Sygn. akt: KIO 3601/25

WYROK

Warszawa, dnia **10 października 2025 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:R.S.
Członkowie:M.R.
Ryszard Tetzlaff
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 25 sierpnia 2025 r. przez wykonawcę **Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie**,
w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie**,
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego,

orzeka:

1.**oddala odwołanie w całości**,
2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……..
Członkowie:……..
……..

KIO 3601/25

UZASADNIENIE

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Utrzymanie i rozwój systemu SIA na okres 47 miesięcy*" (numer referencyjny sprawy: DZP.2610.8.2025).

Ogłoszenie o zamówieniu ww. postępowania zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26.06.2025 r. pod nr U.S: 120/2025 – 411907-2025.

Dnia 25 sierpnia 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt. 1, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 oraz z 2025 r. poz. 620, dalej „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący").

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia, dokonanej przez Zamawiającego pismem nr DZP.2610.8.2025 z dnia 12.08.2025 r. (publikacja zmian w dniu 13.08.2025 r.), tj.

1)w zakresie żądania podawania w ofertach informacji o podmiocie korzystającym z systemu (**zarzut nr 1**). W ramach tej zmiany Zamawiający w załączniku nr 6 do SWZ – wzór Oświadczenia – wykaz usług, w tabeli dodał kolumnę „8" o tytule „Dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu oraz nazwę i dane teleadresowe podmiotu korzystającego z systemu)".
2)w zakresie zniesienia odpłatnego charakteru okresu przejściowego (**zarzut nr 2**).

Odwołujący w odniesieniu do zarzutu nr 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej jako „Rozporządzenie ws. podmiotowych środków dowodowych"), art. 16 ust. 1 i 2 Pzp. w zw. z art. 128 ust. 5 Pzp. oraz art. 112 ust. 1 Pzp, poprzez rozszerzenie katalogu informacji jakich może żądać Zamawiający poza zakres dopuszczony ww. Rozporządzeniem, o eliminuje zasadę działania przez Zmawiającego w granicach ww. Rozporządzenia i jednocześnie

które eliminują posłużenie się przez wykonawców doświadczeniem zdobytym w realizacji usług na zasadzie podwykonawstwa, co utrudnia złożenie oferty i narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Odwołujący zarzucił naruszenie art. 16 ust. 1 i 2 Pzp. art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17) Pzp. w zw. z art. 5 k.c., art. 353[1] k.c., w związku z art. 8 ust. 1 Pzp. – poprzez ukształtowanie postanowień SWZ w sposób, który powoduje kalkulację ceny oferty w zakresie ulokowania kosztów Okresu Przejściowego niemożliwą, niejasną i nietransparentną, co jednocześnie zaburza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, gdyż uprzywilejowuje zdaniem Odwołującego aktualnego wykonawcę usług utrzymania systemu SIA, którego koszty Okresu Przejściowego, w tym koszty przygotowania środowisk, co do zasady nie dotyczą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian Specyfikacji – poprzez przywrócenie poprzednio obowiązujących zapisów SWZ oraz o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zastępującego Odwołującego w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący wskazywał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie. Poprzez zaś zmianę przez Zamawiającego postanowień SWZ w sposób naruszający przepisy ustawy Odwołujący może być pozbawiony możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako „Przystępujący").

W dniu 26 września 2025 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o zwrot odwołania, zaś na wypadek nieuwzględnienia tego wniosku, wnosił o oddalenie odwołania. W odpowiedzi przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Tego samego dnia (26.09.2025 r.) Przystępujący złożył swoje stanowisko procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania; wskazywał także na brak interesu w podnoszeniu obu zarzutów przez Odwołującego. W swoim piśmie procesowym przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Następnie w dniu 6 października Odwołujący wniósł swoje stanowisko procesowe – replikę względem odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego oraz względem pisma procesowego Przystępującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie. Tak samo Izba oceniła, że nie istnieją przesłanki do zwrotu odwołania.

Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołania Odwołujący będzie miał możliwość złożenia oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Warszawie. Strony nie zgłosiły opozycji, ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego pod stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, pisma procesowego złożonego dnia 26 września 2025 r. przez Przystępującego, pism procesowych z dnia 6 października 2025 r. złożonych przez Odwołującego, dowodu nr 1 złożonego przez Przystępującego, stanowiącego porównanie cen oferowanych przez Odwołującego oraz Przystępującego w odniesieniu do kalkulacji okresów przejściowych w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy,

Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Odwołujący uzasadniając zarzut nr 1 podkreślał, że Zamawiający dodając do wzoru Wykazu usług kolumnę o nazwie „Dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu oraz nazwę i dane teleadresowe podmiotu korzystającego z systemu)" – „spowodował konieczność podawania przez wykonawców informacji, których nie przewiduje § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia ws podmiotowych środków dowodowych (…). Zdaniem Odwołującego przepisy Rozporządzenia sprzeciwiają się rozszerzaniu katalogu informacji o zakres szerszy, niż wynika z treści tego aktu. W efekcie wprowadzana zmiana, w zakresie w jakim odnosi się będzie do dopuszczalnego przecież w świetle Pzp. doświadczenia zdobywanego w ramach umów podwykonawczych (a z tym powiązane było uwzględnione faktycznie żądanie) - sprowadza się do żądania od wykonawców danych z innych umów/zobowiązań, niż umowa będąca źródłem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu. Co do zasady dopuszczając jako źródło doświadczenia umowy podwykonawcze należy mieć na uwadze, że po pierwsze dane od podmiotach korzystających z systemu mogą być w stanach faktycznych zbyt liczne (np. użytkownicy systemu), niemożliwe do ustalenia (np. użytkownicy masowych usług internetowych), czy wręcz niedostępne, lub nieznane podwykonawcy".

W odniesieniu do zarzutu dot. zniesienia płatnego okresu przejściowego Odwołujący wskazał, że „zastosowanie Okresu przejściowego służy tymczasem przygotowaniu się Wykonawcy do świadczenia usług, pomiędzy dotychczasowym, a nowym wykonawcą – i – co należy podkreślić – służy wykonawcom, którzy aktualnie nie utrzymują systemu. Co do zasady bowiem aktualny Wykonawca może nie korzystać z Okresu Przejściowego (jest to bezcelowe) – skracając go, po prostu kontynuując świadczenie usług. W efekcie wszelkie zabiegi przy zasadach Okresu Przejściowego oddziałują bezpośrednio na konkurencję w znaczeniu konkurentów aktualnego wykonawcy. Zniesienie zasady płatności Okresu Przejściowego pogarsza ich sytuację, bowiem nie mają oni możliwości właściwego ujęcia w cenie kosztów tego okresu – a to wobec braku możliwości alokowania jego kosztów w innych usługach, co w ogóle nie dotyczy i wręcz nie interesuje aktualnego wykonawcy świadczącego usługi względem systemu SIA. Istotne przy tym jest dostrzeżenie faktu, że do świadczenia Usług niezbędne jest zbudowanie po stronie wykonawców odpowiednich środowisk – wynika to wprost z treści załącznika 7 do PPU, a także z treści pkt 3.1.5 tegoż załącznika..".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie podkreślał, że podanie danych takich jak nazwa systemu oraz nazwa i dane teleadresowe podmiotu korzystającego z systemu nie są danymi będącymi przedmiotem usługi, jak to wywodzi Odwołujący, lecz danymi identyfikującymi samą usługę i to także w tej części w jakiej została wykonana przez podwykonawcę (jak wynika wprost z samej definicji podwykonawstwa). Zwracał uwagę, że stałą praktyką Odwołującego jest powoływanie się na doświadczenie jako podwykonawcy podmiotów z własnej grupy kapitałowej, co powoduje, że wykazy usług przedstawiane przez Odwołującego nie konkretyzują w rzeczywistości systemu informatycznego, którego dotyczy dana usługa referencyjna.

W ocenie Zamawiającego Rozporządzenie ws. podmiotowych środków dowodowych wskazuje na katalog informacji jakich może żądać od wykonawców Zamawiający i nie ulega jego zdaniem wątpliwości, że może żądać danych podmiotu i usługi. Według Zamawiajacego „nie ulega też wątpliwości, że chodzi o podanie takich danych, które pozwalać będą na weryfikację tego, czy dana usługa referencyjna spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego. Ukształtowanie stopnia szczegółowości tych żądanych w wykazie danych nie powoduje, iż przestają być one danymi identyfikującymi usługę referencyjną. Skoro zgodnie z rozporządzeniem dokumentowym Zamawiający może żądać podania „usług" to oczywistym jest, że chodzi o takie podanie, które jest przydatne do zidentyfikowania tych usług z punktu widzenia ukształtowania konkretnego warunku udziału w konkretnym postępowaniu, a nie o podanie jakiejkolwiek informacji, która nie dostarcza żadnych danych w tym zakresie".

Przystępujący w swoim stanowisku procesowym akcentował, że ww. Rozporządzenie w § 9 ust. 1 pkt 2) w odniesieniu do „przedmiotu" nie precyzuje (ogranicza), jaki jest zakres informacji dotyczących przedmiotu usług. Zdaniem Przystępującego „informacje, jakich wymaga Zamawiający z całą pewnością mieszczą się zarówno w kategorii „przedmiot usługi" jak i w kategorii danych „podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane". Przedmiotowe postanowienie Wykazu usług adresuje sytuację, w której podmiotem, na rzecz którego usługa została wykonana, jest podmiot trzeci". Ponadto podkreślił, że „Odwołujący nie wykazał, że obowiązek wskazania w Wykazie usług danych rzeczywistego użytkownika systemu narusza przepisy Rozporządzenia albo w jakikolwiek sposób ogranicza konkurencję. Argumentacja oparta została na hipotetycznych przykładach, które nie odnoszą się do realiów niniejszego postępowania i nie poparto jej żadnymi dowodami faktycznymi wskazującymi na rzeczywiste trudności w pozyskaniu wymaganych informacji. Odwołujący nie udowodnił, aby pozyskanie i podanie takich danych stanowiło

obiektywną przeszkodę dla wykonawców lub skutkowało ich wykluczeniem z udziału w procedurze. Argumentacja Odwołującego została w całości oparta na jednym orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej, podczas gdy aktualne orzecznictwo zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Sądu Okręgowego potwierdza, że żądanie Zamawiającego jest w pełni zgodne z prawem, proporcjonalne i racjonalne".

Odwołujący w swoich replikach na stanowiska procesowe Zamawiającego i Przystępującego akcentował, że przywoływane przez Przystępującego orzecznictwo należy do grupy orzeczeń o których wspomniał Odwołujący w odwołaniu – wskazując na stan istniejącej rozbieżności orzeczniczej. Podkreślił, że przedmiotem sprawy jest systemowa ocena, które z przywoływanych orzeczeń (stanowisk) zasługuje na aprobatę, a które nie.

Według Odwołującego dane teleadresowe podmiotu korzystającego z systemu nie mieszczą się w katalogu danych, jakich podania może żądać Zamawiający w zakresie Wykazu usług w świetle Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych, gdyż jest to katalog zamknięty, a z drugiej strony „nie są i nie mogą być per se danymi identyfikującymi usługę, gdyż są danymi teleadresowymi, które dotyczyć mają podmiotów, które nie są stronami stosunku zobowiązaniowego, wskazywanego w wykazie usług jako źródło doświadczenia wykonawcy".

Dalej Odwołujący podkreślał, że za całkowicie chybione należy uznać wywody Zamawiającego, jakoby podwykonawstwo uzasadniało żądanie – w świetle Rozporządzenia – domagania się danych teleadresowych podmiotów korzystających z systemu. Jego zdaniem „nie ma takiej podstawy prawnej w Rozporządzeniu. Jest wręcz przeciwnie – żądanie podawania takich danych właśnie w modelu podwykonawczym oznaczałoby obowiązek poszukiwania i pozyskiwanie informacji oraz danych z innych umów (zobowiązań), których wykonawca nie jest stroną – z czym nie sposób się zgodzić".

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę, a także szczegółową argumentację przedstawioną w pisemnych stanowiskach stron oraz Przystępującego, w tym przedstawianych na rozprawie, Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Zarzut nr 1:

Osią sporu jest w ocenie Izby ocena, czy żądane przez Zamawiającego w Załączniku nr 6 do SWZ – wzór Oświadczenia – wykaz usług, w tabeli w kolumnie „8" o tytule „Dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu oraz nazwę i dane teleadresowe podmiotu korzystającego z systemu)" mieszczą się w kategorii informacji dopuszczonych Rozporządzeniem ws. Podmiotowych środków dowodowych, tj. w zakresie § 9. ust. 1 pkt 2 tego Rozporządzenia. Przepis ten wskazuje:

„*W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: (…)*

2. wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, ***przedmiotu****, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy*. [**podkreślenie własne Izby**]

W ocenie Izby literalne brzmienie ww. przepisu wprost referuje do „przedmiotu usług", co należy jednoznacznie utożsamiać z żądanymi przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu „danymi identyfikującymi usługę (w tym nazwa systemu oraz nazwę i dane teleadresowe podmiotu korzystającego z systemu)". Tym samym nie sposób uznać, że nazwa systemu oraz nazwa i dane teleadresowe podmiotu korzystającego z systemu nie konkretyzują przedmiotu usługi, nie identyfikują jej. Dlatego też nie sposób uznać, że rzeczony zakres informacji nie mieści się w kategorii (katalogu), o którym mowa § 9. ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych.

Powyższy przepis nie ogranicza zakresu informacji dotyczących przedmiotu usług. Informacje żądane przez Zamawiającego w Załączniku nr 6 do SWZ – wzór Oświadczenia – wykaz usług, w tabeli w kolumnie „8" nie wykraczają poza informacje odnoszące się do „przedmiotu usług".

W ocenie Izby wykładnia językowa, zarówno zakresu żądanych w wykazie usług informacji oraz § 9. ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych nakazuje uznać zaskarżoną zarzutem nr 1 czynność Zamawiającego za w pełni prawidłową.

Oczywiście odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu (jak tutaj § 9. ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych), wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem, winny uzasadniać szczególnie istotne i doniosłe racje. W teorii i praktyce dopuszcza się odstępstwa od wyniku zastosowania wykładni językowej, gdy wynik ten prowadzi do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji (uchwała Sądu Najwyższego z 19.05.2015 r., sygn. akt III CZP 114/14; wyroki Sądu Najwyższego z 11.04.2008 r., sygn. akt II CSK 650/07 i 10.10.2003 r. sygn. akt I PK 409/02).

Odwołujący nie wykazał, że powyższa interpretacja – obowiązek wskazania w Wykazie usług danych rzeczywistego użytkownika systemu narusza przepisy Rozporządzenia albo w jakikolwiek sposób ogranicza konkurencję. Zdaniem Izby zakres żądanych w zmodyfikowanym wykazie usług informacji, co do rzeczywistego użytkowania systemu, nie eliminuje (ogranicza) także możliwość powoływania się na doświadczenie zdobyte w ramach podwykonawstwa, a tym samym nie narusza zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał, poza ogólnikowymi twierdzeniami, w jaki sposób, chociażby jego sytuacja prawna, czy własne doświadczenia z podwykonawstwem, miałyby uniemożliwiać mu podania żądanych informacji w wykazie usług.

Na marginesie Izba wskazuje także, że niezależnie od jednoznacznej w ocenie Izby wykładni literalnej przywołanego przepisu § 9. ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych, wykładnia ta jest także całkowicie wspierana wykładnią celowościową.

W ocenie Izby, przy stosowaniu przepisu § 9. ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych należy mieć na uwadze przede wszystkim cel jego wprowadzenia i kierować się nie tylko brzmieniem literalnym, co także wykładnią celowościową, ponieważ restrykcyjna (zbyt zawężająca) interpretacja mogłaby doprowadzić do osiągnięcia skutków pozostających w sprzeczności z intencjami ustawodawcy. Intencją ustawodawcy w odniesieniu do ww. przepisu Rozporządzenia było niewątpliwie pełne wyposażenie zamawiających w możliwość żądania takich informacji, które pozwolą im ocenić zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Niewątpliwie jest to podstawowa funkcja tego przepisu.

Według utrwalonych w orzecznictwie zasad interpretacji przepisów prawa, wykładnia powinna być oparta na rozsądnym rozeznaniu, czy stosowanie danego przepisu zmierza do realizacji funkcji (celu), dla której ów przepis ustanowiono. Wykładnia językowa ma oczywiście podstawowe znaczenie, a dopiero wtedy gdy zawodzi, prowadząc do wyników nie dających się pogodzić z racjonalnym działaniem ustawodawcy i celem, jaki ma realizować dana norma, sięga się do dyrektyw wykładni systemowej i funkcjonalnej (vide: wyrok SN z 09.07.2004r., sygn. II CK 5/04; wyrok SN z 22.10.1992r., sygn. III CRN 50/92, OSNCP 1993 r. z. 10, poz. 181; uchwała SN z 01.12.1998r., sygn. III CZP 47/98; orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 28.05.1986r., sygn. U 1/86 oraz z 05.11.1986 r., sygn. U 5/86). W niniejszej sprawie Izba uznała, że zarówno literalne, jak i funkcjonalne brzmienie rzeczonego przepisu Rozporządzenia w pełni da się pogodzić z racjonalnym działaniem ustawodawcy i celem, jaki ma realizować ta dana norma prawna.

Żądane przez Zamawiającego w Załączniku nr 6 do SWZ – wzór Oświadczenia – wykaz usług, w tabeli w kolumnie „8" informacje, realizują także zasadę transparentności postępowania i zachowania uczciwej konkurencji. Ujawnienie przez wykonawców informacji dot. danych identyfikujących referencyjną usługę (w tym wskazanie nazwy systemu oraz nazwy i danych teleadresowych podmiotu korzystającego z systemu) w pełni urzeczywistnia także zasadę jawności postępowania, stanowiącą fundamentalną zasadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz gwarancję jego transparentności. Dokonując wykładni wskazanego § 9. ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych nie można tego pomijać.

Tym samym wykładnia funkcjonalna ww. przepisu wspiera powyższe rozumienie - ustalanie znaczenia przepisu ze względu na jego kontekst funkcjonalny, rozumiany jako działanie przepisu, wspierającego realizacje podstawowych zasad udzielania zamówienia.

W tym stanie rzeczy, zarzut nr 1 zasługiwał na oddalenie.

<u>Zarzut nr 2:</u>

W ocenie Izby Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 i 2 Pzp. art. 99 ust. 1 i 4 Pzp. w zw. z art. 134 ust.1 pkt 17) Pzp. w zw. z art. 5 k.c., art. 353[1] k.c., w związku z art. 8 ust. 1 Pzp. – w kontekście zniesienia odpłatnego charakteru okresu przejściowego – nie wykazał, jak zapowiedział to w samej konstrukcji zarzutu, że ta modyfikacja

specyfikacja rzeczywiście powoduje, że sama „kalkulacja ceny oferty w zakresie ulokowania kosztów Okresu Przejściowego jest niemożliwa, niejasna i nietransparentna, co jednocześnie zaburza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, gdyż uprzywilejowuje aktualnego wykonawcę usług utrzymania systemu SIA, którego koszty Okresu Przejściowego, w tym koszty przygotowania środowisk, co do zasady nie dotyczą".

W ocenie Izby, sama zasadnicza specyfika okresu przejściowego, dosyć powszechnie stosowanego w umowach, świadczy o nieodpłatnym charakterze tego okresu. Okres przejściowy jest wprowadzany w określonym celu, tj. konkretnie służy temu, aby wykonawca nabył wiedzę o systemie, który ma utrzymywać; to okres zdobywania wiedzy przez wykonawcę oraz poznaniu systemu i środowiska pracy, w stosunku, do którego mają być świadczone już odpłatne usługi.

W okresie przejściowym nie mamy do czynienia z ekwiwalentnością świadczenia wzajemnego, co uzasadnia nieodpłatność świadczenia wykonawcy. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że do cech nieodpłatnego świadczenia należy zawsze przysporzenie pod tytułem darmym, a więc gdy uzyskuje je tylko jedna strona. Tak jest w przypadku okresu przejściowego, gdzie Zamawiający nie jest beneficjentem określonych korzyści ze strony wykonawcy.

Zdaniem Izby o nieodpłatnym (nieekwiwalentnym) charakterze okresu przejściowego w niniejszym postępowaniu świadczy także zakres rzeczowy, wskazany w załączniku na 7 do projektu umowy - Opis Okresu Przejściowego (vide pkt 3 – Zakres prac dla Wykonawcy w Okresie Przejściowym oraz kryteria weryfikacji gotowość).

Ponadto z załącznika nr 7 do projektu umowy wprost wynika, że „Wykonawca podczas Okresu Przejściowego będzie wykonywał prace przygotowujące go do pełnego i sprawnego świadczenia wszystkich Usług objętych Umową. W tym czasie dotychczasowy wykonawca będzie świadczył swoje usługi, do których zobowiązany jest na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym (pkt 1.1). Prace przypisane do Okresu Przejściowego będą podlegały ocenie Zamawiającego. Brak spełnienia kryteriów gotowości Wykonawcy do świadczenia Usług po zakończeniu Okresu Przejściowego stanowić będzie podstawę do wypowiedzenia Umowy. Niewypowiedzenie Umowy przez Zamawiającego nie może być jednak odczytywane jako dorozumiane skwitowanie należytego wykonania obowiązków Wykonawcy w Okresie Przejściowym. (pkt 1.2).

Izba przypomina, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne w myśl zasady - ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego czynności, co oznacza, że to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) argumentacją oraz dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego zniesienia odpłatności okresu przejściowego nie wykazał, że takie ukształtowanie postanowień dokumentacji „powoduje kalkulację ceny oferty w zakresie ulokowania kosztów Okresu Przejściowego niemożliwą, niejasną i nietransparentną, co jednocześnie zaburza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, gdyż uprzywilejowuje aktualnego wykonawcę usług utrzymania systemu SIA, którego koszty Okresu Przejściowego, w tym koszty przygotowania środowisk, co do zasady nie dotyczą". Próżno szukać, zarówno w odwołaniu, jak i przedstawionej na rozprawie argumentacji, jakoby zniesienie odpłatności okresu przejściowego było sprzeczne z przywołanymi podstawami prawnymi, a co dalej, uniemożliwiało oferentowi (tutaj Odwołującemu) prawidłowe skalkulowanie ceny swojej oferty.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie
i oddaliła odwołanie w całości.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy

Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:……..
Członkowie:……..
……..