

Sygn. akt XII Ga 649/19 Za



**WYROK**  
**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 16 października 2019 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Ewa Górniak

Sędziowie: SO Anna Brzoza

SO Jolanta Safader-Skwarlińska

Protokolant: sekr. sąd. Martyna Czujak

po rozpoznaniu w dniu 02 października 2019 roku, w Gdańsku,

na rozprawie

sprawy ze skargi [redacted] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted]

z udziałem zamawiającego [redacted] Spółki Akcyjnej w [redacted]

i przeciwników skargi:

[redacted] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted] (Lider Konsorcjum),

[redacted] w [redacted], [redacted] (członek Konsorcjum),

[redacted] Spółka Akcyjna w [redacted] (członek Konsorcjum)

oraz

[redacted] Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted] (Lider  
Konsorcjum),

[redacted] za [redacted],

[redacted] (członek Konsorcjum)

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2019r., sygnatura

akt KIO 821/19, KIO 846/19

- I. oddała skargę,
- II. zasądza od skarżącego [REDACTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED] na rzecz zamawiającego [REDACTED] Spółki Akcyjnej w [REDACTED] kwotę 1800,00 zł ( jeden tysiąc osiemset złotych ) tytułem zwrotu kosztów procesu,
- III. zasądza od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi [REDACTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED] ( Lider Konsorcjum), [REDACTED] w [REDACTED] [REDACTED] c ( członek Konsorcjum), [REDACTED] Spółki Akcyjnej w [REDACTED] ( członek Konsorcjum) solidarnie kwotę 1800,00 ( jeden tysiąc osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu,
- IV. zasądza od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi [REDACTED] Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED] ( Lider Konsorcjum), [REDACTED] [REDACTED] za [REDACTED] [REDACTED] ( członek Konsorcjum) solidarnie kwotę 1800,00 ( jeden tysiąc osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu.



Na oryginale właściwe podpisy  
za zgodność świadczy  
SEKRETARZ SĄDOWY

*Magdalena Sobczyk-Rożewicz*

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 22 maja 2019r. wydanym w sprawie KIO 821/19, KIO 846/19 Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako KIO) w sprawie o sygn. 821/19 uwzględnił odwołanie zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz częściowo w zakresie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nakazał zamawiającemu: odtajnienie dokumentów niezasadnie zastrzeżonych przez [REDAKTOWANE] jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. a) JEDZ-a w zakresie części IV lit C pkt 1b oraz części V, b) wykazu usług wraz z dowodami określającymi czy te usługi zostały wykonane należycie w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu zawartego w sekcji III.1.3 ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu (załączniki nr 5 i 6 do wniosku [REDAKTOWANE]), c) wykazów usług wraz z dowodami określającymi czy te usługi zostały wykonane należycie w celu potwierdzenia kryteriów selekcji opisanych w sekcji II.2.9) pkt 1, 2 i 3 ogłoszenia o zamówieniu (załączniki nr 7 -12 do wniosku [REDAKTOWANE]), d) korespondencji (w tym wyjaśnienia i uzupełnienia) dotyczącej dokumentów wskazanych powyżej, e) zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji wskazanych w ww. dokumentach (pkt 1 wyroku), w pozostałym zakresie odwołanie oddalił (pkt 2 wyroku), kosztami postępowania obciążył wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., [REDAKTOWANE] S.A. z siedzibą w [REDAKTOWANE] oraz wykonawcę [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOWANE] zaliczył w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., [REDAKTOWANE] S.A. z siedzibą w [REDAKTOWANE], tytułem wpisu od odwołania, zasądził od wykonawcy [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOWANE] na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., [REDAKTOWANE] S.A. z siedzibą w [REDAKTOWANE] kwotę 7 500zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu ½ wpisu od odwołania, zasądził od wykonawcy [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. z

siedzibą w [REDAKTOWANE] na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., [REDAKTOWANE] S.A. z siedzibą w [REDAKTOWANE] oraz na rzecz zamawiającego [REDAKTOWANE] S.A. kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), w tym 1800,00 zł (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych, zero groszy) stanowiącą ½ kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., [REDAKTOWANE] S.A. z siedzibą w [REDAKTOWANE] oraz 31800,00 zł (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych, zero groszy) stanowiącą ½ kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego [REDAKTOWANE] S.A., w pozostałym zakresie koszty postępowania zniósł wzajemnie (pkt 3 wyroku).

W sprawie 846/19 uwzględniono odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz częściowo w zakresie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu: odtajnienie dokumentów niezasadnie zastrzeżonych przez konsorcjum [REDAKTOWANE] w zakresie polisy OC jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa oraz odtajnienie dokumentów niezasadnie zastrzeżonych przez konsorcjum [REDAKTOWANE] w zakresie referencji jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa (pkt 1 wyroku), w pozostałym zakresie odwołanie oddalił (pkt 2 wyroku), kosztami postępowania obciążył: w ¼ wykonawcę [REDAKTOWANE] sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOWANE] w ¼ wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., [REDAKTOWANE] S.A. z siedzibą w [REDAKTOWANE] w ¼ wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE] Polska Sp. z o. o., [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] oraz w ¼ zamawiającego [REDAKTOWANE] S.A. i:3.1. zaliczył w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę [REDAKTOWANE] sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOWANE] tytułem wpisu od odwołania, zasądził od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., [REDAKTOWANE] S.A. z siedzibą w [REDAKTOWANE] na rzecz [REDAKTOWANE] sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOWANE] kwotę 3 750zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu ¼ wpisu od odwołania, zasądził od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE]

[REDACTED] Sp. z o. o., [REDACTED] z siedzibą w [REDACTED] na rzecz [REDACTED] sp. z o.o. z siedzibą w [REDACTED] kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu ¼ wpisu od odwołania, zasądził od zamawiającego [REDACTED] S.A. na rzecz [REDACTED] sp. z o.o. z siedzibą w [REDACTED] kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu ¼ wpisu od odwołania, w pozostałym zakresie koszty postępowania zniósł wzajemnie (pkt 3 wyroku).

KIO ustaliła, iż zamawiający sektorowy [REDACTED] S.A. z siedzibą w [REDACTED], prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie dialogu konkurencyjnego na: „Wdrożenie centralnego systemu zarządzania ruchem sieci elektroenergetycznej SCADA”. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 grudnia 2018r., pod numerem 2018/S 243-556915. Dnia 16 kwietnia 2019 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W sprawie 846/19 Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 10a ust. 5 i art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum [REDACTED] mimo iż wykonawca ten nie złożył prawidłowych pełnomocnictw, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 i art. 22c ust. 1c ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum [REDACTED], mimo iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie potwierdzenia swojej sytuacji ekonomicznej wymaganą polisą OC, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania;

3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 i art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum [REDACTED], mimo iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania;
4. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 i art. 22c ust. 1c ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum [REDACTED], mimo iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie potwierdzenia swojej sytuacji ekonomicznej wymaganą polisą OC, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania;
5. naruszenie art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez brak udostępnienia odwołującemu treści wniosku konsorcjum [REDACTED] w zakresie polisy OC oraz treści referencji załączonych do wniosku konsorcjum [REDACTED] mimo iż wskazane dokumenty nie podlegają utajnieniu;
6. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności przez brak wykluczenia konsorcjum [REDACTED] i Konsorcjum [REDACTED].

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na uznaniu wniosku konsorcjum [REDACTED] za spełniającego warunki udziału w postępowaniu i umieszczeniu na liście podmiotów, do których zostanie wysłane zaproszenie do udziału w dialogu konkurencyjnym;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na uznaniu wniosku konsorcjum [REDACTED] za spełniającego warunki udziału w postępowaniu i umieszczeniu na liście podmiotów, do których zostanie wysłane zaproszenie do udziału w dialogu konkurencyjnym;
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny wniosku konsorcjum [REDACTED];

4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny wniosku konsorcjum [REDACTED]
5. nakazanie zamawiającemu odtajnienia treści referencji załączonych do wniosku konsorcjum [REDACTED];
6. nakazanie zamawiającemu odtajnienia treści polisy OC załączonej do wniosku konsorcjum [REDACTED]
7. nakazanie zamawiającemu wykluczenia konsorcjum [REDACTED];
8. nakazanie zamawiającemu wykluczenia konsorcjum [REDACTED];
9. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Jednocześnie odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji przetargowej celem wykazania podnoszonych w odwołaniu twierdzeń i okoliczności.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 10a ust. 5 i art. 23 ust. 2 ustawy Pzp dotyczącego nieprawidłowości złożonych pełnomocnictw, KIO stwierdziła, iż jest on niezasadny. Zauważono, iż w toku postępowania już po złożeniu wniosków zamawiający wezwał konsorcjum [REDACTED] do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa wskazującego na umocowanie [REDACTED] sp. z o.o. do udzielania dalszych pełnomocnictw oraz pełnomocnictwa [REDACTED] zawierającego czytelne podpisy mocodawcy. W odpowiedzi na wezwanie konsorcjum [REDACTED] przestało do zamawiającego poprzez e-mail skany pełnomocnictwa udzielonego przez [REDACTED] S.A. oraz pełnomocnictwa udzielonego przez [REDACTED] – oba dokumenty w formie kopii za zgodność z oryginałem podpisane elektronicznie przez notariusza (podpis mocodawcy został złożony jedynie na piśmie), co miało miejsce również w odniesieniu do załączonego do wniosku pełnomocnictwa udzielonego przez [REDACTED]

Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie omawianego zarzutu, w całości podzieliła stanowisko prezentowane przez zamawiającego, uznając je za własne. Jak zauważyła KIO, z uwagi na to, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa szczegółowych zasad i trybu udzielania pełnomocnictw, w związku z tym odpowiednie zastosowanie, na podstawie art. 14 tej ustawy, znajdują przepisy kodeksu cywilnego.

KIO podniosła, że co do zasady złożenie oferty wymagane jest w formie elektronicznej i w tej samej formie powinno być złożone pełnomocnictwo uprawniające do dokonania tej czynności w imieniu zamawiającego. Wskazano także, iż przyjmuje się, że odpisy notarialnie poświadczone zastępują dokumenty pierwotne, zamawiający może żądać przedłożenia przez wykonawcę wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zarówno oryginału pełnomocnictwa, jak i kopii tegoż pełnomocnictwa poświadczonej notarialnie. Wskazano, iż zeskanowanie pełnomocnictwa pierwotnie wytworzonego w postaci papierowej, tj. przekształcenia go w postaci elektronicznej tworzy dokument elektroniczny.

Wskazano, iż w pkt VII ppkt 1 Opisu Potrzeb i Wymagań Zamawiającego (dalej OPWZ), zamawiający wskazał, iż „Sposób sporządzenia dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń musi być zgodny z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych oraz rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. Izba wskazuje, że zamawiający w OPWZ (ppkt 8, str. 11) wymagał cyt. „Do wniosku Wykonawca zobowiązany jest załączyć stosowne pełnomocnictwo do złożenia wniosku, o ile umocowanie osoby/osób opatrujących wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu kwalifikowanym podpisem elektronicznym do reprezentowania Wykonawcy nie wynika z innych dokumentów załączonych do wniosku lub w nim wskazanych (np. z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej). Pełnomocnictwo, o którym mowa w zdaniu poprzednim musi być złożone w oryginale, tj. opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym mocodawcy.”. Jednakże powyższe wymagania postawione przez



zamawiającego należy czytać łącznie z ppkt 8 OPWZ(str. 10) , gdzie, cyt. „Zamawiający, zgodnie z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępnienia i przechowywania dokumentów elektronicznych (dalej jako „Rozporządzenie”), określa dopuszczalny format kwalifikowanego podpisu elektronicznego :a)dokumenty w formacie „pdf” należy podpisywać tylko i wyłącznie formatem PAdES b)jeżeli Zamawiający wymaga podpisania dokumentów innych niż w formacie „pdf”, wówczas należy użyć formatu XAdES”.Uwzględniając zatem wymóg, aby pełnomocnictwo zostało złożone w formie elektronicznej w postaci oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza, zamawiający zobowiązany był przyjąć elektroniczną kopię pełnomocnictwa potwierdzoną za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez notariusza, jako prawidłową.

Dalej KIO zauważyła, iż przyjęła do sprawy dowody złożone przez odwołującego, jednakże Izba stwierdziła, że potwierdzają one jedynie to co zostało w nich oświadczone, tym samym uznając je za dowody zbędne dla rozstrzygnięcia ww. zarzutu odwołania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 i art. 22c ust. 1c ustawy Pzp izba również stwierdziła, iż jest on niezasadny. W powyższym zakresie Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez zamawiającego oraz przystępującego konsorcjum ██████████

W ocenie Izby, za kluczowe do rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu jest ustalenie, jakimi wytycznymi mieli kierować się wykonawcy przedstawiając dokument na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający w treści swoich dokumentów wskazał, iż „1. O udzielenie Zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie Zamówienia tj.: 1) posiadają dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówienia, na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł. (słownie: dziesięć milionów złotych). (...) 2. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki, o których mowa w ust. 1

powyżej zostaną spełnione wyłącznie, jeżeli: 1) warunek określony w ust. 1 pkt 1) powyżej powinien spełniać co najmniej jeden z tych Wykonawców samodzielnie tj. jeden z nich musi posiadać ubezpieczenie na kwotę nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych).” Jest to jedyny wymóg, jaki postawił zamawiający odnośnie omawianego warunku. Dlatego też trudno jest uznać, iż odwołujący ma rację stawiając przedmiotowy zarzut, albowiem polisa OC wystawiona jest na jednego z konsorcjantów (zgodnie z opisem spełnienia warunku) oraz przekracza kwotę 10 000 000,00 zł (zgodnie z opisem spełnienia warunku). Zamawiający nie precyzował, sytuacji, w której polisa OC miałyby być wystawiona dla grupy kapitałowej czy też np. dla dwóch wykonawców łącznie. W ocenie Izby powyższe świadczy o tym, iż konsorcjum [REDAKTOWANO] przedstawiło prawidłową polisę OC i w związku z tym zarzuty odwołującego należało uznać za bezzasadne.

Kolejny zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 i art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum [REDAKTOWANO] mimo iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej był także bezzasadny.

Izba podzieliła argumentację przystępującego konsorcjum [REDAKTOWANO] który wskazał, iż w załączniku nr 5a do wniosku wskazano m. in. na wykonanie zamówienia polegającego na wdrożeniu systemu SCADA (i DMS) dla [REDAKTOWANO], [REDAKTOWANO] (Lp. 2 wykazu). Na potwierdzenie należytego wykonania w/w zamówienia dla [REDAKTOWANO] przez partnera konsorcjum, dołączono zaświadczenie datowane na dzień 27 kwietnia 2015 roku. Rzeczne zaświadczenie zostało skierowane przez [REDAKTOWANO], bezpośrednio do Pana V.S. ze spółki „[REDAKTOWANO]”. Pan V.S. jest pracownikiem partnera konsorcjum od 1 kwietnia 2011 roku. W/w osoba reprezentowała partnera konsorcjum przy realizowaniu przez ten podmiot prac objętych zadaniem polegającym na wdrożeniu systemu SCADA/DMS łącznie z integracją, które realizowano na rzecz [REDAKTOWANO].

Przystępujący konsorcjum [REDAKTOWANO] wskazał, iż to partner konsorcjum reprezentowany właśnie przez Pana V.S. bezpośrednio zwrócił się do [REDAKTOWANO] o wystawienie referencji potwierdzających należyte wykonanie zadania na rzecz [REDAKTOWANO]. Powyższe potwierdza korespondencja e-mail z dnia 27 i 28 kwietnia 2015 roku w

przedmiocie uzyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zadania. Z treści tej korespondencji wprost wynika, że Pan V.S. działa jako pracownik serbskiej spółki [REDACTED] [REDACTED] (partner konsorcjum), zajmujący stanowisko Kierownika Projektu - Zastępcy kierownika zespołu w zespole integracji systemów. Widnieje tam adres serbskiej spółki, jak też osoba ta posługuje się służbową skrzynką mailową z domeną partnera konsorcjum ([REDACTED].com). Z tego też względu na etapie wyjaśnień wniosku w piśmie z dnia 4 kwietnia 2019 roku zwrócono uwagę, że rzeczona referencja kierowana jest do Pana V.S. W tym stanie rzeczy, zdaniem przystępującego, nie ulega wątpliwości, iż zaświadczenie z dnia 27 kwietnia 2015 roku zostało wystawione przez [REDACTED] dla partnera konsorcjum. Potwierdza ono, że partner konsorcjum „w kwietniu 2015 roku pomyślnie zakończył projekt SCADA/DMS.” Innymi słowy, w ocenie Izby, rola partnera konsorcjum była doskonale znana spółce [REDACTED] a zaświadczenie z dnia 27 kwietnia 2015 roku dotyczy właśnie prac wykonanych przez partnera konsorcjum, a nie bliżej nieokreśloną spółkę z grupy [REDACTED] [REDACTED]. Podkreślenia wymaga, że wykonawca, jak i zamawiający, nie mają wpływu na treść sformułowań zawartych w referencjach z uwagi na to, że są one wystawiane przez podmiot trzeci (por. wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2018 roku, sygn. akt KIO 1498/18).

Izba wskazała, iż w ogłoszeniu zamawiający przewidział, że w sytuacji gdy z uzasadnionej przyczyny o charakterze obiektywnym, wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji, wystarczające będzie oświadczenie wykonawcy.

Podniesiono także, iż przystępujący wskazał również, że Deklaracja z dnia 2 kwietnia 2019 roku potwierdza m.in. zaangażowanie przez [REDACTED] [REDACTED] w realizację projektów związanych z wdrażaniem systemu SCADA na rzecz [REDACTED] [REDACTED] (poprzednio: [REDACTED]), [REDACTED] d/b/a [REDACTED] oraz [REDACTED] [REDACTED]. Wbrew twierdzeniom odwołania, dokument ten nie pochodzi od rzekomej spółki [REDACTED]. Oznaczenie „Smart Grid IT” wskazuje na dział -komórkę która zajmuje się rozwiązaniami z zakresu IT. Partnerowi konsorcjum dopiero w dniu 14 maja 2019 roku udało się uzyskać deklarację od [REDACTED], które wprost potwierdza zaangażowanie [REDACTED] spółki w realizację projektów dotyczących wdrażania systemu SCADA w [REDACTED], [REDACTED] d/b/a [REDACTED] [REDACTED] oraz [REDACTED]. Deklaracja ta potwierdza wcześniejsze wyjaśnienia i oświadczenia składane przez konsorcjum [REDACTED]. Przystępujący podał też, że [REDACTED].

jest spółką odrębną od partnera konsorcjum oraz [REDAKTED] [REDAKTED] sp. z o.o. i w/w podmioty nie mają wpływu na to w jakim terminie szwedzka spółka wystawi i przekaże stosowne referencje i poświadczenia. Stąd konsorcjum [REDAKTED] w postępowaniu złożyła oświadczenie wymagane w przypadku braku możliwości uzyskania odpowiednich referencji. Na potwierdzenie powyższych okoliczności przystępujący konsorcjum [REDAKTED] przedłożyło wskazane w uzasadnieniu Izby dowody, które Izba uznała za wiarygodne. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowej sprawie wystąpiła sytuacja, w której z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów, z których wprost będzie wynikała sytuacja prawidłowego wykonania usługi referencyjnej, albowiem jest jednym z podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej funkcjonującej w prawie 100 krajach na całym świecie. Dlatego też, zdaniem Izby, zamawiający miał prawo przyjąć wyjaśnienia złożone przez konsorcjum [REDAKTED] za wystarczające, tym bardziej, że zamawiający nie kwestionował wykazywanego doświadczenia, a jedynie formę referencji (poświadczeń, zaświadczeń). Skoro zatem wystawcy referencji, poświadczyli, że zamówienia referencyjne zostały wykonane należycie, to brak jest podstaw prawnych i faktycznych do wykluczenia z przedmiotowego postępowania konsorcjum [REDAKTED]

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 i art. 22c ust. 1c ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum [REDAKTED] mimo iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie potwierdzenia swojej sytuacji ekonomicznej wymaganą polisą OC Izba uznała zarzut ten za niezasadny. W zakresie tego zarzutu Izba w całości argumentację prezentowaną do tożsamego zarzutu podniesionego wobec konsorcjum [REDAKTED]

Krajowa Izba Odwoławcza uznała jednak za zasadny zarzut dotyczący objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa (TP) treści referencji załączonych do wniosku konsorcjum [REDAKTED]

Izba wskazała, iż konsorcjum [REDAKTED] nie objęło TP referencji wystawionych dla referencyjnych usług, co oznacza, że dokumenty te nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, albowiem w odniesieniu do tych dokumentów, wykonawca nie wykazał zasadności zastrzeżenia, a z uwagi na bardzo wrażliwy obszar dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa, każdy z wykonawców ma obowiązek, w sposób jednoznaczny i pełny do

wykazania wszelkich możliwych okoliczności skutkujących zasadnym zastrzeżeniem TP określonych dokumentów wraz ze wskazaniem, jakie rodzaje dokumenty zastrzega. W braku takie zastrzeżenia dokumenty uznaje się za jawne.

Nadto, w ocenie Izby, dokumenty referencji mają na tyle ogólnikowy i uniwersalny kształt, iż trudno wnioskować, że w ich treści zostają podawane dane związane ze szczególnie istotnymi okolicznościami dotyczącymi realizacji danej usługi referencyjnej, albowiem tego rodzaju postanowienia, zazwyczaj znajdują swoje odzwierciedlenie w treści umowy wiążącej strony.

Zdaniem Izby, samo opatrzenie określonego dokumentu sformułowaniem „Tajemnica Przedsiębiorstwa” lub „Tajny” (w przedmiotowym postępowaniu), nie oznacza jednocześnie, że dany dokument, lub grupa dokumentów, posiadają przymiot ochrony. Ustawa - Prawo zamówień publicznych, jednoznacznie definiuje, iż aby wykonawca uzyskał ochronę w ramach tajemnicy przedsiębiorstwa, musi taką okoliczność, bezsprzecznie i konkretnie wykazać (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp), a jak to już wcześniej Izba wskazywała, odnośnie referencji takiego wykazania (udowodnienia) przystępujący konsorcjum [REDAKTED] nie dokonało.

W konsekwencji powyższego, za częściowo zasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a i b ustawy Pzp oraz zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania.

Skargę na powyższe rozstrzygnięcie w zakresie wyroku w sprawie o sygn. 846/19 wniosła [REDAKTED] sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTED] zaskarżając go w części, w której oddalono odwołanie skarżącej oraz rozstrzygnięto o kosztach postępowania, tj. w zakresie pkt 2 i 3 wyroku w sprawie KIO 846/19. Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

1. naruszenie art. 24 ust.1 pkt 12 PZP w zw. z art.10a ust. 5 PZP i art. 23 ust. 2 PZP, oraz w zw. z art. 14 ust. 1 PZP, art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej: KC), art. 73 § 1 KC, art. 78' § 2 KC, art. 97 § 1 i § 2 ustawy - prawo o notariacie oraz art. 98 ustawy -prawa o notariacie poprzez uznanie, iż nie zachodziły podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy - Konsorcjum [REDACTED], mimo iż wykonawca ten nie złożył prawidłowych pełnomocnictw, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy Konsorcjum [REDACTED] z postępowania;
2. naruszenie art. 24 ust.1 pkt 12 PZP w zw. żart. 22 ust.1b pkt 2 PZP i art. 22c ust.1c PZP poprzez uznanie, iż nie zachodziły podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum [REDACTED] mimo iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowania w zakresie potwierdzenia swojej sytuacji ekonomicznej wymaganą polisą OC, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania;
3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. żart. 22 ust.1 b pkt 3 PZP i art. 22d ust.1 PZP poprzez uznanie, iż nie zachodziły podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy - Konsorcjum [REDACTED], mimo iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowania w zakresie wymaganego doświadczenia, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania;
4. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 PZP i art. 22c ust. 1c PZP poprzez uznanie, iż nie zachodziły podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy - Konsorcjum [REDACTED], mimo iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowania w zakresie potwierdzenia swojej sytuacji ekonomicznej wymaganą polisą OC, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania;
5. naruszenie art. 7 ust. 1 PZP poprzez brak uznania, iż doszło do przeprowadzenia postępowania przez Zamawiającego w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności polegający na braku wykluczenia wykonawcy Konsorcjum [REDACTED] i Konsorcjum [REDACTED]  
[REDACTED]

6. naruszenie § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz.1126) poprzez uznanie, iż Konsorcjum [REDAKTOWANE] uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie było w stanie uzyskać dokumentów, z których wprost będzie wynikać sytuacja prawidłowego wykonania usługi referencyjnej;
7. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 191 ust. 1 i 2 PZP, poprzez sprzeczność istotnych ustaleń Izby z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, niedostateczne wyjaśnienie sprawy i pominięcie argumentów Skarżącej przedstawionych przeciwko twierdzeniom Zamawiającego i Przystępujących.

Wskazując na powyższe zarzuty wniesiono o uwzględnienie skargi i w konsekwencji zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty sprawy, poprzez uwzględnienie wniosków odwołania Skarżącej, a mianowicie:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu wniosku wykonawcy Konsorcjum [REDAKTOWANE] za spełniającego warunki udziału w postępowaniu i umieszczeniu na liście podmiotów, do których zostanie wysłane zaproszenie do udziału w dialogu konkurencyjnym;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu wniosku wykonawcy Konsorcjum [REDAKTOWANE] za spełniającego warunki udziału w postępowaniu i umieszczeniu na liście podmiotów, do których zostanie wysłane zaproszenie do udziału w dialogu konkurencyjnym;
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny wniosku wykonawcy Konsorcjum [REDAKTOWANE];
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny wniosku wykonawcy Konsorcjum [REDAKTOWANE];
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Konsorcjum [REDAKTOWANE];
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Konsorcjum [REDAKTOWANE];

Skarżący wniósł również o zasądzenie na rzecz Skarżącej zwrotu kosztów niniejszego postępowania oraz kosztów postępowania odwoławczego.

W odpowiedzi na skargę Wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – Konsorcjum firm: ██████████ Sp. z o. o. (Lider Konsorcjum), ██████████ (Członek Konsorcjum) oraz ██████████ S. A. (Członek Konsorcjum), łącznie dalej także jako: „Konsorcjum ██████████” oraz „Konsorcjum ██████████” wniósł o:

- odrzucenie skargi na podstawie art. 198e ust. 1 k.p.c. z uwagi na nieuiszczenie opłaty sądowej od skargi;
- zasądzenie od skarżącej na rzecz Konsorcjum ██████████ obowiązku zwrotu kosztów postępowania przed sądem rozpoznającym skargę skarżącej, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;

ewentualnie:

- oddalenie skargi w całości;
- zasądzenie od skarżącej na rzecz Konsorcjum ██████████ obowiązku zwrotu kosztów postępowania przed sądem rozpoznającym skargę Skarżącej, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odpowiedź na skargę została wniesiona także przez Konsorcjum ██████████ wnosząc o:

- oddalenie skargi wniesionej przez ██████████ sp. z o. o. co do zarzutów skargi dotyczących Konsorcjum ██████████;
- zasądzenie od ██████████ S. A. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum ██████████ sp. z o. o. oraz ██████████ kosztów postępowania wywołanego skargą, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;
- zawiadomienie pełnomocnika Konsorcjum ██████████ o terminie rozprawy wyznaczonej przez Sąd Okręgowy w sprawie XII Ga 649/19 celem umożliwienia



zajęcia stanowiska co do zarzutów i wniosków skargi, w tym przedstawienia na rozprawie argumentacji uzasadniającej zgłoszony wniosek o oddalenie skargi;

- kierowanie wszelkiej korespondencji w sprawie na adres pełnomocnika Konsorcjum [REDAKTOWANE], tj. [REDAKTOWANE] i Wspólnicy Adwokaci Spółka Partnerska, ul. [REDAKTOWANE]

W niniejszej sprawie także zamawiający [REDAKTOWANE] S.A. wniósł odpowiedź na skargę, wnosząc o:

- oddalenie skargi w całości;
- zasądzenie od skarżącej na rzecz zamawiającego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Z ostrożności procesowej zamawiający wniósł również o dopuszczenie twierdzeń zawartych w odpowiedzi na skargę, wskazując, że ich uwzględnienie nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga jako niezasadna nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy w całości podzielił ustalenia faktyczne poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą i przyjął je za własne, wobec czego wystarczające było odniesienie się do tych argumentów i ocen, które zostały zakwestionowane w złożonym środku odwoławczym.

Poddając rozwadze zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 Pzp w zw. z art. 10a ust. 5 Pzp i art. 23 ust. 2 pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp, art. 99 §1 k.c., art. 73§ 1 k.c., art. 781 §2 k.c. oraz art. 97§1 i §2 i art. 98 ustawy Prawo o notariacie w pierwszej kolejności za KIO wskazać należy, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa szczegółowych zasad i trybu udzielania pełnomocnictw, w związku z tym odpowiednie zastosowanie, w myśl przepisu art. 14 § 1Pzp, znajdują przepisy kodeksu cywilnego, tj. art. 99 k.c. oraz art. 78 k.c. w zw. z art. 781 k.c. dotyczące formy czynności prawnej. W świetle art. 99 § 1 k.c. jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej

czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Zgodnie natomiast z art. 10a ust. 5 Pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ustawodawca określił w przywołanej regulacji po pierwsze wymóg sporządzenia oferty w postaci elektronicznej, po drugie opatrzenie tak sporządzonego dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przy czym podkreślić należy, że ustawodawca nie zdefiniował w żaden sposób pojęcia „postać elektroniczna”. Zauważyć należy, że sporządzenie dokumentu w formie pisemnej w sytuacji zastrzeżenia formy elektronicznej nie wywołuje tych samych skutków przewidzianych dla czynności prawnej. O ile złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej spełnia wymagania stawiane formie pisemnej bez względu na rygor, o tyle złożenie oświadczenia woli w formie pisemnej może już nie spełniać wymagań formy elektronicznej. Przy czym dla zachowania formy elektronicznej niezbędne jest spełnienie dwóch przesłanek, tj. złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej oraz opatrzenie składanego oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W myśl powyższych przepisów, oczywistym jest, iż dla skutecznego umocowania danej osoby do działania w imieniu mocodawcy konieczne jest złożenie przez mocodawcę oświadczenia woli i opatrzenie dokumentu stosowanym podpisem. W przypadku dokumentu w formie pisemnej będzie to podpis własnoręczny, zaś w przypadku formy elektronicznej podpis elektroniczny. Zauważyć jednak należy, iż art. 78(1) § 1 k.c. nie wyklucza równoważności skutków prawnych oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej z skutkami prawnymi oświadczenia woli w formie elektronicznej. Przyjęcie takiej tezy nie będzie, w ocenie Sądu Okręgowego, stanowić naruszenia art. 99 k.c. bowiem jeśli pełnomocnictwo, ma mieć formę właściwą dla czynności głównej, to pełnomocnictwa udzielona w formie równoważnej do wymaganej formy szczególnej uznać należy za prawidłowe. Jednakże w odniesieniu do pełnomocnictwa, którego udzielono wyłącznie w formie pisemnej, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25 marca 2019r., sygn. akt: 412/19 (Legalis nr 2212416), będzie mogło być ono przedstawione zamawiającemu w formie elektronicznego poświadczenia zgodności kopii z okazanym dokumentem pełnomocnictwa sporządzonego stosownie do przepisów art. 97 § 2 ustawy Prawo o notariacie, które to poświadczenie notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z treści

wskazanego przepisu wynika bowiem, iż w sytuacji, gdy nie ma pełnomocnictwa w formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem osoby uprawnionej do jego udzielenia, a sporządzono dla danej osoby pełnomocnictwo w formie pisemnej, tj. z własnoręcznym podpisem osoby uprawnionej do jego udzielenia, można złożyć kopię pełnomocnictwa, ale notarialnie poświadczoną elektronicznie. Umocowanie Lidera Konsorcjum [REDACTED] do działania w imieniu członków Konsorcjum zostało zatem potwierdzone przy pomocy dokumentu, który został podpisany elektronicznie. Skoro obowiązująca linia orzecznicza dopuszcza możliwość złożenia kopii pełnomocnictwa w formie pisemnej poświadczonej przez notariusza własnoręcznym podpisem, zaś ustawodawca krajowy uznaje kwalifikowany podpis elektroniczny za równoważny podpisowi własnoręcznemu, to nie ma podstaw, aby odmówić skuteczności poświadczenia notariusza opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości, iż w omawianym stanie faktycznym pełnomocnictwa udzielone przez [REDACTED] są ważne. Przesłanie do zamawiającego za pośrednictwem poczty e-mail skanu, a więc kopii, pełnomocnictwa udzielonego przez [REDACTED] S.A. oraz pełnomocnictwa udzielonego przez [REDACTED] z podpisem mocodawcy złożonym na piśmie oraz poświadczonych za zgodność z oryginałem i zawierających podpis elektroniczny notariusza czyni zadość przepisom o formie czynności prawnej.

Podważenie skuteczności prawnej takiego umocowania, które zostało poświadczone przez notariusza prowadziłoby, w ocenie Sądu Okręgowego, do nieuzasadnionego prymatu formalizmu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie służy eliminowaniu barier w dostępie do zamówień publicznych przez wykonawców krajowych, jak również zagranicznych.

Zarzuty skargi sformułowane w pkt 2 i 4 sprowadzały się w istocie do jednej kwestii, tj. podważenia rozstrzygnięcia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum [REDACTED] oraz Konsorcjum [REDACTED] w odniesieniu do potwierdzenia sytuacji ekonomicznej tych podmiotów wymaganą polisą OC. Z uwagi na zbieżną problematykę przedstawioną we wskazanych zarzutach, w ocenie Sądu Okręgowego, zasadnym było ich łączne rozpoznanie w celu uniknięcia zbędnego powielania rozważań. Argumentacja skarżącego była chybiona. Odnosząc się do literalnego brzmienia ust. 2 pkt 1 sekcji III.1.2. ogłoszenia o zamówieniu

należy co prawda uznać, że zamawiający podkreślił wymóg „samodzielności”, jednocześnie jednak nie przewidział postanowień precyzujących oddzielne warunki dla sytuacji, w której polisa OC miałyby być wystawiona dla grupy kapitałowej. W konsekwencji wymóg „samodzielności” w pełni można odnieść do każdego z konsorcjantów skoro konsorcjum działa jako organizacja zrzeszająca podmioty gospodarcze realizujące wspólną politykę finansową objętą porozumieniem. Mając zatem na uwadze, że określona w zamówieniu suma gwarancyjna nie mniejsza niż 10 000 000 zł stanowiła warunek, który miał zostać spełniony przez „co najmniej jednego wykonawcę”, tj. jeden z nich musiał posiadać ubezpieczenie na kwotę nie mniejszą niż podane 10 000 000 zł, warunek ten można było odnieść do każdego z konsorcjantów będących odrębnymi podmiotami obrotu gospodarczego. W dalszej kolejności należało odnieść się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym wymaganie od wykonawcy przedstawienia dokumentów potwierdzających, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na określoną sumę gwarancyjną nie ma na celu zapewnienia zamawiającemu możliwości zaspokojenia się z posiadanego przez wykonawcę ubezpieczenia. Wymóg ten nie jest też równoznaczny z objęciem ochroną ubezpieczeniową przedmiotu przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017r., KIO 2444/17). Celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jest zatem jedynie ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej. Stawianie takiego warunku udziału w postępowaniu ma bowiem weryfikować zdolność podmiotu do bycia ubezpieczonym, a także możliwość opłacenia przez niego składki ubezpieczeniowej. Ustawodawca zakłada, że wykonawca, którego ubezpieczyciel zdecydował się objąć ochroną ubezpieczeniową opiewającą na sumę gwarancyjną wynikającą z treści warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i który jest w stanie spełnić świadczenie w postaci opłacenia składki ubezpieczeniowej znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia. Potwierdzenie prawidłowości polisy ubezpieczeniowej przez Konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz Konsorcjum [REDAKTOWANE] znajduje również odzwierciedlenie w orzeczeniu KIO z dnia 12 lutego 2015r.: „W warunkach posiadania przez danego wykonawcę ubezpieczenia grupowego, obejmującego zakresem ochrony ubezpieczeniowej więcej niż jeden podmiot a zawieranego przez ubezpieczającego w imieniu i za powiązane z nim podmioty oraz na ich rzecz, typowa jest sytuacja, że tylko ten

podmiot posiada polisę, pozostałe zaś podmioty korzystają w takim wypadku z dowodów wtórnych potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia takich jak certyfikat lub potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia. Sam fakt, że wykonawca posługuje się zamiast polisą certyfikatem, zaświadczeniem albo innym dokumentem potwierdzającym ubezpieczenie w ramach grupy podmiotów, nie dyskwalifikuje ubezpieczenia oraz składanego dla jego potwierdzenia dokumentu” (por. wyrok KIO 179/15, Legalis nr 1219263). Nie stanowi zatem powodu dla nieuznania polisy jako dokumentu potwierdzającego posiadanie wymaganej zdolności finansowej i ekonomicznej fakt, że wykonawca występuje w charakterze współubezpieczonego w danej polisie. Powyższe rozważania potwierdzają, iż zarówno Konsorcjum [REDAKTOWANE] jak i Konsorcjum [REDAKTOWANE] przedstawiło prawidłową polisę OC.

Bezasadny okazał się również zarzut skarżącego dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp i art. 22d ust. 1 Pzp poprzez uznanie, iż nie zachodziły podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy- Konsorcjum [REDAKTOWANE]. Należy w tym miejscu wskazać, iż referencje są składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na potwierdzenie wyłącznie faktu należytego wykonania świadczeń, do których referują. Nie są to dokumenty, które mają potwierdzać zakres zadania sformułowany w sposób dokładnie oddający brzmienie warunku udziału w danym postępowaniu. Referencje są zwykle wykorzystywane wielokrotnie w różnych postępowaniach, a nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania. Nie jest zatem możliwe, aby ich treść odpowiadała dokładnie treści warunków udziału w różnych postępowaniach, prowadzonych przez różnych zamawiających (por. wyrok KIO z dnia 25.05.2018r., KIO 871/18, Legalis nr 1827712). Konsorcjum [REDAKTOWANE] w załączniku nr 5a do wniosku wskazał na wykonane zamówienia polegające na wdrożeniu systemu SCADA dla [REDAKTOWANE]. Rola partnera Konsorcjum [REDAKTOWANE] musiała być znana spółce [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] zaświadczenie z dnia 27 kwietnia 2015r. zostało skierowane przez [REDAKTOWANE] bezpośrednio do Pana V.S. ze spółki „[REDAKTOWANE]”, który reprezentował partnera konsorcjum przy realizacji prac objętych zadaniem, którego celem było wdrożenie systemu SCADA/DMS. Zamawiający nie powinien zatem badać przedstawionych przez wykonawcę dokumentów w sposób rozłączny, ale mając na uwadze sposób sformułowania wniosku [REDAKTOWANE] oraz przedłożone przez Konsorcjum załączniki, powinien dokonać oceny spełnienia warunku wymaganego doświadczenia w oparciu o treść odwołującego się do

kwestii wdrożenia systemu SCADA/DMS zaświadczenia z dnia 27 kwietnia 2015r. Jak słusznie podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza, realizacja zamówienia polegająca na wdrożeniu systemu SCADA/DMS zaangażowała wiele spółek, których nazwa nie zawierała w sobie oznaczenia „[REDAKTOWANE]”. Skoro zatem zaświadczenie z dnia 27 kwietnia 2015r. wprost odnosi się do tego podmiotu, referencję musiały dotyczyć się działań i realizacji projektu partnera Konsorcjum [REDAKTOWANE]. W kontekście powyższego przywołać można przykładowo wyrok o sygnaturze KIO 2145/16 z 28 listopada 2016 r. : „Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w jednolitym dokumencie wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez wykonawcę”. Mając na uwadze powyższe, należało przyjąć, że [REDAKTOWANE] jako inwestor końcowy dysponowała niewątpliwie wiedzą odnośnie przebiegu realizacji wdrażania systemu SCADA/DMS – spółka musiała bowiem bezpośrednio kontaktować się z partnerem Konsorcjum, jak również przedstawiła nie budzące wątpliwości zaświadczenie z dnia 27 kwietnia 2015r. odwołujące się wprost do „[REDAKTOWANE]”. Podzielić należy zatem stanowisko Izby zaprezentowane w zaskarżonym wyroku, iż decydujące znaczenie ma wiedza inwestora o tym, że prace w sposób należyty zrealizował dany podwykonawca, a nie stosunek stanowiący podstawę do prowadzenia prac objętych danym zamówieniem.

Ponadto, nie uszło uwadze Sądu Okręgowego, iż Zamawiający w sekcji VI.3 ogłoszenia o zamówieniu zastrzegł, że w sytuacji gdy z uzasadnionej przyczyny o charakterze obiektywnym, wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji, wystarczające będzie oświadczenie wykonawcy. Konsorcjum [REDAKTOWANE] w piśmie z dnia 4 kwietnia 2019r. skierowanym do zamawiającego wyjaśniło, że wszystkie aktualne systemy ADMS SE na świecie oraz systemy aktualnie wdrażane i serwisowane są systemami wykonanymi przez [REDAKTOWANE], który to podmiot jest jedyną jednostką rozwijającą i wdrażającą system [REDAKTOWANE]. Konsorcjum [REDAKTOWANE] wyjaśniło również powody, dla których większość posiadanych listów referencyjnych opiewa na [REDAKTOWANE] bez wskazywania konkretnej jednostki organizacyjnej. W konsekwencji należy zgodzić się ze stanowiskiem Izby, iż okoliczności przedstawione w piśmie z dnia 4 kwietnia 2019r. stanowią uzasadnioną, obiektywną przyczynę nie legitymowania się przez Konsorcjum [REDAKTOWANE] precyzyjnymi referencjami.

Z powyższych względów bezzasadny jest również, powiązany z zarzutem sformułowanym w pkt 3 skargi, zarzut naruszenia §2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016r. (Dz. U. z 2016r., poz. 1126). W myśl §2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016r. wykonawca ma załączyć dowody określające czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podjąć starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane. Dopiero w sytuacji, gdy dokumentu takiego nie będzie w stanie pozyskać, uprawniony jest do złożenia w tym przedmiocie oświadczenia, przy czym brak możliwości pozyskania ww. dokumentu musi wynikać z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze.

Z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy wywieść, że składając zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa powyżej, wykonawca powinien wskazać zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem, że podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nieskuteczne, a także określić przyczynę nie uzyskania takich dokumentów, przy czym przyczyna ta powinna mieć obiektywny charakter. Wymogi te niewątpliwie spełniło Konsorcjum. W piśmie Konsorcjum [REDAKTOWANE] z dnia 4 kwietnia 2019r., które należy traktować jako oświadczenie wskazane w §2 ust. 4 pkt 2 powyższego rozporządzenia, wykonawca wyraźnie wskazał, że aktualnie wdrażane na świecie systemy ADMS SE są systemami wykonanymi przez [REDAKTOWANE]. Jednocześnie wykonawca wskazał, że ze względu na struktury wewnętrzne oraz ograniczenia administracyjno-logistyczne, podmiot ten nie bierze udziału w postępowaniach przetargowych bezpośrednio.

Częścią handlowo- administracyjną zajmują się w większości przypadków jednostki lokalne, co wynika niejednokrotnie również z wymagań zamawiającego, które ograniczają możliwość bezpośredniego udziału w tych postępowaniach np. poprzez posługiwanie się językiem polskim, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu. Nie dziwi zatem Sądu Okręgowego przyjęta praktyka, iż sprawami organizacyjnymi czy administracyjnymi zajmują się podmioty lokalne, natomiast [REDAKTOWANE] stanowi ich zaplecze techniczne w tym zakresie. W konsekwencji należało podzielić trafne zapatrywanie Krajowej Izby Odwoławczej, iż w odniesieniu do [REDAKTOWANE] zachodzą obiektywne przyczyny, z powodu których wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów wprost przedstawiających prawidłowe wykonanie usługi referencyjnej.

Mając na uwadze powyższe rozważania należało przyjąć, iż również zarzut naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych nie mógł się ostać. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami zamawiającego wyartykułowanymi w dokumentacji postępowania, zaś zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców, bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na zamawiającego, w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert. Zarówno w przypadku Konsorcjum [REDAKTOWANE] jak i [REDAKTOWANE] mamy do czynienia z polisą zbiorową, treść ust. 2 pkt 1 sekcji III.1.2. ogłoszenia o zamówieniu można było odnieść do polisy OC wystawionej przez jednego z konsorcjantów, wobec czego wykonawcy przedstawili prawidłowe polisy OC. W zakresie natomiast udokumentowania wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, należało przyjąć za wystarczające oświadczenie [REDAKTOWANE] z dnia 4 kwietnia 2019r., co wynika wprost z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przy tym jako podmiot wchodzący w skład grupy kapitałowej funkcjonującej w prawie 100 krajach na całym świecie, [REDAKTOWANE] jest podmiotem, od którego nie można oczekiwać bezpośredniego wzięcia udziału w



postępowaniach przetargowych, skoro przedsięwzięciem w tym zakresie zajmują się z powodzeniem jednostki lokalne. W kontekście powyższego, odnosząc się do zarzutu sformułowanego w pkt 7 apelacji, należało uznać, że sprawa została dostatecznie przez Krajową Izbę Odwoławczą wyjaśniona, w szczególności, gdy przeprowadzone zostały wszystkie dopuszczone dowody, a zarzut skarżącego stanowił jedynie gołosłowną polemikę z prawidłową oceną materiału dowodowego dokonaną przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Także zarzut sformułowany w pkt 7 skargi nie mógł się ostać. Z powołanego przez skarżącego przepisu art. 191 ust. 1 i 2 Pzp wyprowadzić należy dwie wytyczne istotne dla prawidłowego toku wyrokowania. Po pierwsze, wyrok nie może zostać oparty o informacje ujawnione już po zamknięciu rozprawy. Po drugie natomiast, skład orzekający wydając wyrok musi wziąć pod uwagę pełen stan rzeczy wynikający z postępowania odwoławczego. Izba nie może pominąć żadnej okoliczności ujawnionej w czasie postępowania odwoławczego i przyjąć za podstawę wyroku jedynie części stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania. Naruszenie wskazanego przepisu przez KIO tylko wtedy może stanowić podstawę procesowego zarzutu skargi na wyrok KIO, gdy okaże się, że nie zostały wyjaśnione wszystkie okoliczności istotne dla sprawy, a podnoszone przez strony lub wynikające z akt postępowania. W niniejszej sprawie skarżący w żaden sposób nie wykazał, by jakiegokolwiek istotne okoliczności sprawy zostały pominięte bądź by Izba oparła wyrok na ustaleniach dokonanych po zamknięciu rozprawy. KIO dokonała stosownej do okoliczności sprawy analizy zebranego materiału dowodowego, opierając się również na zasadach doświadczenia życiowego i regułach logicznego rozumowania, które nie zostały naruszone, przy czym walor przedstawionych dowodów w kontekście ich wiarygodności wynika z kontekstu uzasadnienia. Nieuprawnionym zatem jest zarzut naruszenia art. 191 ust. 1 i 2 Pzp poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Z przedstawionych wyżej względów Sąd Okręgowy uznał, że zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej odpowiada przepisom prawa i brak jest podstaw do jego zmiany. Dlatego też Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oddalił obydwie skargi jako bezzasadne.

O kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skargi Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i

art. 98 § 1 i § 3 k.p.c., art. 99 k.p.c. w zw. z § 20 i § 8 ust.1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r., w sprawie opłat za czynności radców prawnych w zw. z § 20 i § 8 ust.1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r., w sprawie opłat za czynności adwokackie. Zamawiający, wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Konsorcjum Firm: [REDAKTOWANE] a sp. z o.o., [REDAKTOWANE] s oraz [REDAKTOWANE] A. oraz wykonawca Konsorcjum [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] w toku postępowania przed Sądem Okręgowym byli reprezentowani przez profesjonalnego pełnomocnika w osobie radcy prawnego, a w przypadku wykonawcy Konsorcjum [REDAKTOWANE] s pełnomocnika w osobie adwokata. Przepis art. 198 a ust.2 pzp stanowi, że w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. Z kolei art. 198 f ust.1 pkt 5 pzp stanowi, że strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku; określając wysokość kosztów w treści orzeczenia, sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania. Przepis ten powtarza, zatem na potrzeby postępowania skargowego, wynikającą z art. 98 § 1 k.p.c., dotyczącą zwrotu kosztów postępowania, zasadę odpowiedzialności za wynik procesu. Zgodnie z art. 98 § 1 k.p.c. strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony. Wynagrodzenie radcy prawnego określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r „w sprawie opłat za czynności radców prawnych”, wynagrodzenie adwokata określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015r. „w sprawie opłat za czynności adwokackie”, przy czym rozporządzenie nie określa stawki minimalnej w sprawach skarg od orzeczeń KIO. Trudno również znaleźć w treści powołanego rozporządzenia, zgodnie z jego § 20 sprawę o najbardziej zbliżonym zastosowaniu. Wydaje się, zatem, że w tej kwestii odwołać się należy, po pierwsze do wysokości stawki pełnomocnika, jaką określono w samym rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym (wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) i sposobu ich rozliczania a konkretnie § 3 ust 2 pkt b, który przewiduje wynagrodzenie nie wyższe niż kwota 3.600 zł, po wtóre zaś § 10 ust 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców

prawnych oraz § 10 ust 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie. Kwota wynagrodzenia należnego pełnomocnikowi winna zatem wynieść 1.800 zł.



Na oryginale właściwe podpisy  
za zgodność świadczy  
SEKRETARZ SĄDOWY

*Magdalena Sobczyk-Rożcwiez*

o