

Sygn. akt VII Ga 128/19



KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA
DzK-KIO-103904g
2019 -07- 10

W P Ł Y N E Ł O

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 maja 2019 r.

Sąd Okręgowy w Kielcach VII Wydział Gospodarczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Beata Sikorska-Klimeczak

Sędziowie: SSO Marek Skrobisz, SSR (del.) Tomasz Durlej (spr.)

Protokolant: sekr. sądowy Krzysztof Bracisiewicz

po rozpoznaniu w dniu 21 maja 2019 r. w Kielcach na rozprawie

sprawy ze skargi [redacted] Spółki z o.o. w [redacted]

przy udziale przeciwników skargi: odwołującego [redacted]

[redacted] w [redacted] zamawiającego [redacted] - [redacted]

[redacted] oraz przystępującego po stronie
zamawiającego [redacted] S.A. w [redacted]

na skutek skargi [redacted] Spółki z o.o. w [redacted] od wyroku Krajowej Izby
Odwoławczej z dnia 7 marca 2019 r., sygn. akt KIO 275/19;

I. Oddala skargę.

II. Zasądza od [redacted] Spółki z o.o. w [redacted] na rzecz [redacted]
[redacted] Spółki z o.o. w [redacted] kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset
złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

III. Zasądza od [redacted] Spółki z o.o. w [redacted] na rzecz [redacted]
[redacted] - [redacted] kwotę
11 250 zł (jedenaście tysięcy dwieście pięćdziesiąt złotych) tytułem kosztów postępowania
skargowego.

SSO Marek Skrobisz

SSO Beata Sikorska-Klimeczak



SSR (del.) Tomasz Durlej
Na oryginalne właściwy podpis
Za zgodność z oryginałem
świadczy.

Krzysztof Bracisiewicz
Krzysztof Bracisiewicz

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 7 marca 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie [REDAKTION] w [REDAKTION] w postępowaniu prowadzonym przez [REDAKTION] - [REDAKTION] w [REDAKTION] przy udziale [REDAKTION] Spółki akcyjnej z siedzibą w [REDAKTION] oraz [REDAKTION] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [REDAKTION] uwzględniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez [REDAKTION] Spółkę Akcyjną w [REDAKTION], a także naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania [REDAKTION] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTION] i nakazując [REDAKTION] - [REDAKTION] w [REDAKTION] unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty złożonej przez [REDAKTION] Spółkę Akcyjną w [REDAKTION] oraz wykluczenie z postępowania [REDAKTION] Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTION]. Jednocześnie Krajowa izba Odwoławcza (dalej skrótowo: KIO) oddaliła zarzuty odwołania w pozostałym zakresie, zaś kosztami postępowania obciążyła [REDAKTION] Spółkę Akcyjną w [REDAKTION] Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTION].

KIO w swych rozważaniach poczynionych w sporządzonym pisemnym uzasadnieniu do przedmiotowego wyroku, ustaliła co następuje. Zgodnie z punktem VI. B ppkt 12 ze str. 3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) dla Części I i II zamówienia zamawiający wymagał, aby urządzenie dostępne

(AccessPoint) do sieci Wi-Fi spełniało następujący parametr: „Współpraca z serwerem Radius w celu uwierzytelniania administratora oraz możliwość uwierzytelniania administratora poprzez klucz SSH”.

Przystępujący ██████████ w poz. B tabeli formularza cenowego w Części I i II zaoferował urządzenie AccessPoint onPilot Indoor E410 producenta Networks i na str. 24-26 oferty złożył oświadczenie, że urządzenie spełnia wymagania SOPZ.

Zgodnie z pkt. VI. B ppkt 17 ze str. 3 SOPZ dla Części I i II zamówienia zamawiający zażądał, aby oferowane rozwiązanie w zakresie urządzenia dostępowego (AccessPoint) spełniało następujący parametr: „zasilane przez PoE w standardzie 802.3t lub 802.3af oraz zasilacz na napięcie 230V AC”. Przystępujący ██████████ zaoferował urządzenie w standardzie onPilot E410.

W pkt. VI. C ppkt 1.1 s.i.w.z. zamawiający wskazał, że oświadczenie własne wykonawcy może zostać złożone w przypadku, gdy „dokumentacja lub specyfikacja techniczna sprzętu udostępniona przez producenta sprzętu, o których mowa powyżej, nie zawiera wszystkich parametrów pozwalających na pełną weryfikację wymagań zawartych w s.i.w.z.”. W takim przypadku zamawiający dopuścił złożenie, oprócz wymaganej specyfikacji, dodatkowego oświadczenia zawierającego uzupełnienie brakujących parametrów (rzeczywistych) danego oferowanego sprzętu, potwierdzających spełnienie postawionych w s.i.w.z. wymagań.

Przystępujący ██████████ zaoferował urządzenie ProSAFE Business 2x2 Dual Band Wireless-AC Access Point model WAC72G producenta NETGAR.

Zgodnie z pkt VI. B ppkt 7 SOPZ zamawiający wymagał, aby urządzenie dostępowe (AccessPoint) spełniało następujące wymaganie: „Funkcje zarządzania pasmem, w szczególności ograniczenia maksymalnego użycia pasma per pojedynczy użytkownik”.

Zgodnie z pkt VI. B ppkt 12 SOPZ – „Współpraca z serwerem Radius w celu uwierzytelnienia administratora oraz możliwości uwierzytelniania administratora poprzez klucz SSH”. Zgodnie z pkt VI. B ppkt 14 SOPZ „Cała konfiguracja musi mieścić się w pojedynczym pliku tekstowym, konfigurację urządzeń oparta na szablonach”.

oświadczeniu złożonym wraz z ofertą zostały przedstawione w sposób uniemożliwiający zamawiającemu dokonanie wstępnej oceny czy [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. zwany dalej- [REDAKTOWANE] spełnia warunek udziału w postępowaniu, określony w s.i.w.z. Przystępujący w JEZD złożonym wraz z ofertą wskazał w zamówieniu własne – zrealizowane na rzecz Starostwa Powiatowego w [REDAKTOWANE] i na rzecz [REDAKTOWANE] s.c. oraz doświadczenia [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. – dostawa wykonana na rzecz Sądu Apelacyjnego w [REDAKTOWANE] oraz dostawa wykonana na rzecz wykonawcy [REDAKTOWANE]. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie wykonawca uzupełnił JEZD i doprecyzował treść wykazu zawartego w JEZD.

W dniu 19 grudnia 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów na podst. art. 26 ust. 1 p.z.p. [REDAKTOWANE] uzupełnił w dniu 24 grudnia 2018 r. wykaz dostaw, wskazując dostawy określone w JEZD.

W dniu 3 stycznia 2019 r. i w dniu 8 stycznia 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego [REDAKTOWANE] do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. w zakresie dostawy wykonanej przez [REDAKTOWANE] sp. z o.o. na rzecz przystępującego [REDAKTOWANE] oraz w zakresie dostawy wykonanej przez przystępującego [REDAKTOWANE] na rzecz [REDAKTOWANE]

W dniu 15 stycznia 2019 r. zamawiający wystosował ponownie wezwanie w trybie art. 246 ust. 3 p.z.p., wskazując, iż nie akceptuje złożonych przez przystępującego [REDAKTOWANE] wyjaśnień w zakresie dostawy wykonanej przez [REDAKTOWANE] sp. z o.o. na rzecz przystępującego [REDAKTOWANE] oraz w zakresie dostawy wykonanej przez przystępującego [REDAKTOWANE] na rzecz [REDAKTOWANE]. W odpowiedzi z dnia 18 stycznia 2019 r. przystępujący [REDAKTOWANE] uzupełnił wykaz, w którym ostatecznie znalazły się zamówienia własne wykonawcy, jak również dostawa zrealizowana przez [REDAKTOWANE] sp. z o.o. – zamówienie wykonane na rzecz Sądu Apelacyjnego w [REDAKTOWANE].

Zgodnie z informacjami wskazanymi przez [REDAKTOWANE] w wykazie dostaw (oraz wcześniej w uzupełnionym JEZD) zamówienie wykonane w okresie 30.10.2015 r. – 23.12.2015 r. miało obejmować „dostawę 840 komputerów All-In-One na rzecz sądów powszechnych wraz z uruchomieniem w 57 lokalizacjach (ustawienie w miejscu docelowym, zainstalowanie systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego)”.

Przystępujący ██████ w dniu 28 stycznia 2019 r. uzupełnił wykaz, zgodnie z którym:

a) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału z pkt VI. 1.2 lit. a-b s.i.w.z. – dostawa sprzętu komputerowego o określonej wartości wraz z jego uruchomieniem (jedno zamówienie może potwierdzać więcej niż jeden warunek określony w s.i.w.z.) – wskazana została dostawa zrealizowana przez ██████ sp. z o.o. (zamówienie na rzecz Sądu Apelacyjnego w ██████) oraz dostawa własna przystępującego ██████ (zamówienie na rzecz ██████ sp. z o.o.).

b) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt V.1.2 lit c s.i.w.z. – dostawa urządzeń dostępowych AccessPoint wraz z uruchomieniem i konfiguracją – zostały wskazane zamówienia własne przystępującego ██████

Przystępujący ██████ w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V.1.2 lit. b s.i.w.z., wykazał dostawę zrealizowaną na rzecz Sądu Apelacyjnego w ██████ w okresie 11.10.2016 r. – 28.10.2016 r. Zgodnie z informacjami wskazanymi w oświadczeniu JEZD (Część IV sekcja C) złożonym przez ██████ sp. z o.o. zamówienie polegało na „dostawie wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego do powyżej 20 lokalizacji, licząca powyżej 500 komputerów”.

Przystępujący ██████, ██████ w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej polegają na potencjale podmiotów trzech udostępniających zasoby – ██████ sp. z o.o. (██████) oraz ██████ Sp. z o.o. (██████). W obydwu przypadkach podmioty te udostępniają wykonawcom doświadczenie w zakresie warunku z pkt V.1.2 lit. b s.i.w.z, tj. dostawy wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego rozumianego jako ustawienie w miejscu docelowym i wykonanie instalacji oprogramowania. Ze zobowiązań podmiotów trzecich, wynika, że udostępnienie dotyczy konsultacji, doradztwa, udziału w naradach, „pozostawania do dyspozycji”, spotkań z personelem wykonawcy etc.

W części merytorycznej KIO wskazała, że zasadny okazał się zarzut naruszenia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ██████ Spółkę Akcyjną w ██████, a także

naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., zaś w pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba przeprowadziła dowód z opinii biegłego dr. inż. hab. [REDAKT], z której wynikało, że zaoferowane przez [REDAKT] urządzenie dostępne AccessPoint do sieci Wi-Fi nie spełnia wymagań technicznych określonych w SOPZ.

Przystępujący [REDAKT] jako dowód w sprawie złożył oświadczenie [REDAKT] Sp. z o.o. w [REDAKT] z dnia 21 lutego 2019 r., po analizie którego Izba stwierdziła, że producent nie oświadczył w sposób kategoriyczny, iż zaoferowane urządzenie spełnia zakwestionowane wymogi, lecz stwierdził lakonicznie, że istnieje możliwość tej funkcji za pomocą zaoferowanych urządzeń. [REDAKT] nie przedstawił żadnych bardziej szczegółowych informacji w kwestii możliwości dostosowania urządzenia do wymogów s.i.w.z., które stanowiłyby skuteczną przeciwwagę dla twierdzeń wskazanych w opinii oraz jego własnej korespondencji. Ponadto, oświadczenie zostało wydane w sytuacji, gdy przedstawiciel [REDAKT] był świadomy, iż oświadczenie zostanie wykorzystane w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie był on zatem podmiotem bezstronnym w tymże postępowaniu, ponieważ mógłby osiągnąć pewną korzyść z dostarczenia urządzeń wykonawcy. Izba uznała zatem, że odwołujący się skutecznie wykazał niezgodność treści oferty przystępującego [REDAKT] z treścią s.i.w.z.

Zasadny w ocenie Izby okazał się także zarzut dot. zaniechania wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia przystępującego [REDAKT]

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, sformułowanym w pkt. V. 1.2 s.i.w.z. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy legitymujący się następującym oświadczeniem:

„a) W przypadku składania oferty na jedną część zamówienia – co najmniej dwie dostawy sprzętu komputerowego o wartości minimum 1 000 000,00 zł brutto każda dostawa. W przypadku składania oferty na dwie części zamówienia – co najmniej dwie dostawy sprzętu komputerowego o wartości minimum 2 000 000,00 zł brutto każda dostawa.

b) w przypadku składania oferty na jedną część zamówienia – co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego, każda do min. 10 lokalizacji i każda licząca co najmniej 250 komputerów. W przypadku składania oferty na dwie części zamówienia – co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego, każda do min. 20 lokalizacji i każda licząca co najmniej 500 komputerów. Przy czym przez uruchomienie rozumie się ustawienie w miejscu docelowym, zainstalowanie systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego (np. pakietu biurowego).

c) w przypadku składania oferty na jedną część zamówienia – co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem i konfiguracją min. 10 urządzeń dostępowych (AccessPoint-ów) każda. W przypadku składania oferty na dwie części zamówienia – co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem i konfiguracją min. 20 urządzeń dostępowych (AccessPoint-ów) każda.

Jedna dostawa może potwierdzać więcej niż jeden z warunków określonych w ppkt a), ppkt b) i w ppkt c)”.
Zaś z treści wykazu uzupełnionego przez przystępującego ██████████ wynika, że wykonawca ten nie posiada doświadczenia wymaganego w s.i.w.z. w zakresie dostaw określonych w pkt V.1.2 lit. a-b s.i.w.z. – dostawa sprzętu komputerowego o określonej wartości wraz z jego uruchomieniem. W przypadku ubiegania się o zamówienie w Części I i II, zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania się co najmniej dwiema dostawami spełniającymi wszystkie elementy określone w warunku i doświadczenie posiadane przez jeden podmiot w zakresie dwóch dostaw o określonych wymaganiach nie jest tożsame z doświadczeniem określonym w wykazie Perceptus, zgodnie z którym wykonawca posiada wyłącznie jedną zrealizowaną dostawę a podmiot trzeci udostępniający zasoby – drugą.

Izba powołała się na stanowisko zajęte przez Trybunał Europejski w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt* motyw 54, która miała analogiczny charakter i sprowadza się do stwierdzenie, iż nie jest możliwe dopuszczenie do sytuacji, w której wykonawca polegałby na zdolnościach innego podmiotu poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w

przypadku gdy instytucja zamawiająca uzna, że dane zamówienie jest niepodzielne, czyli że musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę, oraz że wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem danego zamówienia, które musi więc zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, oraz proporcjonalnie do niego. Ponadto, Izba wskazała, iż w sytuacji gdy wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, udostępnienie tych zasobów musi mieć charakter realny, a podmiot trzeci musi brać rzeczywisty udział w wykonywaniu przedmiotu zamówienia. Izba powołała się również na twierdzenia wywiedzione przez Trybuna Europejski w wyroku z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie E-324/14 Partner Apulski Dariusz. Pozostałych zarzutów odwołania Izba nie uznała za zasadne, co miało przełożenie na taką a nie inną treść orzeczenia.

Od wyroku KIO z dnia 7 marca 2019 r. skargę złożył przystępujący [REDAKTOWANE] zaskarżając go w zakresie pkt 1 (w części, w której uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenie z postępowania skarżącego) oraz co do orzeczenia o kosztach w pkt 3.2. orzeczeniu temu skarżący zarzucił:

1) naruszenie art. 192 ust. 2 p.z.p. oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i w konsekwencji uwzględnienie odwołania oraz uznanie, że zasadnym w okolicznościach sprawy jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenie skarżącego z postępowania przetargowego prowadzonego przez Zamawiającego;

2) naruszenie art. 190 ust. 7 p.z.p. poprzez niedokonanie wszechstronnej oceny i rozważenia materiału dowodowego, wskutek pominięcia przy ocenie sprawy treści zobowiązania podmiotu trzeciego, [REDAKTOWANE] sp. z o.o., do udostępnienie zasobów w zakresie doświadczenia, znajdującego się przy ofercie skarżącego, będącej częścią akt postępowania przetargowego dostarczonego przez Zamawiającego.

Przy tak sformułowanych zarzutach, skarżący wniósł o oddalenie odwołania w części dot. zarzutów wobec [REDAKTOWANE] sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOWANE] i wyeliminowanie z treści orzeczenia w pkt 1 sformułowania kształtującego prawa i

obowiązki [REDAKTOWANE] sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOWANE], a także o uchylenie pkt 3.2 dot. orzeczenia o kosztach oraz o zasądzenie od przeciwników skargi na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę, Zamawiający wniósł o jej odrzucenie, w przypadku jej nieopłacenia, ewentualnie o jej oddalenie w całości jako bezzasadnej oraz o zasądzenie od skarżącego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. W uzasadnieniu wskazał, iż co prawda wykonawca ma prawo polegać na zasobach podmiotu trzeciego, jednak nie może prowadzić to do stawiania go w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do wykonawców spełniających samodzielnie podstawowe warunki, bądź spełnianie warunków wykazuje podmiot trzeci ale będzie on podwykonawcą w realizacji zamówienia. Żądanie przez Zamawiającego dwóch dostaw oznaczało konieczność wykazania się pewną krotnością, a więc powtarzalnością w wykonywaniu dostaw w danym zakresie, zaś uznanie łącznego doświadczenia w danym obszarze, prowadziło do naruszenia tych zasad, gdyż w efekcie Zamawiający miałby do czynienia z dwoma podmiotami, z których żaden nie spełnia postawionego warunku. Ponadto, Zamawiający analizując dokumenty, w tym zobowiązanie firmy [REDAKTOWANE] dołączone do skargi, wskazał, iż w jego ocenie w praktyce nie przystępujący będzie realizował zamówienie, lecz dwa inne podmioty – [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE]. Skoro więc współpraca ta miała mieć charakter podwykonawstwa, to przystępujący waniem wykazać to w swojej ofercie, czego nie uczynił.

W odpowiedzi na skargę, przystępujący [REDAKTOWANE] sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOWANE] (-zwany dalej [REDAKTOWANE]) wniósł o odrzucenie skargi w przypadku jej nieopłacenia, ewentualnie o jej oddalenie w całości oraz o zasądzenie od skarżącego na rzecz przystępującego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. [REDAKTOWANE] w odpowiedzi na skargę wskazał, że w jego ocenie Izba należycie oceniła, że skarżący nie posiada doświadczenia wymaganego w s.i.w.z. w zakresie dostaw określonych w pkt V.1.2 lit a-b. [REDAKTOWANE] nie posiada własnego doświadczenia pozwalającego na samodzielne wykazanie spełnienia warunku w odniesieniu do lit. a i b, co w konsekwencji

usług doradczych na zasadzie konsultacji i doradztwa, co KIO miała ocenić jako zobowiązanie nierealne. Prowadzi to do wniosku, że podmiot trzeci w rzeczywistości nie zakłada – poza doradztwem – jakiegokolwiek wkładu podmiotu trzeciego w wykonanie zamówienia.

Sąd okręgowy zważył co następuje:

Skarga okazała się w całości niezasadna, co skutkowało jej oddaleniem.

Podstawą wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, stał się art. 192 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), zgodnie z którym o oddaleniu odwołania Izba orzeka wyrokiem, zaś odwołanie może być uwzględnione jedynie, jeżeli Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 p.z.p.). W skardze skarżący wskazał szereg przepisów, które jego zdaniem zostały naruszone przez KIO przy wydaniu orzeczenia. Zgodnie bowiem z treścią art. 7 ust. 1 p.z.p. zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Stosowanie zaś do treści art. 22 ust. 1 b pkt 3 p.z.p. warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które powinni spełniać wykonawcy przystępujący do przetargu, mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej, natomiast – zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 p.z.p. w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. – na który powołuje się skarżący – stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Natomiast zgodnie z treścią art. 190 ust. 7 p.z.p. KIO ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

Odnosząc się więc do postawionych przez skarżącego zarzutów, w tym zasadniczego i rozbudowanego w swej treści i konstrukcji, należy wskazać na wstępie, że Sąd oddala skargę wyrokiem, jeżeli jest ona bezzasadna (art. 198f ust. 1 p.z.p.). Taka sytuacja też miała miejsce w przypadku rozpoznawania przedmiotowej skargi. W tym przypadku bezzasadność skargi, a w konsekwencji jej zarzutów oznacza, że żadne z przytoczonych przez skarżącego uchybień w rzeczywistości nie wystąpiło lub też nie miało żadnego znaczenia i wpływu na treść zapadłego orzeczenia KIO. W skardze z dnia 25 marca 2019 r. skarżący zarzucił naruszenie wskazanych przepisów poprzez ich nieprawidłowego zastosowanie i w konsekwencji uwzględnienie odwołania oraz uznanie, że zasadnym w okolicznościach sprawy jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenie skarżącego z postępowania przetargowego prowadzonego przez Zamawiającego. I choć taka redakcja treści uchybień, które zdaniem skarżącego cechuje skarżone orzeczenie, nie jest do końca precyzyjna i prawidłowa, to jednak jego konkretyzacja znajduje się w treści uzasadnienia, co skutkowało, z formalnego punktu widzenia, uznaniem niniejszej skargi za dopuszczalnej (*vide* art. 198c p.z.p.). Odnosząc się więc ściśle do postawionych zarzutów Sąd wskazuje, iż nie można były uznać ich zasadności.

W pierwszej kolejności zważyć trzeba, iż w ocenie skarżącego brak było podstaw do uwzględnienia przez Izbę złożonego odwołania. Rozstrzygnięcie to zostało wydane w oparciu o złożone do sprawy dokumenty oraz ich analizę, po której KIO dokonała ustaleń faktycznych. Stwierdzić trzeba w tym miejscu, iż Sąd ustalenia te w całości podziela i aprobuje, to też na tej podstawie należało dokonywać analizy stanu prawnego. Skarżący zarzucił, iż Izba dokonała nienależytej oceny i nierozważeniu całości zebranego materiału dowodowego zebranego w sprawie, wskutek pominięcia zobowiązania podmiotu trzeciego. W tym miejscu Sąd zwraca uwagę na treść przepisu, którego naruszenie zarzuca skarżący. W istocie więc stanowi on kalkę treści art. 233 § 1 k.p.c. Wskutek czego aktualna jest jego interpretacja stosowana przez pryzmat treści przepisu kodeksu postępowania cywilnego. I tak, do naruszenia

wskazanego przepisu, jak to wskazuje skarżący, mogłoby dojść tylko wówczas, gdyby skarżący wykazał uchybienie podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów tj. regułom logicznego myślenia, zasadzie doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów. Dokonywanie oceny dowodu bez naruszenia zasad logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego mieści się natomiast w granicach swobodnej oceny dowodów, wyznaczonej treścią art. 190 ust. 7 p.z.p.

Podważenie oceny dowodów dokonanej przez Izbę, w kontekście treści przepisu, którego naruszenie zarzuca skarżący, nie może sprowadzać się do przedstawienia własnej oceny, nawet jeśli ocena ta jest przekonująca. Nie wystarczą stwierdzenia, że ustalenia faktyczne są wadliwe ani też wskazanie stanu faktycznego, który - zdaniem skarżącego - odpowiada rzeczywistości. Taki sposób podważania oceny dowodów dokonanej przez Izbę, nawet jeśli może ona budzić zastrzeżenia, z reguły spotyka się z trafnym stwierdzeniem sądu wyższej instancji, że jest to zwykła polemika, która nie może odnieść skutku. Takiej ocenie dowodów nie można przeciwstawiać własnej oceny, przeciwnie - konieczne jest wskazanie, umiejscowionych w realiach danej sprawy, przyczyn, dla których ocena dowodów nie spełnia kryteriów określonych w art. 190 ust. 7 p.z.p. Należy wykazać, że Izba wyraźnie, w jakikolwiek sposób przekroczyła granice swobodnej oceny dowodów. Dopóki skarżący nie wykaże istotnych błędów logicznego rozumowania, sprzeczności oceny z doświadczeniem życiowym, braku wszechstronności czy też bezzasadnego pominięcia dowodów, które prowadzą do wniosków odmiennych, dopóty nie można uznać, że KIO 190 ust. 7 p.z.p. Sąd Najwyższy, w jednej ze swoich uchwał podjętej w składzie siedmiu sędziów, a odnoszącej się właśnie do analogicznego przepisu – art. 233 § 1 k.p.c. (Uchwała (7) SN z dnia 23 marca 1999 r., III CZP 59/98, OSNC 1999, nr 7-8, poz. 124) wskazał wyraźnie, iż *„same nawet bardzo poważne wątpliwości co do trafności oceny dokonanej przez sąd pierwszej instancji, jeżeli tylko nie wykroczyła ona poza granice zakreślone w art. 233 § 1 k.p.c., nie powinny stwarzać podstawy do zajęcia przez sąd drugiej instancji odmiennego stanowiska”*. W tym więc zakresie Sąd Okręgowy stwierdza, iż twierdzenia i zarzuty zawarte w skardze, a odnoszące się do kwestii zasad gromadzenia i oceny dowodów, oraz ustalania na ich podstawie stanu

faktycznego w sprawie niniejszej, stanowią li tylko polemikę z tak, a nie inaczej dokonanymi ustaleniami KIO, które w świetle zasad opisanych powyżej, są jak najbardziej prawidłowe. Dlatego też zarzut ten nie mógł prowadzić do uwzględnienia odwołania.

Nieco bardziej złożona jest kwestia dotycząca pozostałego zarzutu, który ma główny charakter, bowiem odnosi się do stosowanych przez Izbę przepisów, w tym przepisów prawa materialnego, których poprawność zastosowania w danym stanie faktycznym, jest przedmiotem oceny Sądu w niniejszym postępowaniu. W pierwszej kolejności Sąd wskazuje, iż Izba prawidłowo oceniła, że skarżący nie posiada doświadczenia wymaganego w s.i.w.z., określonych szczegółowo w pkt V.1.2 lit.a-b, które warunkowała w rzeczywistości sam udział w procedurze przetargowej. Jednakże nie z tego powodu dokonane zostało jego wykluczenie w orzeczeniu Izby. Oczywistym jest bowiem stwierdzenie, że przystępujący, zgodnie z treścią art. 22a p.z.p. może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych, a w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, może on polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Ocena tego, czy pomimo uzyskania takiego zapewnienia ze strony podmiotu trzeciego, którym w tym wypadku był █████ sp. z o.o. oraz █████ sp. z o.o. (złożonego w przypadku tego ostatniego podmiotu już na etapie postępowania zainicjowanego niniejszą skargą) była przedmiotem wnikliwej analizy KIO jak i Sądu. W oparciu o powyższe nie można było również w tym wypadku stwierdzić, że w tej sytuacji przystępujący spełnia wymagane w s.i.w.z. warunki udziału w procedurze przetargowej.

Skarżący, █████ sp. z o.o. wykazywał spełnienie powyższych warunków jedynie częściowo poprzez doświadczenie własne, a częściowo poprzez doświadczenie podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby, natomiast żaden z nich nie posiada doświadczenia wymaganego w s.i.w.z. w zakresie dostaw określonych w pkt

.1.2 lit a-b. Powodów tej oceny jest kilka . Po pierwsze, analizując powyższe zapisy w oparciu również o treść art. 7 ust. 1 p.z.p. okazałoby się, że wybór oferty najkorzystniejszej, który miał do tej pory miejsce, odbył się faktycznie z naruszeniem wyrażonej w tym przepisie zasady proporcjonalności, skoro też doświadczenie własne oraz podmiotów trzecich ostatecznie mimo wszystko okazałoby się mniejsze, niż podmiotu biorącego udział w przetargu, który z doświadczenia i wsparcia takich podmiotów nie korzysta. W sprawie niniejszej ██████████ polegał na doświadczeniu firmy ██████████ sp. z o.o., która wykazała się doświadczeniem w zakresie realizacji zamówienia na dostarczenie sprzętu komputerowego na rzecz Sądu Apelacyjnego w ██████████ Jednakże Izba prawidłowo oceniła, iż w tej sytuacji nie można mówić o realności udostępnienia zasobów skarżącemu, bazując na tego rodzaju doświadczeniu, skoro też taki warunek – w myśl dopuszczającej go treści art. 22d ust. 3 p.z.p. – został postawiony w s.i.w.z. a także w SOPZ. W tym zakresie warunek ten dotyczył zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenia), bowiem prace, jakie miały być realizowane na etapie wykonania umowy, będącej przedmiotem zamówienia, nie obejmują jedynie usługi dostarczenia sprzętu komputerowego, ale także jego rozmieszczenia, przez co należy rozumieć jego rozstawienie, instalacja i uruchomienie systemu operacyjnego na każdym z nich oraz pakietów biurowych (Office), aktualizacja oprogramowania czy też jego późniejsze serwisowanie (co wynika wprost z pkt III ppkt 1 i 8 oraz pkt VII ppkt 1 oraz ust. 3 ppkt 1 SOPZ, a także w pkt V.1.2 lit b). Ponadto, Zamawiający wskazał, że dopuszcza udział podwykonawców. Skoro więc wsparcie oferowane przez podmiot ██████████ sp. z o.o. nie miało charakteru *stricte* udostępnienia zasobów podmiotowi właściwemu, tj. skarżącemu, lecz samodzielne wykonanie tej części zamówienia, to też bezpośrednio ten podmiot uczestniczyłby w realizacji zamówienia. Podmiot ten nie został jednak zgłoszony jako podwykonawca – i bez znaczenia w tym zakresie pozostały twierdzenia, jakoby siedziby obu spółek znajdowały się w tym samym miejscu, oddzielone li tylko jednymi drzwiami, jak to wskazał Prezes Zarządu skarżącego, który z drugiej strony oświadczył na rozprawie , że udział spółki ██████████ sprowadzałby się li tylko do dostarczenia konkretnego urządzenia elektronicznego.

Tym samym, bazując na tak zaprezentowanych wnioskach i oświadczeniach skarżącego i podmiotu trzeciego, nie sposób było również uznać – co prawidłowo oceniła KIO – że zobowiązanie [REDAKTOWANE] sp. z o.o. miałyby w tym wypadku charakter w istocie realny i wystarczający w świetle zamówienia i warunków sformułowanych przez organizatora przetargu. Skoro bowiem skarżący starając się wykazać doświadczenie podmiotu trzeciego realizowanym przezeń zamówieniem na dostarczenie sprzętu komputerowego na zlecenie Sądu Apelacyjnego w [REDAKTOWANE], to już na tym etapie należało stwierdzić, iż warunki te są niewystarczające w świetle wymagań niniejszego przetargu, bowiem nie odpowiadają wszystkim stawianym warunkom. Zamówienia te różniła przede wszystkim kwestia świadczenia usługi po dostarczeniu sprzętu. Jak wskazano wyżej, Zamawiający wymagał nie tylko dostarczenia sprzętu komputerowego, ale także jego rozmieszczenia, przez co należy rozumieć jego rozstawienie, instalację i uruchomienie systemu operacyjnego na każdym z nich oraz pakietów biurowych (Office), aktualizację oprogramowania czy też jego późniejsze serwisowanie, co z kolei było także czynnikiem cenotwórczym. W tym zakresie więc stwierdzić faktycznie należało już na etapie wyboru oferty przez Zamawiającego, iż skarżący [REDAKTOWANE] posiłkując się doświadczeniem udostępnionym przez podmiot trzeci, nie wykazał spełnienia tego warunku, i dlatego orzeczenie KIO było z tego punktu widzenia prawidłowe. Tym samym nie można było stwierdzić naruszenia wskazanych przez skarżącego przepisów, skoro też KIO zastosowała je w sposób prawidłowy, przy należycie ustalonym stanie faktycznym sprawy.

Ponadto stan zawarty w ofercie ma kapitalne znaczenie dla rozstrzygnięcia KIO i dalej Sądu Okręgowego działającego, jako Sąd odwoławczy i nie jest dopuszczalny na tym etapie kreowanie istnienia wymaganego doświadczenia innymi okolicznościami (umowami), choćby prawdziwymi, albowiem w takiej sytuacji mielibyśmy do czynienia de facto z inną niż złożona zamawiającemu ofertą. Z tych względów, orzeczono jak w punkcie I wyroku.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 198f ust. 5 p.z.p., zgodnie z którym 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.

Wobec oddalenia odwołania należało kosztami postępowania obciążyć skarżącego – [REDAKT] Sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKT] i zasądzić od niego, na rzecz odwołującego się [REDAKT] Sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKT] kwotę 7 500 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, a także kwotę 11 250 zł na rzecz [REDAKT] – [REDAKT] [REDAKT] w [REDAKT] tytułem kosztów postępowania skargowego (kosztów zastępstwa procesowego). Koszty zasądzone na rzecz [REDAKT] – [REDAKT] [REDAKT] w [REDAKT] wynikają z treści § 2 ust. 1 pkt 8 w zw. z § 10 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 listopada 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1799) – 75% stawki, zaś koszty zasądzone na rzecz odwołującego się [REDAKT] sp. z o.o. – wynikają z treści § 2 ust. 1 pkt 8 w zw. z § 10 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1797) – 50% stawki. Orzeczenie to znalazło swój wyraz w treści pkt II i III wyroku.

SSO Marek Skrobisz

SSO Beata Sikorska-Klimczak

SSR(del.)Tomasz Durlej



Na oryginale właściwy podpis
Za zgodność z oryginałem
świadczą

SEKRETARZ SAŁOWY
[Handwritten Signature]
Krzysztof Brackiewicz