elektroniczny odpowiadał wymogom § 10 rozporządzenia a nakazywanie wykluczenia z postępowania

wyłącznie z powodu dołączenia do tego dokumentu dodatkowego podpisu przedstawiciela Skarżącego jest nieproporcjonalne do rodzaju uchybienia.

Wobec tak przedstawionych zarzutów Skarżący wniósł o uwzględnienie skargi oraz zmianę punktów 2 i 3 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej poprzez oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, a także obciążenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) sp. z o.o. z siedzibą w M., (...) sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w M., (...) sp. z o.o. z siedzibą w M. kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ponadto złożono wniosek o obciążenie Konsorcjum (...) kosztami oraz zasądzenie kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym na rzecz Skarżącego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

(...) S.A. w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie od (...) S.A. na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz opłaty od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) sp. z o.o. z siedzibą w M., (...) sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w M., (...) sp. z o.o. z siedzibą w M. wnieśli o oddalenie skargi jako bezzasadnej oraz obciążenie Skarżącego kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych

### **Sąd Okręgowy – Sąd Zamówień Publicznych zważył, co następuje:**

W ocenie Sądu Okręgowego skarga (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. nie była zasadna.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2<sup>1</sup> k.p.c. (który na podstawie art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczy się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą stanowiące podstawę uwzględnienia odwołania złożonego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o. S.K.A., (...) sp. z o.o., jak i wywody prawne zawarte w uzasadnieniu wyroku I.

Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez Skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy.

W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Krajowa Izba w sposób staranny, wyczerpujący i wszechstronny wyjaśniła podstawy uwzględnienia odwołania w niniejszej sprawie. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawierała błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że żaden z zarzutów zawartych w skardze nie okazał się zasadny. Skarga miała wymiar jedynie polemiczny, nie wniosła do postępowania przed Sądem Zamówień Publicznych argumentacji, która byłaby trafna.

Istotą postępowania było zaś ustalenie czy Skarżący wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wyszczególniony w punkcie 8.2.4. Instrukcji dla Wykonawców dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, a zatem czy wykazał zgodnie z punktem 8.6.1. lit. a Instrukcji dla Wykonawców, że w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał m.in. co najmniej 1 zadanie polegające na zaprojektowaniu, zainstalowaniu i uruchomieniu systemu dynamicznej informacji pasażerskiej opartego o elektroniczne wyświetlacze informacyjne, obejmującego co najmniej 10 (dziesięć) wyświetlaczy w obrębie jednej lokalizacji, przy czym za wyświetlacz będzie uważane urządzenie wyposażone w jeden lub więcej ekranów w jednej obudowie. Zgodnie bowiem z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP, o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.

W ocenie Sądu Okręgowego (...) S.A. nie wykazał spełnienia opisanego warunku udziału w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza zasadnie nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty (...) S.A. jako sprzecznej z prawem zamówień publicznych.

Przechodząc do merytorycznej analizy poszczególnych zarzutów zaprezentowanych w skardze, wskazać należy, że Skarżący jako pierwszy przedstawił zarzut naruszenia art. 534 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 535 ustawy PZP poprzez odwrócenie ciężaru dowodu i przyjęcie, że to Skarżący winien obalić zarzuty odwołania poprzez przedstawienie określonych dowodów na okoliczność wykazania, co wchodziło w zakres umowy z (...) sp. z o.o. a nie jak to wynika z ogólnej zasady ciężaru dowodu, że to Konsorcjum (...) (jako Odwołujący) powinien wykazać, iż Skarżący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy PZP). Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy (art. 535 ust. 1 ustawy PZP).

Przytoczone normy Prawa zamówień publicznych regulują obowiązki procesowe stron w zakresie wskazywania dowodów na poparcie formułowanych przez siebie twierdzeń faktycznych. Tym samym wprowadzają do postępowania odwoławczego zasadę kontradyktoryjności, w której spierające się strony i uczestnicy postępowania odwoławczego muszą udowodnić przedstawiane przez siebie racje. W praktyce głównym adresatem art. 534 ustawy PZP będzie rzecz jasna odwołujący. To on bowiem formułuje w odwołaniu zarzuty wobec rozstrzygnięć zamawiającego i on też będzie zobowiązany do wykazania ich zasadności. Nie oznacza to jednak, że zamawiający bądź przystępujący mogą pozostać bezczynni. Odpierając bowiem twierdzenia odwołującego, powinni oni także wskazywać dowody dla poparcia swoich twierdzeń (P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 534.; P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 534).

Tym samym należy podkreślić, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy PZP ciężar dowodu w ramach postępowania odwoławczego spoczywał na Odwołujących Wykonawcach wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) sp.

z o.o., (...) sp. z o.o. S.K.A., (...) sp. z o.o. Odwołujący w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ograniczyli się do przedstawienia określonych twierdzeń, lecz zaoferowali odpowiedni materiał dowodowy na ich poparcie.

(...) S.A. występujący w postępowaniu odwoławczym jako Przystępujący dla wykazania swojego stanowiska powinien odeprzeć twierdzenia Odwołujących i przedstawić kontradycje na poparcie podnoszonej argumentacji. Skarżący winien obalić zarzuty odwołania. W ramach przedmiotowego postępowania Skarżący temu nie sprostał, albowiem nie dysponował odpowiednim materiałem dowodowym wykazującym jego twierdzenia i jednocześnie podważającym zgodności z prawdą dowodów przedstawionych przez Odwołujących.

Skarżący nie wykazał przede wszystkim zwiększonego zakresu prac podwykonawczych zrealizowanych przez (...) sp. z o.o., aniżeli ten wskazany przez zamawiającego (...) sp. z o.o. na podstawie umowy o roboty budowlane z generalnym wykonawcą (...) sp. z o.o. Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że (...) S.A. wskazywał na uprawnienie do powoływania się na doświadczenie uzyskane przez (...) sp. z o.o. i legitymowania się nim jako własnym, ze względu na połączenie spółek na podstawie art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h. (połączenie przez przejęcie).

(...) S.A. skierował bowiem do (...) sp. z o.o. zapytanie jaki był udział (...) sp. z o.o. w realizacji zamówienia objętego Umową (...) z 29 października 2014 roku, zawartą w wyniku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego (...) pomiędzy (...) sp. z o.o. a Wykonawcą (...) sp. z o.o.

(...) sp. z o.o. udzielił konkretnej odpowiedzi, iż Umowa (...) obejmowała swoim zakresem dostawę, instalację i uruchomienie tablic Systemu (...) czasu rzeczywistego wraz z obsługą bieżącą tych tablic. W szczegółowy zakres prac wchodziło także zaprojektowanie systemu. Jednakże zgodnie ze wskazaną umową (...) sp. z o.o. miało zostać powierzone wykonanie zamówienia jedynie w następującym zakresie: realizacja uzgodnień, wykonanie prac budowlanych, kierowanie robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

W ocenie Sądu Okręgowego z całokształtu materiału dowodowego zebranego w przedmiotowej sprawie nie wynika w sposób jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości jakie faktycznie prace wykonał (...) sp. z o.o. w ramach Umowy (...) na rzecz (...) sp. z o.o. Z informacji przedstawionej przez (...) sp. z o.o. wynika wycinkowy zakres prac realizowanych przez (...) sp. z o.o., co wskazywałoby, że Skarżący nie spełnił spornego warunku udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zawartego w punkcie 8.2.4. w zw. z punktem 8.6.1. lit. a Instrukcji dla Wykonawców.

Zdaniem Sądu Okręgowego, jak słusznie podkreślała Izba, oświadczenie Prezesa generalnego wykonawcy – (...) sp. z o.o. wskazujące na szerszy zakres wykonanych przez (...) sp. z o.o. prac w ramach realizacji zamówienia publicznego nie jest wystarczającym dowodem przeciwnym w stosunku do umowy zawartej przez (...) sp. z o.o. z (...) sp. z o.o. Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że przedmiotowe oświadczenie ma ograniczoną moc dowodową. Ten dowód okazał się niewystarczającym przeciwdowodem do całokształtu materiału dowodowego, który został zaoferowany w postępowaniu przez Przeciwników Skargi i Zamawiającego. Rację ma Krajowa Izba Odwoławcza, że w tej sytuacji powinny zostać przedstawione inne dowody źródłowe typu – aneks do umowy podwykonawczej, faktury, protokoły odbioru. Być może te dokumenty nie byłyby potrzebne, gdyby oświadczenie generalnego wykonawcy nie budziło żadnych wątpliwości, do czego szerzej Sąd Okręgowy odniesie się poniżej.

Przechodząc do wiarygodności i mocy dowodowej, to należy z całą stanowczością podzielić stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż dokument w postaci oświadczenia Prezesa (...) sp. z o.o. budzi uzasadnione wątpliwości. Jest to dokument elektroniczny z wklejonym faksymile Pana J. K. Nie zawiera własnoręcznego podpisu ani podpisu elektronicznego. Natomiast z właściwości pliku, czego Skarżący nie kwestionował, nie można jednoznacznie stwierdzić, kto jest jego autorem. Sąd Okręgowy zgadza się ze Skarżącym, że referencje mogą stanowić dowód określonego faktu na przykład dowód wykonania w sposób prawidłowy określonego zadania w sytuacji kiedy ma się pewność, że referencje zostały podpisane przez odbiorcę usług i co więcej w sytuacji kiedy jest to jedyny dowód mający wykazać, że wykonawca spełnia określone warunki udziału w postępowaniu.

Zatem referencje co do zasady mogą być dowodem, ale nie w sytuacji kiedy budzą wątpliwości w aspekcie, kto jest autorem takich referencji i w sytuacji kiedy jest to de facto jedyny pozytywny dowód, który ma wskazywać, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, a pozostały materiał dowodowy nie pokrywa się z treścią referencji w całej rozciągłości. Taka właśnie sytuacja miała miejsce w ramach przedmiotowego postępowania. Nie sposób było bowiem ustalić kto jest wystawcą referencji przedstawionych w formie oświadczenia Prezesa (...)sp. z o.o.

Nie doszło zatem do naruszenia art. 534 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 535 ustawy PZP w ramach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, która w sposób prawidłowy oceniła rozkład ciężaru dowodowego w sprawie.

Brak jednoznacznego wykazania wystawcy dokumentu zawierającego treść oświadczenia Prezesa(...) sp. z o.o. prowadzi Sąd Okręgowy do wniosku, że pozostałe zarzuty skargi również są niezasadne.

Kolejnymi zarzutami zaprezentowanym przez Skarżącego było naruszenia art. 542 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP poprzez dowolną i wybiórczą, a nie swobodną i wszechstronną ocenę dowodów, bez uwzględnienia zasad doświadczenia życiowego, w szczególności związanych z obrotem gospodarczym oraz zaniechanie rozpatrzenia wszystkich okoliczności sprawy oraz zarzut naruszenia art. 552 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność dokonanych przez Izbę istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego w ww. zakresie.

Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego (art. 552 ust. 1 ustawy PZP). Ustalony stan rzeczy to taki, który znajduje potwierdzenie w zebranych materiale dowodowym ocenionym wedle reguł wyrażonych w art. 542 ustawy PZP i reguł dowodowych ustanowionych w oddziale 6 rozdziału 2 działu IX Prawa zamówień publicznych. Postępowanie dowodowe w postępowaniu odwoławczym służy zgromadzeniu dowodów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Skład orzekający ocenia wiarygodność oraz moc każdego z dowodów odrębnie według własnego uznania na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 ustawy PZP). Należy wskazać, iż Krajowa Izba Odwoławcza ma swobodę w ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, natomiast zarzut naruszenia tego uprawnienia może być usprawiedliwiony tylko wówczas, gdyby Izba zaprezentowała rozumowanie sprzeczne z regułami logiki bądź doświadczeniem życiowym. Dlatego też dla skuteczności tego zarzutu nie wystarcza stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujących się do stanu faktycznego, który w przekonaniu Skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest zatem wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie w tym zakresie. Dlatego też należy wskazać jakie kryteria oceny zostały naruszone przy ocenie konkretnych dowodów uznając brak wiarygodności i mocy dowodowej. Natomiast nie jest wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjęła Izba doniosłości poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena Izby.

(...) S.A. w przedmiotowej sprawie nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови wykazania przyczyn dyskwalifikujących rozumowanie Krajowej Izby Odwoławczej i ustalenia przez nią dokonane. Skarżący nie wskazał jakie zasady wnioskowania oraz logicznego rozumowania zostały przez Izbę naruszone i jaki to miało wpływ na treść ustaleń. Zarzuty naruszenia przepisów postępowania miały zatem jedynie wymiar polemiczny.

Oparcie przez Krajową Izbę Odwoławczą ustaleń faktycznych w sprawie w odniesieniu do zakresu prac wykonanych przez (...) sp. z o.o. jako podwykonawcę na podstawie pisma (...) sp. z o.o. z dnia 25 marca 2024 roku (znak: (...)) stanowiącego załącznik numer 2 do odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, wbrew twierdzeniom Skarżącego, należało uznać za postępowanie prawidłowe. Skarżący nie przedstawił wiarygodnego dowodu, który w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości wskazywałby, że zakres prac podwykonawczych realizowanych przez (...) sp. z o.o. był inny niż wynikający z informacji udzielonej przez (...) sp. z o.o., a zatem jak podnosił Skarżący, że był to zakres szerszy.

Także wnioski jakie Krajowa Izba Odwoławcza wyprowadziła z tak ustalonych okoliczności były uprawnione. Skarżący bowiem jako spółka przejmująca (...) sp. z o.o., jako jej następca prawny winien być w posiadaniu pełnej

dokumentacji z realizacji prac na rzecz (...) sp. z o.o. Skarżący nie był jednak w stanie potwierdzić wykonanych prac podwykonawczych żadnymi dokumentami źródłowymi, a jedynie oświadczeniami sporządzonymi na potrzeby prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym Odwołujący w sposób prawidłowy wykazał, iż zakres wskazany przez (...) S.A. w wykazie doświadczenia nie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1. lit. a Instrukcji dla Wykonawców, a Skarżący w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że Wykonawcy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winni wykazywać stosownymi dokumentami spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność ta nie może być dowodzona dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, czy też skargowego przed Sądem Zamówień Publicznych. Zauważenia wymaga także fakt, że to już kolejne doświadczenie wskazywane przez (...) S.A. dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.2.4. w zw. z punktem 8.6.1. lit. a Instrukcji dla Wykonawców. Zamawiający w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w sprawie o sygn. akt (...), poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwał Wykonawcę (...)S.A. – na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP – m.in. do wykazania spełnienia warunków, o których mowa w pkt 8.6.1. lit a Instrukcji dla Wykonawców. Skarżący w wyniku tego wezwania w związku z uznaniem, iż (...) S.A. polegając na zasobach podmiotu (...) S.A. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zastąpił doświadczenie pierwotnie wykazywane za pomocą zasobów (...) S.A. zamówieniami stanowiącymi zasób własny (...) S.A. Skarżący wskazywał na uprawnienie do powoływania się na doświadczenie uzyskane przez (...) sp. z o.o. i legitymowania się nim jako własnym, ze względu na połączenie spółek na podstawie art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h.

W tych okolicznościach Wykonawca (...)S.A. jako profesjonalista w obrocie gospodarczym, posiadający szerokie doświadczenie w przedmiocie udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego winien dołożyć należytej staranności i wykazać się szczególnym profesjonalizmem w przygotowaniu dokumentów, które powinny wykazywać spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Złożenie zatem oświadczenia Pana J. K. (prezesa zarządu(...) sp. z o.o.) z dnia 26 marca 2024 roku (wraz z odpisem z Krajowego Rejestru Sądowego potwierdzającym okoliczność, że dana osoba była członkiem zarządu na moment zawierania umowy ze Skarżącym, jak i jej realizacji) wobec braku możliwości ustalenia jago wystawcy Izba słusznie oceniła jako niewystarczający dowód przeciwny w stosunku do umowy zawartej przez (...) sp. z o.o. z (...) sp. z o.o.

Słusznie wskazywał Skarżący, że umowa (...)sp. z o.o. z (...) sp. z o.o. jest deklaracją powierzenia określonego zakresu podwykonawcy, natomiast w sytuacji niezaoferowania dowodu wykazującego okoliczność odmienną, taka umowa wraz z oświadczeniem zamawiającego (...) sp. z o.o. jako gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...) z całą stanowczością w sposób uprawniony została uznana przez Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej jako potwierdzenie wykonania określonych prac podwykonawczych.

Istotnie Pan J. K. mógł posiadać wiedzę pozwalającą na złożenie oświadczenia o treści przedstawionej jako dowód przez Skarżącego, jednakże nie zostało to w sposób prawidłowy w odpowiednim momencie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykazane, albowiem nie wiadomo czy osoba wskazana w treści referencji złożonej przez Skarżącego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego faktycznie złożyła takie oświadczenie.

Kolejno, okoliczność podnoszona przez Skarżącego dotycząca tego w jakim okresie J. M. był pracownikiem spółki (...) sp. z o.o. jest okolicznością zupełnie poboczną i nie mającą rozstrzygającego znaczenia dla przedmiotowej sprawy. Sąd Okręgowy nie tracił z pola widzenia kwestii najbardziej istotnej, a więc sposobu przejęcia spółki (...) sp. z o.o. przez (...) S.A., czyli przejęcia na podstawie art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h. i to właśnie ta okoliczność miała kluczowe znaczenie dla oceny możliwości (...) S.A. do przedstawienia dokumentów źródłowych potwierdzających rozciągłość prac podwykonawczych wykonanych przez (...) sp. z o.o. W konsekwencji to ta okoliczność została prawidłowo uznana przez Izbę jako mająca znaczenie dla oceny wystąpienia przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Wobec powyższego zarzuty naruszenia art. 542 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 552 ust. 1 ustawy PZP uznać należało za chybione, gdyż sprawa została dostatecznie wyjaśniona, a Izba dokonała istotnych ustaleń w sprawie zgodnie z treścią materiału dowodowego zgromadzonego w ramach postępowania odwoławczego.

Następnym zarzutem wystosowanym przez Skarżącego było naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie co doprowadziło do błędnego uznania, że Skarżący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.1. lit. a Instrukcji dla Wykonawców.

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP).

W obliczu powyżej dokonanych rozważań należało uznać, że oferta Wykonawcy (...)S.A. winna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.2.4. w zw. z punktem 8.6.1. lit. a Instrukcji dla Wykonawców. Sąd Okręgowy uznaje, że Skarżący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu ponieważ złożony przez niego materiał dowodowy w odpowiedzi na materiał dowodowy złożony przez Zamawiającego i przez Odwoływającego, okazał się niewystarczający.

Skarżący zarzucił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w związku art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie co doprowadziło do błędnego uznania, że oferta Skarżącego podlega odrzuceniu z uwagi na to, iż Skarżący wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.1. lit. a) Instrukcji dla Wykonawców.

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP).

Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który:

- w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

- który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 ustawy PZP).

Badanie przez zamawiającego występowania w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia w stosunku do wykonawcy fakultatywnych przesłanek wykluczenia uzależnione jest od wcześniejszego ich przewidzenia, co miało miejsce w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i aktualizowało po stronie Zamawiającego obowiązek badania wystąpienia przywołanych podstaw wykluczenia.

Sąd Okręgowy w całej rozciągłości zgadza się ze stanowiskiem Izby, iż Skarżący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP albowiem przedstawił Zamawiającemu informacje, że dysponuje doświadczeniem w zaprojektowaniu, zainstalowaniu i uruchomieniu systemu informacji pasażerskiej, natomiast nie był w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych w tym zakresie. W świetle przedstawionego w sprawie materiału dowodowego powyższe było bowiem niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. W związku z tym należało uznać, że Zamawiający został wprowadzony w błąd w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa, bowiem jak słusznie wskazywała Izba nie sposób przyjąć, że powołując się na zasób własny Skarżący mógł pozostawać w błędnym przekonaniu, że zakres wykonanych przez (...) sp. z o.o. prac jest taki jak przedstawiono Zamawiającemu.

Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 roku, sygn. akt IV CK 151/03). Do przyjęcia, że zamawiający został wprowadzony w błąd, wystarczające jest, że sama treść przedstawionych informacji, bez ich szczególnego badania i weryfikacji, prowadziła go do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 kwietnia 2017 roku, sygn. akt(...)).

Nie sposób dać wiary Skarżącemu, że nie był w posiadaniu pełnej dokumentacji z realizacji prac na rzecz (...) sp. z o.o., biorąc pod uwagę fakt, że Skarżący jest następcą prawnych (...) sp. z o.o. Ta okoliczność przemawia za przyjęciem wystąpienia rażącego niedbalstwa po stronie Skarżącego przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Brak przedstawienia dokumentów źródłowych należało ocenić na niekorzyść Skarżącego, który zachował się w sposób odbiegający od miernika należytej staranności wymaganego od wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego.

W tym miejscu Sąd Okręgowy odnie się także do zakresu zaskarżenia, który stał się kwestią sporną pomiędzy stronami przedmiotowego postępowania skargowego. Zdaniem Sądu Zamówień publicznych zakres zaskarżenia przedstawiony przez Skarżącego należało uznać za prawidłowy. Izba odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy (...) S.A. z siedzibą w W. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zaś w pozostałym zakresie odwołanie uwzględniła. Zauważenia jednak wymaga, że Izba wskazała w aspekcie uzasadnienia nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy (...) S.A. z siedzibą w W. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Rzeczywiście w sentencji wyroku nie został wymieniony art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, nie mniej jednak odwołanie jest uwzględnione. Izba miała przeświadczenie, że podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP jest silniejsza i pochłania podstawę wykluczenia z pkt 10, stąd taka redakcja wyroku. Należy uznać, że skoro art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP nie został wymieniony w sentencji wyroku to Skarżący nie był zobowiązany wskazywać zarzutu naruszenia tego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Sądu Okręgowego przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, a zatem nie było potrzeby powoływania obu norm w sentencji wyroku Izby.

Skarżący zaprezentował także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP w związku z § 6 ust. 1 oraz § 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie co doprowadziło do błędnego uznania, że Skarżący nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia.

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP).

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.) dokumentami potwierdzającymi spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane.



W zakresie oświadczenia Prezesa(...)sp. z o.o. przedstawionego przez Skarżącego nie ma pewności, że oświadczenie zostało sporządzone przez odbiorcę zamówienia. Istnieje bowiem uzasadniona wątpliwość kto jest wystawcą tego dokumentu.

Natomiast § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, na które powołuje się Skarżący ma wtórne znaczenie. Tam jest mowa o kwestiach technicznych, a mianowicie, że w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

Pomiędzy dwoma przywołanymi powyżej rozporządzeniami nie ma żadnego konfliktu. Dokumenty te wzajemnie się uzupełniają.

Postacią elektroniczną informacji, oświadczenia lub dokumentu będzie ich cyfrowy zapis na odpowiednim nośniku. Zapis ten, a następnie jego odczyt dokonywany jest przy pomocy odpowiednich środków technicznych i oprogramowania. Sporządzone w postaci elektronicznej informacje, oświadczenia lub dokumenty stanowią dokumenty elektroniczne. Z uwagi na obowiązek stosowania środków komunikacji elektronicznej zasadą będzie sporządzanie na potrzeby postępowań o zamówienie lub konkursów informacji, oświadczeń i dokumentów w postaci elektronicznej, czyli jako dokument elektroniczny (M. Jaworska (red.), Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Komentarz, Warszawa 2023).

Dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne (art. 3 pkt 35 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 257, str. 73 z późn. zm.).

Należy zgodzić się ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, że referencje stanowią oświadczenie wiedzy, a brak podpisu powoduje, że trudno im przypisać cechy oświadczenia. Nie sposób bowiem ustalić, czy osoba wskazana w jego treści faktycznie złożyła takie oświadczenie. Co więcej, jak wynika z przedstawionych przez Odwołującego ekspertyz – na podstawie informacji zawartych w dokumencie nie jest możliwe ustalenie osoby, która go wytworzyła. Plik o takiej treści mógłby więc być przygotowany przez każdą inną osobę, która umieściła w nim nazwę spółki i dokleiła znaki graficzne stanowiące odwzorowanie podpisu i pieczętki. Sam fakt, że mamy do czynienia z dokumentem elektronicznym nie zwalnia referencji z konieczności stosownego podpisu ich wystawcy.

Wobec powyższego także zarzut naruszenia zasady proporcjonalności wyrażony w art. 16 pkt 2 ustawy PZP nie zasługiwał na aprobatę. Stanowisko Izby, iż konieczne jest wymaganie od (...) S.A. przedstawienia wiarygodnych dokumentów, w szczególności dokumentów źródłowych w zakresie wyszczególnienia prac podwykonawczych zrealizowanych przez (...) sp. z o.o., było adekwatne i proporcjonalne do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Uznanie przez Zamawiającego oświadczenia Prezesa (...) sp. z o.o. za wystarczające w ramach przedmiotowego postępowania byłoby niewątpliwie nieproporcjonalne oraz naruszające zasadę uczciwej konkurencji poprzez dokonanie ustaleń w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów budzących poważne wątpliwości co do ich wiarygodności, a tym samym uprzywilejowanie pozycji (...) S.A.

W świetle przytoczonych ustaleń i wniosków, Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do uznania zasadności zarzutów podniesionych przez Skarżącego, co na podstawie art. 588 ust. 1 ustawy PZP musiało skutkować oddaleniem skargi jako bezzasadnej.

Sąd Okręgowy o kosztach postępowania orzekł stosownie do treści art. 589 ust. 1 ustawy PZP statuującego zasadę odpowiedzialności za wynik sporu i tym samym obciążył Skarżącego kosztami postępowania w całości jako stronę przegrywającą.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez Przeciwników Skargi Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o. S.K.A., (...) sp. z o.o. sprowadzają się do wynagrodzenia reprezentującego ich adwokata w kwocie 3 600,00 zł ustalonej na podstawie § 14 ust. 2a pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1964).

W konsekwencji Sąd Okręgowy zasądził od (...) spółki akcyjnej w W. na rzecz konsorcjum (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A w M., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M. 3 600,00 zł tytułem kosztów postępowania skargowego.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku.

***Anna Żuława Renata Puchalska Arkadiusz Kucharski***