

Sygn. akt XXIII Zs 15/22

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 kwietnia 2022 r.

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

Przewodniczący:	sędzia Andrzej Sobieszczęński
Protokolant:	sekr.sądowy Karolina Szymońska

po rozpoznaniu w dniu 7 kwietnia 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

przeciwko zamawiającemu Skarb Państwa - (...) Urząd Wojewódzki w W.

z udziałem wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 17 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3025/21

I. odmawia odrzucenia skargi;

II. oddala skargę;

III. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz Skarbu Państwa - (...) Urzędu Wojewódzkiego w W. kwotę 5400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

sędzia Andrzej Sobieszczęński

Sygn. akt XXIII Zs 15/22

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 17 listopada 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wykonawcy (...) sp. z o.o. w W. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa – (...) Urząd Wojewódzki w W. przy udziale wykonawcy (...) sp. z o.o. w W. przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w punkcie 1 oddaliła odwołanie;

w punkcie 2 kosztami postępowania odwoławczego obciążyła odwołującego (...) Sp. z o. o. w W. i:

2.1. zaliczyła na poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł uiszczoną przez odwołującego (...) Sp. z o. o. w W. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądziła od odwołującego (...) Sp. z o. o. w W. na rzecz zamawiającego (...) Urzędu Wojewódzkiego w W. kwotę 3 600 zł tytułem zwrotu kosztów strony postępowania odwoławczego.

Skargę od powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca (...) sp. z o.o. w W. w zakresie w jakim Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zarzutów odwołania polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty (...) mimo zaistnienia przesłanek wykluczenia (...) z postępowania,
2. dokonania wyboru oferty (...) mimo że winna być odrzucona,
3. obciążeniu kosztami postępowania Skarżącego i zasądzeniu od Skarżącego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione zamawiającego z tytułu zwrotu kosztów strony postępowania odwoławczego.

Wyrokowi temu skarżący zarzucił:

1) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 109 ust. 1 pkt 7, art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię i uznanie, że wobec oferty wykonawcy (...) nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty, podczas gdy z analizy całokształtu dokumentów postępowania odwoławczego wraz ze złożonymi dowodami wynika, że wykonawca (...) powinien być wykluczony w postępowaniu, czego konsekwencją winno być odrzucenie jego oferty,

2) naruszenie prawa procesowego, tj.:

a) art. 525 ustawy Pzp poprzez uznanie że Skarżący spóźnił się z przedstawieniem dowodów na poparcie swoich twierdzeń mimo że wszystkie dowody zostały przedstawione do zamknięcia rozprawy,

b) art. 542 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, tj. brak wszechstronnego rozważenia całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego jak również poprzez pominięcie całokształtu argumentacji wskazanej przez Skarżącego w treści odwołania i złożonych pism procesowych wraz z dowodami,

c) art. 552 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wydanie wyroku nie uwzględniającego ustalonego w toku postępowania odwoławczego stanu rzeczy t.j. złożenia przez (...) oferty, która winna być odrzucona ze względu na konieczność wykluczenia (...) z postępowania na skutek odstąpienia przez Zamawiającego od znacznej części umowy zawartej z (...) w 2020 r. ze względu na okoliczności leżące po stronie (...),

d) art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie odwołania w wyniku niestwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, mimo ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,

e) art. 559 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nie zawarcie w uzasadnieniu wyroku dowodów, na których Izba oparła wyrokowanie, przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej t.j. dowodów przedstawionych przez Skarżącego stanowiących załączniki do odwołani i pisma procesowego z dnia 3 listopada 2021 r. oraz pisma procesowego z dnia 10 listopada 2021r., a także pisma Zamawiającego z dnia 23 grudnia 2020 r. przedstawionego przez (...) w trakcie rozprawy w dniu 12 listopada 2021 r.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3025/21 w zakresie części zarzutów podniesionych w odwołaniu poprzez uwzględnienie tych zarzutów odwołania i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu w postępowaniu na „Zakup i dostawę sprzętu - 12 podręcznych urządzeń do

badania autentyczności dokumentów oraz 13 czytników na potrzeby Wydział Spraw Cudzoziemców w (...) Urzędzie Wojewódzkim w W. (Postępowanie) Ogłoszenie nr (...) z dnia 2021-08-26 zm. ogłoszeniem nr (...) z dnia 2021-09-01 oraz ogłoszeniem nr (...) z dnia 2021-09-07. :

- 1) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) odrzucenia oferty (...) z postępowania, wskutek ziszczenia się przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a następnie
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a w jej wyniku wybór jako najkorzystniejszej oferty Skarżącego, a nadto
- 3) zmianę zaskarżonego wyroku w pkt 2 poprzez zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego kosztów postępowania związanych z wniesieniem odwołania, w tym wynagrodzenia radcy prawnego, według norm przepisanych;
- 4) zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego kosztów niniejszego postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę zamawiający Skarb Państwa – (...) Urząd Wojewódzki w W. wniósł o:

- 1) odrzucenie skargi na podstawie art. 199 § 1 pkt 3 k.p.c. w stosunku do (...) Urzędu Wojewódzkiego w W. reprezentowanego przez Dyrektora Generalnego (...) i w tym celu skierowanie sprawy na posiedzenie niejawnie, w razie zaś nie uwzględnienia powyższego wniosku
- 2) wydanie na podstawie art. 222 k.p.c. postanowienia o oddaleniu zarzutu, którego uwzględnienie uzasadniałoby odrzucenie skargi, a mianowicie zarzutu braku zdolności sądowej po stronie (...) Urzędu Wojewódzkiego w W., a tym bardziej po stronie Dyrektora Generalnego (...) Urzędu Wojewódzkiego w W., oraz o wstrzymanie dalszego rozpoznania sprawy, aż do uprawomocnienia się tego postanowienia,
- 3) oddalenie skargi na ww. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jako oczywiście bezzasadnej, stosownie do treści art. 588 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych -w przypadku prawomocnego nieuwzględnienia żądania odrzucenia skargi,
- 4) przeprowadzenie dowodów z dokumentów zgromadzonych w postępowaniu przed KIO w sprawie 3025/21, w tym wskazanych w niniejszej odpowiedzi na skargę - na okoliczności wynikające z ich treści oraz wskazane w uzasadnieniu niniejszego pisma, przemawiające za bezzasadnością skargi,
- 5) w przypadku odrzucenia skargi albo jej oddalenia zasądzenie od skarżącego na rzecz (...) Urzędu Wojewódzkiego w W. kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie podwójnej wysokości.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Przed przystąpieniem do merytorycznej oceny zasadności skargi odnieść się należy do zgłoszonego przez zamawiającego w odpowiedzi na skargę wniosku o odrzucenie skargi.

W skardze, jako jej przeciwnik wskazany został zamawiający: „Dyrektor Generalny (...) Urzędu Wojewódzkiego w W.". Tymczasem zgodnie z art. 64 § 1 i § 1¹ k.p.c. każda osoba fizyczna i prawna ma zdolność występowania w procesie jako strona (zdolność sądowa), zdolność sądową mają także jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną. Jak to zaś wynika z art. 33 kodeksu cywilnego osobami prawnymi są Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególne przyznają osobowość prawną. Zdolność sądową posiada więc Skarb Państwa reprezentowany przez właściwe statio fisci. Miał zatem niewątpliwie rację zamawiający – przeciwnik skargi podnosząc, że ani (...) Urząd Wojewódzki w W., ani tym bardziej jego Dyrektor Generalny

nie posiadają zdolności sądowej, a co za tym idzie nie mogą być stroną, czy też uczestnikiem postępowania, w tym postępowania skargowego.

Niemniej jednak miał też rację skarżący wskazując, że takie jak miało to miejsce w skardze określenie zamawiającego – przeciwnika skargi nie musi przesądzać o konieczności odrzucenia skargi. Jak to wyjaśnił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 czerwca 1980 r. (sygn. akt IV CR 182/801) „należy odróżnić niewłaściwe oznaczenie strony od niewłaściwego doboru podmiotów procesu. W sytuacji pierwszej (...), powód wciągnął do procesu niewłaściwego pozwanego (np. jednostkę organizacyjną osoby prawnej zamiast tę osobę - naprawienie wady następuje w drodze sprostowania oznaczenia stron. Polega ono na uzupełnieniu lub konkretyzacji (lecz nie na zmianie) pierwotnego oznaczenia strony i - w konsekwencji tego - wyeliminowaniu przez sąd z procesu osoby niewłaściwej oraz wezwaniu do udziału w sprawie innej, właściwej, odpowiednio do woli powoda.”

Dodatkowo zwrócić należy uwagę, że w postępowaniu toczącym się na skutek skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oddalającego odwołanie przeciwnikiem skargi jest zamawiający. Oznaczenia zamawiającego jako (...) Urząd Wojewódzki dokonał sam przeciwnik skargi w ogłoszeniu o zamówieniu. Tak oznaczony zamawiający brał udział jako strona postępowania w sprawie o sygnaturze KIO 3025/21 przed Krajową Izbą Odwoławczą. W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza wydając zaskarżony wyrok oznaczyła zamawiającego jako (...) Urząd Wojewódzki w W..

Usprawiedliwia to w pewnym stopniu błędne, czy też nie dość precyzyjne, oznaczenie w skardze zamawiającego - przeciwnika skargi jako Dyrektora Generalnego (...) Urzędu Wojewódzkiego w W., zamiast prawidłowego jego oznaczenia, tj. Skarb Państwa – (...) Urząd Wojewódzki w W..

Reasumując zdaniem Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie, mimo błędnego oznaczenia w skardze przeciwnika skargi, nie zaistniały podstawy do odrzucenia skargi na podstawie art. 199 § 1 pkt 3 k.p.c. , o czym orzeczono w pkt I wyroku.

Przechodząc do oceny zasadności skargi stwierdzić należy, że karga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2¹ k.p.c. (który na podstawie art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczy się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Sąd Okręgowy w całości podziela poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą ustalenia faktyczne, w przeważającej mierze nie były one bowiem między stronami sporne, a ich podstawą były zawnioskowane przez strony oraz uczestnika postępowania dowody z dokumentów. W istocie podniesione w skardze zarzuty dotyczyły nie tyle będących podstawą rozstrzygnięcia okoliczności faktycznych, co dokonanej na ich podstawie analizy prawnej czy w będącym przedmiotem badania postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wystąpiły przesłanki wykluczenia z postępowania wykonawcy (...) sp. z o.o. opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odwołaniu wykonawca (...) sp. z o.o. podniosła dwa zasadnicze zarzuty. Po pierwsze, pomimo istnienia do tego podstaw, zamawiający nie zażądał od wykonawcy (...) sp. z o.o. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, czym naruszył art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień Publicznych. Po drugie, pomimo ziszczenia się przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., zamawiający nie wykluczył tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przedstawiona w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku argumentacja Krajowej Izby Odwoławczej przekonała najwyraźniej odwołującego co do braku podstaw wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie bezzasadności zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 p.z.p. Zarzuty w tym przedmiocie nie pojawiły się już bowiem w skardze. Inaczej skarżący ocenił przedstawioną przez KIO argumentację co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. W tym zakresie w skardze konsekwentnie podtrzymywał bowiem

swoje stanowisko, próbując przekonać Sąd Okręgowy, że wykonawca (...) sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania.

Kluczowe zatem znaczenie dla oceny zasadności skargi ma analiza czy w stosunku do wykonawcy (...) sp. z o.o. zachodziła podstawa wykluczenia z postępowania opisana w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych. To temu zagadnieniu poświęcona jest większość argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu skargi. Pozostałe zaś zarzuty skargi i przedstawiona na ich poparcie argumentacja mają jedynie charakter pomocniczy i uzupełniający.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Jak słusznie zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza analizując treść tego przepisu fakultatywna podstawa wykluczenia z postępowania zachodzi jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich trzech przesłanek opisanych w tym przepisie. Każda z tych przesłanek jest zatem niezależną od pozostałych przesłanką konieczną i brak którejkolwiek z nich przesądza o braku możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania. W analizowanej sprawie ma to o tyle istotne znaczenie, że w razie braku stwierdzenia jednej z przesłanek koniecznych wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. zbędne staje się badanie istnienia pozostałych dwóch. Nawet gdyby bowiem spełnione zostały dwie przesłanki wykluczenia, w braku przesłanki trzeciej wykonawca na podstawie tego przepisu i tak nie mógłby zostać wykluczony z postępowania.

Mimo takiej konkluzji Izba dokonała analizy wszystkich trzech opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. przesłanek wykluczenia przyjmując, że doszło do spełnienia jedynie trzeciej z nich ponieważ w dniu 23 grudnia 2020 r. zamawiający odstąpił od umowy o zamówienie publiczne nr (...) z dnia 28 września 2020 r. Zdaniem Izby nie zostały spełnione dwie pozostałe przesłanki.

Badając zasadność skargi Sąd Okręgowy skupił się jednak na ocenie istnienia drugiej z przesłanek wkluczenia opisanych w art. 109 ust. pkt 7) p.z.p. jaką jest niewykonanie **w znacznym stopniu lub zakresie** lub nienależyte wykonanie albo długotrwale nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wspomniano, już samo stwierdzenie, że przesłanka ta w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie wystąpiła oznacza, że nie było podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie tego przepisu.

Przed przystąpieniem do szczegółowych rozważań w tym zakresie wyjaśnić należy istotną z punktu widzenia oceny zasadności podniesionych w odwołaniu, a następnie w skardze, zarzutów, kwestię, jaką jest ciężar dowodu podnoszonych przez strony oraz uczestników postępowania okoliczności. Jak słusznie przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na odwołującym. Co prawda w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest odpowiednika art. 6 k.c., który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym, jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym, ale i skargowym. Zgodne z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Procesowym odpowiednikiem tego przepisu jest art. 232 k.c., który nakłada na strony obowiązki procesowe stanowiące wyraz reguły rozkładu ciężaru dowodu mające zapewnić jej realizację. W tym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych znalazł się art. 534, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (ust. 1), izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę (ust. 2). Przepis ten w oczywisty sposób stanowi odpowiednik art. 232 k.p.c.

Sens regulacji zawartej w art. 6 k.c. i stanowiącym jej procesowy odpowiednik art. 232 k.p.c. precyzyjnie i dobitnie wyłożył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 listopada 2007 r. (Sygn. akt II CSK 293/07) „Stosownie do art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesowym obowiązkiem

przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu.”

Konkludując ciężar udowodnienia podnoszonych w postępowaniu twierdzeń spoczywa na stronie lub uczestniku postępowania, który z okoliczności tych wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. Regułą zatem jest, że w zakresie okoliczności będących podstawą zarzutów odwołania, a następnie skargi, ciężar ich wykazania spoczywa na odwołującym (skarżącym). W rozpoznawanej sprawie to odwołujący (skarżący) podnosząc, że w stosunku do wykonawcy (...) sp. z o.o. zachodziły podstawy jego wykluczenia z postępowania przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. obowiązany był istnienie wszystkich tych przesłanek wykazać.

Wracając do oceny czy odwołującemu (bo to na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie) udało się wykazać jedną z koniecznych przesłanek wykluczenia przystępującego z postępowania jaką jest niewykonanie **w znacznym stopniu lub zakresie** lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego w całości podzielić należy rozważania w tym zakresie przedstawione przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Jak to wskazała Izba zamawiający podnosił, że decydującym było dla niego, że przystępujący dostarczył główne urządzenie wskazane w umowie, o wartości niemalże 3/4 przedmiotu zamówienia, które było niezbędne dla realizacji zadań nałożonych na jednostkę zamawiającą przez Wojewodę (...), zaś niedostarczone urządzenia podręczne i czytniki dokumentów stanowiły jedynie uzupełnienie zakupu i o ile ułatwiłyby pracę pracowników, to nie były kluczowe.

Stanowisko zamawiającego jest spójne i logiczne, a także znajduje potwierdzenie w materiale procesowym. Izba nie znalazła podstaw, aby je zakwestionować, a dodatkowo argumentację zamawiającego potwierdza okoliczność, że wszczęcie postępowania na dostawę niewykonanej przez przystępującego części zamówienia nastąpiło dopiero w drugiej połowie 2021 r., czego odwołujący nie kwestionował. Zatem skład orzekający nie znalazł powodów, żeby przyjąć, że niewykonanie umowy spowodowało brak osiągnięcia głównego celu udzielenia zamówienia publicznego. Wprost przeciwnie, ustalony stan rzeczy potwierdza, że niedostarczone urządzenia miały charakter urządzeń pomocniczych, wspierających pracę urzędników i nie były zamawiającemu niezwłocznie niezbędne, skoro postępowanie na ich zakup wszczęto około sześć miesięcy po wymaganej dacie dostarczenia. Obciążony ciężarem dowodu odwołujący także nie przedstawił żadnego dowodu, że niedostarczone urządzenia podręczne i czytniki dokumentów nie miały dla zamawiającego charakteru, na który wskazano. Nie zdecydowano się na podważenie tego, co było główną potrzebą zakupową zamawiającego, i że istotna część zobowiązania została przez przystępującego właściwie wykonana. Odwołujący pozostał w tym zakresie bierny i nie przedłożył jakichkolwiek dowodów podważających twierdzenia jednostki zamawiającej. Zarzut stanowi raczej polemikę z oceną zamawiającego. Odwołujący mając te same informacje ocenia je inaczej niż jednostka zamawiająca (i pomija niewygodny dla jego stanowiska procesowy charakter i zakres właściwie zrealizowanej przez przystępującego części umowy), kiedy postawienie skutecznego zarzutu nie może sprowadzać się do przedstawienie własnej, gołosłownej oceny wobec oceny dokonanej przez zamawiającego.

W odwołaniu skupiono się na konkurencyjnej ocenie charakteru niewykonanej części umowy poprzez uwypuklenie aspektu ilościowego. Odwołujący podkreślał, że przystępujący nie wywiązał się z dostawy 22 urządzeń. Izba wskazuje, że w ustalonym stanie rzeczy ilość urządzeń nie jest decydująca, a przesłankę znacznego stopnia lub zakresu niewykonanego zamówienia - w związku z treścią łączącej strony umowy - należy rozumieć przez pryzmat istotności elementów zamówienia, i jeżeli odwołujący nie udowodnił, że niedostarczone urządzenia są istotne, znaczące dla celu zawarcia umowy, to samo puste odniesienie się do ilości nie jest wystarczające. Innymi słowy, nie podważono, że kluczowy element zamówienia został wykonany, skoro więc przystępujący nie wywiązał się z mniej znaczącej dla zamawiającego części zamówienia, to nawet przełożenie niedostarczonych urządzeń na ich ilość czy na wartość procentową zamówienia (ok. 30%) nie będzie spełniało przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. Ustawodawca wskazał w tej normie klauzule generalne, tak aby wykonawcy nie byli wykluczani z postępowania z powodów błahych. Oznacza to konieczność każdorazowego zbadania jakiej części zamówienia nie wykonano w korelacji z brzmieniem umowy, którą rozwiązano w powiązaniu z istotną potrzebą zakupową zamawiającego, która miała zostać spełniona. Nie można

bowiem w oderwaniu od okoliczności konkretnego stosunku obligacyjnego stwierdzić, że dany procent niewykonania umowy, czy dana ilość niedostarczonych urządzeń, powoduje uznanie wykonawcę za nierzetelnego kontrahenta i konieczność eliminacji z innych postępowań. Gdyby tak mogło być, to ustawodawca wskazałby taki poziom w omawianych przepisach, a nie obliłował badających zdolność podmiotową zamawiających do dokonania oceny czy problem z wcześniejszą umową dotyczył znaczącego stopnia lub znaczącego zakresu istotnego zobowiązania. Tutaj nie ma mowy o żadnym automatyzmie, ponieważ relewantna jest waga niezrealizowanej części zamówienia, postrzegana z perspektywy podmiotu, na rzecz którego miała zostać wykonana dostawa, czego w odwołaniu zabrakło.

Ponadto jedynie na marginesie, ponieważ nie znalazło się to w odwołaniu, a argumenty te zostały podniesione dopiero w piśmie procesowym z dnia 3 listopada 2021 r., Izba zauważyła, że brak podziału zamówienia na części nie świadczy o niczym innym, jak o uznaniu przez zamawiającego, że przedmiotu umowy nie można podzielić na oddzielne zadania (art. 25 p.z.p.). Jak również większość umów w sprawie zamówień publicznych jest realizowanych w ramach jakiś projektów, które posiadają określone harmonogramy. Zaś odwołujący nie wykazał, że niedostarczone urządzenia były w tym zakresie istotne, czy aby brak ich dostawy w umownym terminie spowodował jakiegokolwiek ujemne konsekwencje - w szczególności mając na uwadze nieśpieszny termin wszczęcia przez zamawiającego kolejnego postępowania w przedmiocie ich zakupu, kilka miesięcy po pierwotnym terminie wykonania zamówienia.

Odnosząc się do przedstawionej przez Izbę argumentacji uwypuklić należy, że jakkolwiek ocena czy wykonawca **w znacznym stopniu lub zakresie** nie wykonał zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, powinna być dokonywana w oparciu o zobiektywizowane kryteria, to nie sposób przecenić stanowiska w tym zakresie zamawiającego. To jemu w istocie zapis art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. ma służyć umożliwiając mu wykluczenie z postępowania wykonawcę, co do którego rzetelności istnieją uzasadnione podstawy. To zamawiający nie widząc podstaw do wykluczenia wykonawcy i następnie wybierając jego ofertę jako najkorzystniejszą ryzykuje trudności i komplikacje w realizacji zamówienia, a w skrajnym wypadku niewykonanie go w całości lub w części, ewentualnie wykonanie go w sposób wadliwy długotrwały i niezgodny z zawartą umową. Oczywistym jest zaś, że to zamawiającemu powinno zależeć na prawidłowym wykonaniu zamówienia, w określonych terminach, w sposób określony w specyfikacji. Ostatecznie to zamawiający ponosi bowiem negatywne konsekwencje wynikające z niewykonania zamówienia w całości, wykonania go w sposób wadliwy lub z przekroczeniem wyznaczonego terminu.

Przez pryzmat powyższego zastrzeżenia oceniać zatem należy przedstawione w uzasadnieniu skargi argumenty. Przy czym Izba nie tyle dała wiarę zamawiającemu, co dokonała krytycznej oceny przedstawionych przez zamawiającego argumentów i oceniła, że niewykonana przez konkurencyjnego dla odwołującego zamawiającego, część zobowiązania nie była znaczna.

Odnosząc się do zarzutów w tym zakresie przedstawionych w skardze podkreślić przede wszystkim należy, że treść art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. jest w tym zakresie jednoznaczna i to nie wykonawca, który ma być na podstawie tego przepisu wykluczony lub zamawiający, który wykluczenia takiego zaniechał mają wykazywać, że poprzednio wykonawca nie wykonał zobowiązania „w nieznacznym stopniu”. Otóż jest dokładnie odwrotnie i to wykonawca, który w odwołaniu domaga się wykluczenia konkurenta, lub zamawiający przy innej niż w niniejszej sprawie konfiguracji mają obowiązek wykazać, że wykonawca, który ma zostać wykluczony nie wykonał zobowiązania „w znacznym stopniu”.

Nie do końca zrozumiałe są wywody skarżącego, w których podnosi on, że w postępowaniu z 2020 r. nie został dokonany przez zamawiającego jakiegokolwiek podział zamawianych urządzeń na główne i pomocnicze. Owszem podział taki nie został dokonany, jednak zwrócić należy uwagę, że system będący przedmiotem zamówienia z 2020 r. funkcjonuje, mimo niewykonania zobowiązania wykonawcy w całości. Oczywiście z uwagi na brak urządzeń peryferyjnych korzystanie z niego jest utrudnione. Niemniej jednak gdyby odwrócić sytuację i gdyby wykonawca dostarczył urządzenia do weryfikacji dokumentów i czytników będących przedmiotem zamówienia z 2021 r., a nie dostarczył komparatora wideospektralnego z zestawem komputerowym i drukarką funkcjonowanie systemu będącego przedmiotem zamówienia z

2020 r. nie byłoby możliwe. To w taki sposób odczytywać należy stanowisko Izby, że (...) wykonał zasadniczą część zamówienia z 2020 r.

Skarżący zarzuca, że Izba w sposób bezkrytyczny przyjęła za prawdziwe twierdzenia zamawiającego i nie skonfrontowała ich z materiałem dowodowym, w szczególności z treścią wniosku o dokonanie zamówienia z 2021 r., w którym użyto sformułowania, że urządzenia i czytniki są niezbędne do ich pracy. Należy jednak pamiętać, że wniosek, na który powołuje się skarżący sformułowany został w 2021 r. kiedy zasadnicza część systemu wykonana na podstawie zamówienia z 2020 r. już funkcjonowała, „niezbędność”, o której mowa we wniosku odnosić zatem należy do sytuacji istniejącej w dacie rozpoczęcia przedmiotowego postępowania. Odczytywana powinna być ona zatem jako niezbędność służąca poprawie funkcjonalności istniejącego już systemu, jego usprawnienie i pełne wykorzystanie jego możliwości. Jeszcze raz podkreślić należy, że bez urządzeń peryferyjnych system mógł funkcjonować, zaś bez jego elementów wykonanych w 2020 r. nie.

Jak najbardziej zgodne zasadami logiki i doświadczenia życiowego jest ocena Izby, że o pomocniczym charakterze urządzeń będących przedmiotem ocenianego postępowania świadczy to, że postępowanie to wszczęte zostało po przeszło pół roku od odstąpienia przez zamawiającego od umowy zawartej w poprzednim postępowaniu. Oczywistym bowiem jest, że gdyby urządzenia będące przedmiotem niniejszego postępowania były rzeczywiście konieczne do prawidłowego funkcjonowania systemu, jak chce to wiedzieć skarżący, niewątpliwie kolejny przetarg na te urządzenia zostałyby rozpisany niezwłocznie po odstąpieniu od umowy w poprzednim postępowaniu, tj. jeszcze w 2020 r.

Ma racje skarżący, że w analizowanej sprawie ocena stopnia niewykonania umowy z 2020 r. powinna zostać ustalona z uwzględnieniem wartości niedostarczonych przedmiotów w relacji do wartości całości zamówienia. Niewykonana część zamówienia stanowi 32 % wartości całej umowy, nie przesądza to jednak o jej istotnym charakterze realizującym przesłankę wykluczenia wykonawcy postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. Sąd Okręgowy zgadza się i podziela stanowisko skarżącego, jednym z kryteriów (zwłaszcza w braku innych) oceny czy niewykonana część zamówienia jest znaczna powinna być właśnie wartość niewykonanej jego części. Podkreślić jednak należy, że skarżący nie wyjaśnił dlaczego jego zdaniem w przypadku zamówienia z 2020 r. 32%, w których nie zostało ono wykonane oznacza niewykonanie go w znacznej części. W tym zakresie zgodzić się należy ze stanowiskiem Izby, że skoro ustawodawca nie wskazał jaki stopień niewykonania zamówienia oznacza stopień znaczny, pojęcie to należy definiować każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy.

Skarżący wskazał też, że istotność naruszonego wymogu umownego ma miejsce jeżeli jest ono takiej wagi, iż gdyby druga strona wiedziała o nim w chwili zawierania umowy, nie zawarłaby jej. Zdaniem skarżącego nie ulega wątpliwości, że gdyby zamawiający wiedział, że nie zostaną dostarczone podręczne urządzenia do weryfikacji dokumentów, to nie zawarłby umowy w 2020 r. Otóż stanowisku temu wprost przeczy postawa zamawiającego zarówno w toku postępowania o udzielnie zamówienia, w którym jako najkorzystniejsza wybrana została oferta (...), jak i w toku postępowania odwoławczego i skargowego, gdzie zamawiający wprost i jednoznacznie wypowiedział się o braku podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Nawet biorąc od uwagę, że ocena spełnienia przesłanek wykluczenia opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. powinna być dokonywana w sposób zobjektywizowany, nie sposób całkowicie ignorować stanowiska zajmowanego przez podmiot najbardziej zainteresowany jakim jest zamawiający.

Zbyt dużą wagę przywiązuje też skarżący do odmowy przez zamawiającego podziału przedmiotu zamówienia z 2020 r. na części. To, że zamówienie stanowiło pewną całość funkcjonalną oraz, że wszystkie wchodzące w jego skład urządzenia były zamawiającemu potrzebne, nie może przesądzać, że nie wykonanie tego zamówienia w całości, samo przez się oznacza, że nie zostało ono wykonane w znacznym stopniu lub zakresie. Oczywiście będący przedmiotem postępowania z 2020 r. system był określoną całością i zarówno ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, jak i treści umowy wynika, że zamawiającemu zależało aby był dostarczony w całości. Naturalnym zatem jest, że zamawiający odmówił podziału zamówienia na części. Nie może to jednak prowadzić do wniosku, że niewykonanie zobowiązania w jakiegokolwiek części, choćby symbolicznej, oznaczałoby będzie, że zobowiązanie to nie zostało wykonane w stopniu znacznym. Również w tym zakresie, aczkolwiek nie decydujące, ale istotne znaczenie ma stanowisko zamawiającego, który odmawiając wykluczenia wykonawcy (...) z postępowania uznał, że nie wykonana przez niego część zobowiązania z 2020 r. nie była znaczna. Co ciekawe sam skarżący dostrzegł (czemu dał wyraz w omówionej już argumentacji), że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy kluczowym kryterium dla przyjęcia, że zobowiązanie wykonawcy nie

zostało wykonane w znacznym stopniu lub zakresie, powinna być relacja wartości niewykonanej części zamówienia do wartości całości zamówienia.

Dotychczasowe rozważania potwierdzają trafność oceny Krajowej Izby Odwoławczej, że odwołujący nie wykazał aby wykonawca (...) sp. z o.o. w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego z roku 2020. Już brak tej jednej przesłanki przesądza o tym, że nie było podstaw by wykluczyć tego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p.

Zbędną jest zatem analiza czy spełniona została przesłanka pierwsza, tj. czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Nawet gdyby bowiem przyjąć, że niewykonanie to nastąpiło z przyczyn obciążających wykonawcę, to i tak z uwagi na brak realizacji przesłanki „znacznego stopnia”, nie mogłoby to uzasadniać wykluczenia wykonawcy (...) sp. z o.o. z postępowania.

Na marginesie tylko zauważyć wypada, że stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie wydaje się nie być do końca trafne.

Nie miał zatem racji skarżący zarzucając naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 7), art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) ustawy Prawo Zamówień Publicznych, przesłanki wykluczenia wykonawcy (...) sp. z o.o. w W. nie zostały bowiem przez skarżącego wykazane.

Powyższe przesądza o bezzasadności pozostałych zarzutów podniesionych w skardze. Zarzuty te dotyczyły naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych o charakterze procesowym i jakkolwiek wskazywały na błędne ustalenia faktyczne Izby, to w istocie skarżący podnosząc je kwestionował ocenę Izby o braku podstaw wykluczenia wykonawcy (...) z postępowania.

Odnosząc się po krótko do tych zarzutów wyjaśnić należy, że co prawda Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku poczyniła obszernie rozważania dotyczące wynikającego z art. 555 p.z.p. zakazu orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, niemniej jednak zdaniem Sądu Okręgowego nie przełożyło się to na pominięcie czy też oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez strony oraz uczestnika. Trudno też przyjąć by uwzględnienie pełnej argumentacji przedstawionej przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego mogło wpłynąć na inną ocenę istnienia przesłanek wykluczenia konkurencyjnego wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. niż ta przyjęta przez Izbę i zaakceptowana następnie przez Sąd Okręgowy.

Sądowi Okręgowemu trudno doszukać się też przyczyn dla których skarżący zarzucił Krajowej Izbie Odwoławczej naruszenie art. 525 p.z.p. Przepis ten określa bowiem zasady przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy nie będącego odwołującym. Co istotne również skarżący nie wyjaśnił w skardze w jaki sposób i dlaczego przepis ten miał zostać naruszony.

Nie miał też racji skarżący zarzucając naruszenie art. 542 ust. 1 p.z.p. 1. Przepis ten statuuje zasadę swobodnej oceny dowodów i stanowi, że izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów wymagałoby wykazania, że Izba uchybiła zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione jej uprawnieniu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż to przyjęła izba wadze poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena Izby. Podkreślić wypada, że Izba wyjaśniła wszystkie okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Przede wszystkim w sposób wyczerpujący i bardzo szczegółowy rozważyła zgromadzony materiał dowodowy. Jednocześnie przedstawiła tok rozumowania i umotywowała wnioski, do których doszła. Reasumując brak jest podstaw by dokonaną przez Izbę ocenę dowodów uznać za wykraczającą poza granice wyznaczone treścią art. 542 ust. 1 p.z.p., w szczególności za naruszającą zasady logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego.

Przedstawione w skardze zarzuty w tym zakresie ocenić należy jedynie jako polemikę z prawidłowymi ustaleniami Izby. Jeszcze raz zwrócić należy uwagę, że skarżący próbuje podważyć nie tyle dokonaną przez Izbę ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i ustalony na podstawie tego materiału stan faktyczny, co stanowisko Izby, pozostające jednak w sferze prawnej, a nie faktycznej, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie zaistniały podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p.

Chybiony był też zarzut naruszenia art. 552 ust. 1 p.z.p. Zgodnie z tym przepisem wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. W ocenie Sądu Okręgowego Izba tak właśnie postąpiła. Skarżący nie wskazał zaś w skardze w jaki to konkretnie sposób wydając zaskarżony wyrok Izba uwzględniła, okoliczności które nie zostały przez nią ustalone, czy nie miałyby oparcia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. W szczególności skarżący nie wyjaśnił jakie konkretnie okoliczności będące podstawą wydania zaskarżonego wyroku ustalone zostały obok, czy wręcz wbrew przeprowadzonym w sprawie dowodom.

Nie mogło też zatem dojść do naruszenia art. 554 ust. 1 pkt) p.z.p. Zgodnie z jego treścią Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Ponieważ, jak to wyżej wyjaśniono, w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny na jego wynik, w szczególności art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p., naturalnym jest że Izba nie mogła uwzględnić odwołania i orzekła o jego oddaleniu.

Z przedstawionych względów, uznając podniesione w skardze zarzuty i argumenty za bezzasadne, Sąd Okręgowy na podstawie art. 588 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, skargę tą oddalił.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 589 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych obciążając obowiązkiem ich zwrotu wykonawcę (...) sp. z o.o., którego skarga została w całości oddalona. Zgodnie z tym przepisem strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez przeciwnika skargi Skarb Państwa – (...) Urząd Wojewódzki w W. sprowadzają się do wynagrodzenia reprezentującego go radcy prawnego w kwocie 5 400 zł ustalonego od wartości przedmiotu zaskarżenia na podstawie § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U z 2018 r., poz. 265 ze zm.), z uwzględnieniem okoliczności, iż pełnomocnik ten prowadzili sprawę również przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. 50% stawki minimalnej.

Wypada zauważyć, że żaden przepis w/w rozporządzenia nie określa wysokości wynagrodzenia radcy prawnego w sprawach ze skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Brak jest również podstaw by poszukiwać dalekich analogii z innymi przepisami określającymi wysokość stawki w poszczególnych rodzajach spraw. Dlatego zdaniem Sądu zastosowanie powinny tu znaleźć postanowienia § 2 rozporządzenia określającego w sposób najbardziej ogólny stawki minimalne uzależniającego ich wysokość od wartości przedmiotu sprawy (tu zaskarżenia).

SSO Andrzej Sobieszczęński