



UZASADNIENIE

Zamawiający - [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE] prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie opieki serwisowej oraz wsparcia oprogramowania Oracle Tuxedo oraz Oracle Salt (znak postępowania: TZ/271/34/19).

W dniu 16 listopada 2020 r. wykonawca [REDAKTOWANE] sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOWANE] (dalej „Odwołujący 1” lub [REDAKTOWANE]) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy pzp raz art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty [REDAKTOWANE] S.A. z siedzibą w [REDAKTOWANE] (dalej [REDAKTOWANE]) ze względu na brak wyrażenia przez tego wykonawcę zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy pzp na przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 21 października 2020 r.

W tym samym dniu tj. 16 listopada 2020 r. wykonawca [REDAKTOWANE] A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący 2” lub [REDAKTOWANE]) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp; art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 9b oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 58 §1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp; art. 8 ust. 1 - 3 i art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 grudnia 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wyrokiem z 7 grudnia 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1 oddaliła odwołanie wykonawcy [REDAKTOWANE]; w pkt 2 uwzględniła odwołanie wykonawcy [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE] i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie złożonych przez [REDAKTOWANE] sp. z o.o. w [REDAKTOWANE] dokumentów: wykazu usług wraz z referencjami oraz wykazu osób, a także odrzucenie oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] sp. z o.o. w [REDAKTOWANE] na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddaliła; w pkt 3 kosztami postępowania obciążyła Odwołującego - wykonawcę [REDAKTOWANE] sp. z o.o. w [REDAKTOWANE] w sprawie o sygn. akt: KIO 2971/20 i Zamawiającego - [REDAKTOWANE] w

[REDAKTOWANE] w sprawie o sygn. akt: KIO 2976/20 i w pkt 3.1 zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę 30.000 zł uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę [REDAKTOWANE] sp. z o.o. w [REDAKTOWANE] (sygn. akt: KIO 2971/20) oraz Odwołującego - wykonawcę [REDAKTOWANE] S.A. w [REDAKTOWANE] (sygn. akt: KIO 2976/20) tytułem wpisu od odwołań; w pkt 3.2 zasądziła od Odwołującego - wykonawcy [REDAKTOWANE] sp. z o.o. w [REDAKTOWANE] na rzecz Zamawiającego - [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE] kwotę 3.600 zł stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika; w pkt 3.3. zasądziła od Zamawiającego - [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE] na rzecz Odwołującego - wykonawcy [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE] kwotę 18.600 zł stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań. Izba oceniła, że Odwołujący 1 oraz Odwołujący 2 wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie sygn. akt: KIO 2971/20 zważyła, że:

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] ze względu na brak wyrażenia przez ww. wykonawcę zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp na przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 21 października 2020 r.

Izba wskazała, iż stan faktyczny sprawy nie był sporny między Stronami postępowania odwoławczego. Osią sporu była natomiast ocena skuteczności złożonych przez [REDAKTOWANE] oświadczeń w przedmiocie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w kontekście warunków Zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 21 października 2020 r. Izba w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie podzieliła stanowiska Odwołującego 1 jakoby wykonawca [REDAKTOWANE] nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, warunkującej odrzucenie oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

KIO wskazała, że w przedmiotowej sprawie nie doszło do przerwania terminu związania ofertą wykonawcy [REDAKTOWANE] oraz ważności wadium. Wykonawca [REDAKTOWANE] w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 października 2020 r. złożył dwa oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą. Pierwszym oświadczeniem wykonawca [REDAKTOWANE] przedłużył termin związania ofertą o 5 dni, tj. do 31 października 2020 r., drugim zaś do 25 grudnia 2020 r., tj. o okres zgodny z wnioskiem Zamawiającego (60 dni). Jednocześnie wykonawca [REDAKTOWANE] składając pierwsze oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, przedłużył okres ważności wadium do dnia 29 grudnia 2020 r., zabezpieczając tym samym interes Zamawiającego wyrażający się w ochronie przed niesolidnym wykonawcą oraz zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym za nietrafioną należało uznać argumentację Odwołującego i zaprezentowaną na poparcie skutków braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego wskazującą, iż „inne są koszty utrzymania ważności wadium przez okres 5 dni, inne zaś w przypadku okresu 60 - dniowego”. Izba wskazała, że w okolicznościach tej sprawy nie miała miejsca podnoszona przez Odwołującego i sytuacja, bowiem [REDAKTOWANE] zabezpieczył złożoną ofertę wniesionym wadium na okres dłuższy niż wymagany przez Zamawiającego składając stosowny aneks od gwarancji ubezpieczeniowej w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Nie może być zatem mowy o nierównym traktowaniu wykonawców w aspekcie finansowo - ekonomicznym determinowanym różnym okresem ważności wadium. Następnie Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można pominąć, iż drugie oświadczenie woli wykonawcy [REDAKTOWANE] przedłużające termin związania ofertą do dnia 25 grudnia 2020 r. zostało złożone Zamawiającemu w dniu 27 października 2020 r., a zatem w dacie, w której ww. wykonawca pozostawał związany złożoną ofertą do dnia 31 października 2020 r. wobec treści pierwszego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Dalej nie można nie zauważyć, iż drugie oświadczenie wykonawcy [REDAKTOWANE] zostało złożone Zamawiającemu 27 października 2020 r. o godz. 7:29 rano. Tym samym uchybienie, którego dostrzegali Odwołujący i w działaniu wykonawcy [REDAKTOWANE] sprowadzało się w istocie do kilku godzin różnicy pomiędzy wyznaczonym przez Zamawiającego pismem z dnia 21 października 2020 r. terminem na złożenie ww. oświadczenia (26 października 2020 r.), a jego faktycznym złożeniem przez wykonawcę [REDAKTOWANE]. W tym miejscu warto dodać, iż nie zostało przez Odwołującego i wykazane by wskutek ww. działań wykonawcy [REDAKTOWANE] doszło do zaburzenia sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego w sierpniu 2019 r., który Odwołujący i upatrywał

w wyznaczonym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 21 października 2020 r. terminie, w którym wykonawcy zobowiązani byli podjąć określone czynności w postępowaniu. Zdaniem składu orzekającego Izby odrzucenie oferty wykonawcy [REDAKTION] na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowiłoby przejaw nadmiernego formalizmu, godząc tym samym w wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę proporcjonalności. Izba stwierdziła, że zarzucane przez Odwołującego 1 uchybienia wykonawcy [REDAKTION] jako nieodpowiadające art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nie miały żadnego wpływu na faktyczny przebieg niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, a ich waga miała charakter nieistotny. Brak było zatem zdaniem Izby podstaw do uznania, że oferta wykonawcy [REDAKTION] w świetle brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, jak i omówionych wyżej okoliczności faktycznych, podlegała odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie sygn. akt: KIO 2976/20 zważyła, że:

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Izba wskazała, iż nie ma wątpliwości, że specyfika niniejszego zamówienia publicznego dotyczącego posiadanego już przez Zamawiającego oprogramowania (Oracle Tuxedo oraz Oracle Salt) wymagała od potencjalnych wykonawców zamówienia współpracy z producentem oprogramowania, czy też jego przedstawicielem. Izba wskazała, iż całokształt okoliczności niniejszej sprawy, w tym przedłożone przez Odwołującego 2 dowody nie były wystarczające dla uznania, iż Przystępujący [REDAKTION] złożył ofertę niezgodną z treścią specyfikacji lub stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, czy też przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu. Izba stwierdziła, że w okolicznościach niniejszej sprawy, w tym zgromadzony materiał dowodowy, uznała za niewykazane stanowisko Odwołującego 2, który twierdził, że oferta wykonawcy [REDAKTION] podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk z uwagi na brak możliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i bez realnego upewnienia się, że będzie to możliwe. W konsekwencji powyższego nie potwierdził się zarzut wtórny dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy [REDAKTION] na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp polegający na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd dotyczący braku możliwości realizacji zamówienia zgodnie ze specyfikacją.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 9b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTION] jako

niezgodnej z ustawą, bowiem przewidującej realizację zamówienia w całości przy udziale podwykonawców. W ocenie Izby analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom. Powyższą wykładnię potwierdza literalne brzmienie art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, w którym dopuszczona została możliwość powierzenia jedynie części zamówienia podwykonawcy.

W ocenie Izby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy wykonawca [REDAKTOWANE] nie odparł skutecznie twierdzeń Odwołującego 2 w przedmiocie powierzenia całości zamówienia podwykonawcom. Izba wskazuje, iż podnoszone przez wykonawcę [REDAKTOWANE] czynności jak: zarządzanie realizacją umowy, organizacja i koordynacja prac podwykonawców, dbanie o prawidłową realizację prac, rozliczanie godzin usług dodatkowych, udział w czynnościach odbiorowych z Zamawiającym, organizacja spotkań projektowych, wystawianie faktur, przyjmowanie faktur od podwykonawców, dbanie o przepływy finansowe, obsługa prawna projektu, obsługa administracyjna, dochodzenie ewentualnych roszczeń nie mają bezpośredniego przełożenia na wykonywanie przedmiotu niniejszego zamówienia obejmującego świadczenie usług serwisowych i wsparcia oprogramowania Oracle Tuxedo oraz Oracle Salt. Powyższe czynności mają charakter poboczny względem zasadniczego przedmiotu zamówienia, a ich wykonanie przez [REDAKTOWANE] nie spowoduje, że Wykonawca nabyte doświadczenie umożliwi mu w przyszłości udział w kolejnych zamówieniach zbliżonych rodzajowo do niniejszego. Dalej Izba wskazuje, że za niewiarygodne uznała stanowisko wykonawcy [REDAKTOWANE] który w piśmie procesowym podniósł, że przewiduje współdziałanie w merytorycznych czynnościach usług serwisowych i wsparcia oprogramowania, z zastrzeżeniem, że główny ciężar tychże usług spoczywać będzie na podmiocie udostępniającym zasób. Nie umknęło uwadze Izby, że wykonawca [REDAKTOWANE] nie rozwinął szerzej zaprezentowanego stanowiska. Przede wszystkim wykonawca [REDAKTOWANE] nie wskazał modelu współpracy z podwykonawcą [REDAKTOWANE] s. w zakresie usług serwisowych i wsparcia oprogramowania Oracle i nie podał jakie konkretnie czynności merytoryczne miał na względzie. Przystępujący nie odwołał się również do postanowień specyfikacji referujących do opisu przedmiotu zamówienia w celu uwiarygodnienia podnoszonej argumentacji. Powyższe stanowisko [REDAKTOWANE] nie znajduje również potwierdzenia w treści oferty. W okolicznościach zawisłego przed Izbą sporu, zarówno treść oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] jak i argumentacja zaprezentowana podczas rozprawy przez Przystępującego, potwierdziły, że całość prac objętych niniejszym zamówieniem zostanie powierzona do realizacji podwykonawcom, co należy postrzegać jako obciążenie przepisów ustawy Pzp dopuszczających możliwość zlecenia podwykonawcom części zamówienia oraz udzielenia

zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Złożenie zatem przez [REDAKTOWANO] oferty niezgodnej przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wymagało jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba wskazała, że nie stwierdziła natomiast naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 58 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOWANO] jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, bowiem zmierzającej do omińnięcia przepisów dotyczących odpowiedzialności wykonawcy za realizację zamówienia czy uniknięcia odpowiedzialności względem Zamawiającego przez podmioty faktycznie realizujące zamówienie, wyjaśniając przy tym, że zarzut ten został przez Odwołującego 2 oparty na przypuszczeniach oraz nie został w ogóle wykazany.

Zdaniem KIO na uwzględnienie zasługiwał zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 i art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne zaniechanie udostępnienia Odwołującemu 2 dokumentów złożonych w postępowaniu przez [REDAKTOWANO] jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo że dokumenty uzupełnione przez [REDAKTOWANO] w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie zostały zastrzeżone prawidłowo jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba stwierdziła, że rozpoznawany zarzut zasługiwał na uwzględnienie już tylko z tego względu, że brak było uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu osób, wykazu usług oraz referencji dokonanego przez wykonawcę [REDAKTOWANO]. Rację miał Odwołujący 2, który podnosił, iż fakt przedłożenia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez podwykonawcę, a nie przez wykonawcę, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, stosownie do treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie może stanowić o skuteczności takiego zastrzeżenia. Jak już wskazano powyżej, przepisy ustawy Pzp wprost nakładają na wykonawcę, ciężar wykazania przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec powyższego nie zasługiwała na aprobatę argumentacja Przystępującego, jakoby bez znaczenia pozostawało, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa podchodzi od samego wykonawcy, czy też podmiotu trzeciego, użyczającego swoich zasobów zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że nie jest rolą Zamawiającego zastępowanie wykonawcy w czynnościach, do których mocą ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany jest wykonawca. Zamawiający, wbrew dyspozycji art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wywiódł, że skoro Przystępujący załączył do złożonych dokumentów, tj. wykazu usług wraz z referencją oraz wykazu osób uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa [REDAKTOWANO] S.A., to również Wykonawca objął ww. dokumenty zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Rację miał też Odwołujący 2, który argumentował

iż to, że podwykonawca [REDAKTOR] podejmuje stosowne środki celem zachowania określonych informacji w poufności nie oznacza automatycznie, że środki takie podejmuje wykonawca [REDAKTOR]. Powyższe zresztą nabiera szczególnego znaczenia wobec faktu, iż spółka [REDAKTOR] Sp. z o.o. została zarejestrowana 11 sierpnia 2020 r., a zatem nieco ponad 2 tygodnie przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, co oznacza, iż w stosunkowo krótkim okresie musiałaby wdrożyć odpowiednie procedury i polityki bezpieczeństwa informacji. W tym miejscu warto również zauważyć, że Przystępujący [REDAKTOR] w toku rozprawy przed Izba, jak również w piśmie procesowym z dnia 1 grudnia 2020 r. nie twierdził, iż stosowne środki bezpieczeństwa mające gwarantować poufność informacji zostały podjęte w jego przedsiębiorstwie. Niezależnie od powyższego Izba wskazała, iż analiza zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu usług wraz z referencją oraz wykazu osób prowadzi do wniosku, że podwykonawca [REDAKTOR] S.A. nie wykazał wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Przede wszystkim podkreślić należy, iż podwykonawca [REDAKTOR] S.A. nie wykazał, jakie działania podjął celem zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Izba wskazuje, że uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie ww. przesłanki nie sposób zweryfikować wobec braku jakichkolwiek dowodów. Nie można zatem stwierdzić, czy wskazane w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podejmowane przez podwykonawcę środki rzeczywiście istnieją, jakie są ich treści, czy skutkują zachowaniem zastrzeżonych konkretnych danych w poufności. Następnie Izba wskazuje, że w odniesieniu do zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa ww. dokumentów nie wykazano również przesłanki dotyczącej „wartości gospodarczej” zastrzeżonych danych. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył wskazane przez Odwołującego 2 przepisy art. 8 ust. 1 — 3 i art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie czynności odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu 2 wykazu usług wraz z referencją oraz wykazu osób w pełnym brzmieniu (zgodnie z żądaniem Odwołującego 2), co do których nie wykazano, aby stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy [REDAKTOR].

W sprawie o sygn. akt: KIO 2971/20 o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 2) lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).



Z kolei w sprawie o sygn. akt: KIO 2976/20 o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) lit. b) w zw. z § 5 ust. 2 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Skargę na powyższe orzeczenie złożył Odwołujący 1, zaskarżając wyrok w części tj.: w zakresie pkt 1, w którym oddalono odwołanie wniesione przez Skarżącego (KIO 2971/20), w zakresie pkt 2, w zakresie, w którym uwzględniono odwołanie wniesione przez ██████████ ██████████ S.A. (dalej jako „██████████”) i nakazano zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Skarżącego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (KIO 2976/20) w zakresie pkt 3, w którym obciążono Skarżącego kosztami postępowania odwoławczego w sprawie (KIO 2971/20);

Rozstrzygnięciu zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (zwanej dalej „Pzp”) poprzez błędne przyjęcie przez KIO, że w zaskarżonym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp, podczas gdy w ocenie Skarżącego przepisy te powinny być podstawą odrzucenia oferty ██████████ ze względu na brak wyrażenia przez tego wykonawcę zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, na przedłużeniu terminu związania ofertą zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 21.10.2020 r. (KIO 2971/20);
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp poprzez błędne przyjęcie przez KIO, że oferta złożona przez Skarżącego była niezgodna z ustawą, gdyż przewidywała realizację zamówienia w całości przez podwykonawców, co w ocenie KIO powinno być podstawą nakazanego Zamawiającemu odrzucenia oferty Skarżącego (KIO 2976/20);
3. w konsekwencji naruszenie art. 192 ust. 2 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, skutkujące uwzględnieniem odwołania ██████████ w zakresie nakazania Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Skarżącego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp (KIO 2976/20).

Z uwagi na powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego Wyroku poprzez:

1. uwzględnienie odwołania wniesionego przez Skarżącego (KIO 2971/20) i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenia ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty [REDACTED] na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 Pzp;
2. oddalenie odwołania wniesionego przez [REDACTED] (KIO 2976/20) w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp i zaniechania odrzucenia na tej podstawie oferty [REDACTED];
3. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego KIO 2971/20 Zamawiającego i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Skarżącego kwoty 18.600,00 zł, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
4. zasądzenie od Przeciwników skargi na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych - tj. odpowiednio od Zamawiającego na rzecz Skarżącego (KIO 2971/20) oraz od [REDACTED] na rzecz Skarżącego (KIO 2976/20).

W odpowiedzi na skargę [REDACTED] S.A w [REDACTED] wniósł o oddalenie skargi w całości oraz zasądzenie na rzecz jego rzecz od skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę Zamawiający [REDACTED] wniósł o oddalenie skargi oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

#### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Przed przystąpieniem do dalszych rozważań wyjaśnić należy, że skarga w niniejszej sprawie wniesiona została już po wejściu w ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019), a co za tym idzie podlega ona rozpoznaniu na podstawie przepisów tej właśnie ustawy. Wynika to wprost z treści art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020).

Niemniej zasadność skargi oceniona być musi na podstawie przepisów obowiązujących do dnia 31 grudnia 2020 r., tj. na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (tj. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze

zmianami). Postępowanie odwoławcze zostało bowiem zakończone wyrokiem z dnia 7 grudnia 2020 r., tj. zanim w życie weszła nowa ustawa.

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie. Izba prawidłowo ustaliła stan faktyczny niniejszej sprawy, który Sąd Okręgowy podziela i uznaje za własny. Na aprobatę zasługuje również ocena prawna dokonana przez Izbę. 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 zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie. Należy podzielić stanowisko Izby jak i ██████████ że prezentowany przez ██████████ pogląd stanowi wyraz daleko posuniętego formalizmu, który zgodnie ze stanowiskiem powszechnie podzielanym w orzecznictwie nie stanowi wartości absolutnej i tak w tym miejscu należy przytoczyć wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2013 r. sygn. akt V CSK 2/13 gdzie wskazano, że formalizm przepisów prawa zamówień publicznych nie jest celem samym w sobie, tylko służy zapewnieniu równego dostępu, uczciwej konkurencji i poprzez przejrzystość procedur zapobiega działaniom korupcyjnym.

Zdaniem Sądu Okręgowego skarżący nie wykazał w jaki sposób uznanie przedłużenia oferty ██████████ za skuteczne doprowadziło do naruszenia interesu Zamawiającego, równego traktowania wykonawców. Izba prawidłowo dokonała zastosowania przepisów ustawy w konkretnym stanie faktycznym, uwzględniając rzeczywiste okoliczności, które zaistniały w niniejszej sprawie.

Podkreślić należy, że ustawa Pzp nie określa specjalnej formy dla złożenia oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą, dlatego też czynność ta może być dokonana w dowolnej formie dopuszczonej w danym postępowaniu, pod warunkiem, że wola wykonawcy przedłużenia terminu związania ofertą zostanie wyrażona w sposób dostateczny i jednoznaczny.

██████████ załączając do pisma z dnia 26 października 2020 r. aneks do gwarancji wadialnej z terminem do dnia 29 grudnia 2020 r. jednoznacznie wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą co najmniej do dnia 25 grudnia 2020 r. Co prawda w samym piśmie wskazał, iż przedłuży termin związania ofertą do dnia 31 października 2020 r., jednakże kolejnym piśmie z dnia 27 października 2020 r. w okresie związania uczynionym w dniu 26 października 2020 r. wskazał termin 25 grudnia 2020 r. Do tego pisma

załączył aneks, o którym wspomiano powyżej w tym samym brzmieniu. Zatem trudno jest czynić [REDAKTOWANE] zarzut jakoby brak było kontynuacji złożonych oświadczeń i jednoznacznego celu przedłużenia związania ofertą. Co również wymaga podkreślenia interes [REDAKTOWANE] był nieprzerwanie zabezpieczony. Sposób wyrażenia zgody na przedłużenia okresu związania ofertą nie miał wpływu na zasady uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców. Termin złożenia drugiego oświadczenia o związaniu ofertą nie miał wpływu na przebieg postępowania, z uwagi na krótki upływ czasu i niemożliwość podjęcia jakichkolwiek działań w godzinach 00:00 – 07:26.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp również okazał się niezasadny. Na wstępie Sąd II instancji wskazuje, że wbrew twierdzeniom skarżącego stanowisko KIO dotyczyło nie „zbyt szerokiego zakresu podwykonawstwa” ale niedopuszczalności powierzenia podwykonawcom realizacji całości przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu Sąd Okręgowy pragnie przedstawić kilka uwag dotyczących interpretacji dotyczących powierzenia wykonania przedmiotu zamówienia przez podwykonawców. Nie ulega wątpliwości, że na gruncie prawa zamówień publicznych, zarówno na poziomie prawodawstwa Unii Europejskiej, jak i regulacji krajowych, możliwe jest wykorzystanie podwykonawstwa w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Dyrektywa 2014/24/UE w przepisie 71 ust. 2 konsekwentnie posługuje się pojęciem „*any share of the contract it may intend to subcontract*”, nie pozostawiając zaś alternatywy w postaci „*all of the contract*”, a więc nie dopuszczając możliwości wskazania, że całość zamówienia będzie realizowana przez podwykonawcę. W konsekwencji implementacji dyrektyw zamówieniowych z 2014 r. zarówno w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (art. 2 pkt 9b) jak i w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 r. tejże ustawy (art. 7 pkt 27) wprowadzono definicję umowy o podwykonawstwo, w których wyraźnie wskazano, że są to umowy na mocy których odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązują się wykonać część zamówienia. Co więcej ustawodawca konsekwentnie w art. 36a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. jak i w nowelizacji z dnia 11 września 2019 r. w art. 462 ustawy Prawo zamówień publicznych określił, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Podkreślić należy, że wykładnia literalna obu norm nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w których poprzez zleccie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający *de facto* udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy – pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień

publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.

Sąd Okręgowy podziela argumentację [REDAKTOWANO] wyrażoną w odpowiedzi na skargę, gdzie wskazano, że argumentacja skarżącego w zakresie specyfiki przedmiotu zamówienia, prowadzona jest obok istoty sporu, bowiem koncentruje się na wykazaniu, że ta specyfika „wymusza w praktyce realizację prawie całego przedmiotu zamówienia” przez podwykonawcę, podczas gdy Izba w uzasadnieniu wyroku wyraźnie wskazała, że zwróciła ona uwagę na zaangażowanie w realizację przedmiotu zamówienia – poza podwykonawcą [REDAKTOWANO] – przez innego podwykonawcę [REDAKTOWANO] co wyraźnie wskazywało na występowanie zakresu przedmiotu zamówienia, co do którego powyższe uwarunkowania nie znajdowały zastosowania.

W zakresie zaangażowania spółki [REDAKTOWANO] zupełnie bez znaczenia jest wskazywanie na zamiary biznesowe połączenia spółek, w sytuacji, gdy są to okoliczności przyszłe, hipotetyczne (ograniczone wyłącznie do deklaracji), a przede wszystkim - nie podlegające badaniu w toku udziału wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i oceny jego oferty.

Zdaniem Sądu Okręgowego niezasadna jest argumentacja przedstawiona w pkt 87-92 uzasadnienia oraz dowód Skarżącego - załączony do skargi wydruk opisany jako „*oferta Oracle Polska dla [REDAKTOWANO]*”. Przede wszystkim przedmiotem zarzutu jest oferta Skarżącego, a nie oferta [REDAKTOWANO]. To nie sposób realizacji zamówienia przez Przeciwnika skargi podlegał badaniu i weryfikacji przez Izbę, zatem okoliczności te, jak i załączony do skargi dokument, są irrelewantne dla rozstrzygnięcia sporu.

Skarżący odwołuje się jedynie do nieokreślonej „*praktyki rynkowej*”, podając jako przykład generalizujące stwierdzenia dotyczące praktyk branży budowlanej. Nie odnosząc się, m.in. do stanowiska Izby, która określając zakres, który można uznać za realizację przedmiotu zamówienia odnosi się do nabywanego przez wykonawcę doświadczenia, zakresu czynności zdefiniowanego w opisie przedmiotu zamówienia. Izba tymczasem zarówno prawidłowo rozważyła brzmienie przepisów ustawy wraz z ich interpretacją celowościową, jak również - oceniła twierdzenia i stanowisko prezentowane w postępowaniu przez Skarżącego.

Słusznie Izba zauważyła, iż czynności organizacyjno-koordynacyjne nie stanowią wykonywania zamówienia w kontekście istotnych dla sprawy przepisów ustawy. W tym

kontekście, nie sposób uznać, że o wykonywaniu zamówienia można mówić w sytuacji, gdy zakres udziału ogranicza się do czynności czysto organizacyjnych, takich jak powoływane przez [REDAKTOWANE] i zakwalifikowane przez Izbę jako czynności „organizacyjno-koordynacyjne”. Nie stanowią one *de facto* świadczeń realizowanych na rzecz Zamawiającego, trudno zatem uznać, iż ich wykonywanie stanowi wykonywanie zamówienia w sensie faktycznym. Potwierdza to zasadność ustaleń Izby, iż zamówienie w całości realizowane będzie przez podwykonawców, a nie przez wybraną w postępowaniu spółkę [REDAKTOWANE].

Mając to na uwadze należało uznać, że zarzuty skarżącego są tu wyłącznie polemiczne i opierają się na opozycyjnych twierdzeniach w stosunku do należycie ustalonego stanu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Dlatego też Sąd Okręgowy nie znalazł przyczyn dyskwalifikujących zaskarżone orzeczenie. W odniesieniu do pozostałych zarzutów skargi podnieść należy, iż KIO wszechstronnie i należycie przeanalizowała materiał dowodowy zgromadzony w sprawie i odniosła się szczegółowo do wszystkich przedstawionych dowodów, ponadto wyjaśniła wszelkie wątpliwości co do okoliczności sprawy.

Mając powyższe na uwadze, nie znajdując powołanych przez skarżącego naruszeń, które mogłyby stanowić podstawę do uwzględnienia skargi – Sąd Okręgowy orzekł o jej oddaleniu na podstawie art. 198f ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania skargowego, Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 5 ustawy Pzp.

Alicja Dziekańska

Andrzej Kubica

Bernard Litwiniec



NA ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPIS  
za zgodność

Sekretarz

Sekretarz Sądowy  
Sądu Okręgowego w Warszawie

*B. Bogusz*  
Arkadiusz Bogusz