

WYROK
z dnia 17 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 3 i 12 listopada 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2021 r. przez odwołującego „Korporację Wschód” Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie przy udziale wykonawcy Transactor Security Sp. z o.o. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego „Korporację Wschód” Sp. z o.o. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez odwołującego „Korporację Wschód” Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego „Korporacji Wschód” Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz zamawiającego Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów strony postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 17 listopada 2021 r. w sprawie KIO 3025/21

Zamawiający – Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Zakup i dostawa sprzętu - 12 podręcznych urządzeń do badania autentyczności dokumentów oraz 13 czytników na potrzeby Wydział Spraw Cudzoziemców w Mazowieckim Urzędzie Wojewódzkim w Warszawie", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00161391/01, dalej zwanej „postępowaniem”.

Postępowanie na dostawę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 13 października 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca „Korporacja Wschód” Sp. z o. o. ul. Pożaryskiego 28, 04-703 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w trakcie oceny oferty złożonej przez Transactor,
2. art. 287 ust. 3 pkt 1 Pzp poprzez jego przedwczesne zastosowanie wobec niedokonania oceny oferty Transactor pod kątem przesłanek jej odrzucenia,
3. art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec wykonawcy Transactor, mimo ziszczenia się przesłanek, o których mowa w powołanym przepisie,
4. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) poprzez jego niezastosowanie wobec wykonawcy Transactor, mimo ziszczenia się przesłanek, o których mowa w powołanym przepisie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę złożoną przez wykonawcę Transactor Security Sp. z o. o. ul. Trakt Lubelski 257a, 04-667 Warszawa (dalej zwanego „wykonawcą Transactor”), skierowania do wykonawcy Transactor wezwania do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny oferty, dokonania oceny ofert z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień i dowodów dotyczących rażąco niskiej ceny, odrzucenia oferty Transactor i powtórny wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje. Podstawą złożenia ofert była specyfikacja warunków zamówienia, do której wykonawcy składali pytania i która

została przez zamawiającego częściowo zmieniona w stosunku do pierwotnie opublikowanej. W rozdziale 7 SWZ w pkt 7.2.2. zawarto postanowienie dotyczące fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę netto 179 738,90 zł, co stanowi 221 078,85 zł brutto (wniosek o udzielenie zamówienia). Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 13 września 2021 r. Zamawiający wskazał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę brutto 302 470,00 zł, aktualizując tym samym wcześniej oszacowaną wartość zamówienia, biorąc pod uwagę wskazywany przez wykonawców w trakcie zadawania pytań koszt aktualizacji oprogramowania.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący zwrócił uwagę zamawiającego na konieczność wnikliwego zbadania prawidłowości złożonej oferty przez wykonawcę Transactor pod kątem zgodności z przedmiotem zamówienia, zaoferowania ceny rażąco niskiej oraz podstaw wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Wykonawca ten był bowiem stroną niewykonanej wcześniej umowy, od której zamawiający odstąpił w 2020 r. Powodem odstąpienia było niedostarczenie dwóch spośród zamawianych trzech przedmiotów stanowiących przedmiot umowy.

W dniu 16 września 2021 r. zamawiający skierował do wykonawcy Transactor prośbę o wyjaśnienia kwestii niewykonania wcześniejszej umowy. W odpowiedzi na wezwanie złożono wyjaśnienia, w których wykonawca Transactor próbował dowodzić, że po pierwsze w nieznaczej części nie wykonał umowy, co zdaniem odwołującego stoi w jawnej sprzeczności z twierdzeniami samego zamawiającego - który w swoim wezwaniu wskazuje, że Transactor nie dostarczył urządzeń wskazanych w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 ww. umowy, tj. podręcznego urządzenia do weryfikacji autentyczności dokumentów (tj. urządzenie Regula 1025,01; 12 szt.) oraz czytnika dokumentów niewielkich rozmiarów podłączanego do komputera za pomocą kabla USB (tj. urządzenia Regula 7034M.111 Full SDK, 10 szt.). Pierwsze urządzenie dostarczył zaś grudnia 2020 r., a zatem po upływie określonego umową terminu realizacji. Po drugie, Transactor w swych wyjaśnieniach całą winą za niewykonanie umowy obarcza odwołującego próbując dowodzić, że na skutek tego, że odwołujący nie chciał sprzedać mu urządzenia, on sam nie mógł zrealizować dostawy oraz odwołując się do wcześniejszego postępowania przed Izbą mającego miejsce w 2020 r.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem wykonawcy Transactor, ponieważ w jego ocenie wykonawca zaoferował i wycenił w tamtym przetargu urządzenia producenta Regula nie posiadając na nie oferty, o którą - jak sam wskazał w swoich wyjaśnieniach, zwrócił się do odwołującego trzy dni później. Takie zachowanie wykonawcy, który oferuje coś czego nie posiada i na co w dacie składania oferty nie ma żadnej oferty handlowej należy ocenić jako co najmniej rażące niedbalstwo.

W opinii odwołującego wykonawca Transactor miał świadomość, że rzeczony urządzenie są dystrybuowane w tzw. systemie dystrybucji selektywnej, którą definiuje się jako sieć wertykalnych porozumień między dostawcą a jego dystrybutorami, które nakładają na dystrybutorów określone obowiązki w zakresie sposobu dystrybucji towarów dostawcy. Najczęściej są to obowiązki dotyczące odpowiedniego wyszkolenia personelu, sposobu prezentowania towaru, urządzenia i oznaczenia salonu sprzedaży w określony sposób oraz zlokalizowania go we właściwym miejscu, zapewnienia określonych usług przedsprzedażowych (np. możliwości przetestowania towaru) lub posprzedażowych (np. usług serwisowych), promowania towarów dostawcy oraz osiągnięcia określonego poziomu obrotów. Jednocześnie umowy tworzące system dystrybucji selektywnej prawie zawsze przewidują zakaz odsprzedaży towarów dystrybutorom spoza systemu (tzw. dystrybutorom nieautoryzowanym). Dystrybucja selektywna dotyczy zwykle skomplikowanych produktów wymagających specjalistycznej obsługi okołosprzedażowej, tak jak w niniejszym przypadku oraz produktów, których wartość w dużym stopniu zależy od wizerunku marki.

W odwołaniu szeroko przywołano orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące dystrybucji selektywnej i skonkludowano, że odwołujący działał prawidłowo a zarazem nie było możliwości, aby 16 czerwca 2020 r. wykonawca Transactor złożył ofertę na urządzenia Regula, co spowodowało niewykonanie umowy nr BOU-IV.272.17.2020 w odniesieniu do dwóch z trzech przedmiotów stanowiących jej przedmiot z przyczyn leżących po stronie wykonawcy doprowadzając do odstąpienia od umowy. Zatem w obecnym postępowaniu zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy Transactor z uwagi na wypełnienie przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p.

Odwołujący dodał, że w postępowaniu prowadzonym w 2020 r. wykonawca Transactor, oprócz możliwości ubiegania się o status dystrybutora albo zadbania o otrzymanie oferty producenta Regula przed upływem terminu składania ofert, mógł także złożyć do zamawiającego wniosek o zmianę SIWZ w zakresie wymaganych parametrów urządzenia, tak by złożyć ofertę na urządzenia innego producenta i żadnej z tych czynności nie podjął. Odwołujący podkreślił również, że wykonawca Transactor tylko jeden raz w dniu 3 listopada 2020 r. zwrócił się do producenta o przedstawienie oferty na produkty firmy Regula stanowiące treść jego oferty z czerwca 2020 r. W swoim piśmie Transactor zawarł głównie nieprawdziwe informacje dotyczące zawyżania cen przez odwołującego, sugerując, że nie otrzymanie od producenta oferty może spowodować brak możliwości oferowania produktów Regula w przetargach w przyszłości, co może prowadzić do wniosku, że będzie usilnie wpływał w następnych przetargach na decyzje zamawiających w tym zakresie. Takie zachowanie nie mogło spotkać się z akceptacją producenta.

Dalej odwołujący zauważył, że próby tłumaczenia wykonawcy Transactor, że w lipcu 2020 r. uzyskał ofertę od spółki LT Sezam na urządzenia Regula, których dostawa nie doszła

do skutku nie wnosi nic nowego do sprawy. Wykonawca nie był uprawniony do zaoferowania 16 czerwca 2020 r. urządzeń producenta Regula, bo ich ani nie posiadał, ani nie otrzymał na nie oferty, ani nawet nie złożył żadnego zapytania ofertowego. To zatem wykonawca Transactor jest w pełni odpowiedzialny za niewykonanie umowy z 2020 r.

Natomiast biorąc pod uwagę wszystkie doświadczenia zamawiającego związane z niewykonaniem przez Transactor, że swojej winy, umowy z 2020 r. większego znaczenia nabiera konieczność szczegółowej analizy złożonej w obecnym postępowaniu przez tego wykonawcę oferty. Zamawiający nie żądał wskazania producenta urządzeń, jednak jest uprawniony do szczegółowego zbadania czy istotnie przedmiot oferty odpowiada przedmiotowi zamówienia oraz czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska biorąc pod uwagę zaktualizowaną wartość zamówienia. Wdrożenie procedury badania rażąco niskiej ceny jest uzasadnione okolicznościami niniejszego postępowania w kontekście uprzednio przeprowadzonego.

Ponadto zdaniem odwołującego cena oferty wykonawcy Transactor opiewa na 180 133,50 zł i zestawienie ją z kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia wynoszącą 302 470,00 zł powoduje konieczność weryfikacji rażąco niskiej ceny wobec tego wykonawcy, do którego winno być skierowane wezwania do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami. Zamawiający nie wdrożył tej procedury i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej mimo wyraźnej dyspozycji zawartej w art. 224 p.z.p. Według odwołującego takie zachowanie jest sprzeczne z narzuconą przepisami p.z.p. kolejnością wykonywania czynności zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej. W sytuacji, gdyby okazało się, że złożone przez wykonawcę Transactor wyjaśnienia nie obalają domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę. Tym samym zamawiający winien unieważnić dokonany wybór najkorzystniejszej oferty i dopiero po upewnieniu się, że oferty nie podlegają odrzuceniu, dokonać powtórnego wyboru.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Ponadto Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Transactor Security Sp. z o. o. Trakt Lubelski 257a, 04 - 667 Warszawa (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego, co nadaje mu status uczestnika postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem

procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą opiera się na zasadzie formalizmu procesowego, która oznacza, że postępowanie odwoławcze jest odpowiednio zorganizowanym i ułożonym działaniem, a czynności stron i uczestników postępowania powinny być dokonywane w oznaczonej formie, miejscu oraz czasie. Ustawodawca zobligował odwołującego, aby w terminie na wniesienie odwołania wskazał czynność lub zaniechanie zamawiającego, której zarzuca niezgodność z ustawą, zwięźle przedstawił zarzuty, określił żądanie i wskazał okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 p.z.p.). Określone w odwołaniu zarzuty ustanawiają bowiem granice rozpoznania sprawy przez Izbę, która nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu (art. 555 p.z.p.).

Spotykany w praktyce problemem, tak jak miało miejsce w rozpoznawanym sporze, jest usiłowanie podnoszenia po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania nowych okoliczności faktycznych, które nie znalazły się w treści wniesionego środka ochrony prawnej, albo próba konwalidowania braków odwołania w zakresie wskazania podstawy faktycznej poprzez wykorzystanie możliwości złożenia dowodów do czasu zamknięcia rozprawy. W rozpoznawanym sporze jest to szczególnie jaskrawe, ponieważ samo odwołanie jest niezwykle oszczędne w zakresach, które zostały omówione w dalszej części uzasadnienia, a odwołujący poprzez składanie dodatkowych stanowisk pisemnych i wniosków dowodowych usiłował uzupełnić podstawowe braki odwołania. Takie zachowanie strony zostało jednoznacznie negatywnie ocenione przez orzecznictwo i doktrynę, gdzie wskazuje się, iż granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na jednoznacznej i precyzyjnej podstawie faktycznej i poza treścią środka zaskarżenia odwołujący nie ma możliwości uzupełniania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie

może być, w świetle art. 555 p.z.p., brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę (tak Izba np. w wyrokach z 27.01.2020 r. sygn. akt KIO 31/20, z 13.03.2020 r. sygn. akt KIO 431/20, z 11.02.2021 r. sygn. akt KIO 182/21). Pogląd ten jest aprobowany przez sądownictwo powszechne. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie „Zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. (...) Należało mieć jeszcze na uwadze samą konstrukcję zarzutu. Mianowicie zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej - o ile sama podstawa prawna często wynika z opisu popełnionych nieprawidłowości i brak jej podania, czy nieprawidłowe podanie nie uniemożliwia rozpoznania odwołania, to podstawa faktyczna zarzutu musi być precyzyjnie podana w odwołaniu. Jakikolwiek jej rozszerzenia na późniejszym etapie postępowania będą wykraczały poza granice odwołania, a więc nie będą mogły być przedmiotem rozpoznania.” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 23.08.2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 540/18, por. także wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt X Ga 110/09, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25.05.2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie 31.05.2021 r. sygn. akt XXIII Zs 28/21).

Analogicznie wskazuje się w doktrynie: „Przedstawienie zarzutów oznacza wskazanie, jakich naruszeń prawa dopuścił się zamawiający podczas wykonywania skarżonej czynności, lub wskazanie, jakiej czynności zamawiający zaniechał, mimo że był z mocy prawa zobowiązany do jej wykonania. O prawidłowym postawieniu zarzutu w odwołaniu stanowi nie tyle wskazanie podstawy prawnej odwołania, czyli powołanie naruszonych przepisów, ile wyczerpujące wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych.” (tak A. Banaszewska, 16.3.3.3. Wymogi formalne odwołania [w:] Zamówienia publiczne, red. P. Bielarczyk, W. Gonet, A. Wójtowicz-Dawid, Warszawa 2021, LEX).

Ponadto, „Zgodnie z art. 555 PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dlatego też konieczne jest jasne i precyzyjne, a przy tym związane postawienie zarzutów. Należy przy tym zwrócić uwagę, że o prawidłowym postawieniu zarzutu w odwołaniu stanowi nie tyle wskazanie podstawy prawnej odwołania (wymienienie naruszonych przepisów PZP), lecz wyczerpujące powołanie okoliczności faktycznych uzasadniających naruszenie przepisów PZP.” (tak M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, art. 516, Warszawa 2021, Legalis).

Skład orzekający wskazuje, że orzeczenie wydaje się w granicach podniesionych zarzutów i nie ustanowiono w ustawie p.z.p. przypadków, kiedy poza te granice można wyjść, oznacza to wprowadzenie prekluzji do wskazania wszystkich relewantnych okoliczności w odwołaniu. Natomiast odwołujący, który jest profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, winien mieć na względzie, że brak podania wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, na których opiera postawione zamawiającemu zarzuty, jest jego obowiązkiem procesowym wynikającym z przepisów prawa, ale i uprawnieniem, z którego powinien korzystać przede wszystkim we własnym interesie. Aby Izba mogła ocenić czy uzupełnienie odwołania jest zgodne z prawem w ustawie p.z.p. musiałaby istnieć norma dopuszczająca takie działanie odwołującego – zawierająca przesłanki konieczne do spełnienia w sytuacji, kiedy wykonawca, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 516 ust. 1 p.z.p., nie wskazał wszystkich podstaw faktycznych odwołania w ustawowym terminie. Ustawodawca nie przewidział możliwości uzupełnienia okoliczności faktycznych środka zaskarżenia, taka instytucja jest nieznana ustawie p.z.p. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi fakty, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to są one spóźnione i nie mogą być brane przez Izbę pod uwagę.

Warto również zauważyć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym trzon materiału procesowego i podstawę rozstrzygnięcia stanowią twierdzenia i dowody przedstawione przez strony. O ile na podstawie art. 535 p.z.p. odwołujący może przedstawić dowody aż do zamknięcia rozprawy, to okoliczności, z których chce wywodzić korzystne dla siebie skutki prawne, winien uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na brzmienie art. 555 p.z.p.

Odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy p.z.p. i należy rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, od dowodów na ich poparcie. W pierwszej kolejności obowiązkiem odwołującego jest bowiem wskazanie okoliczności, które uznaje za istotne dla rozstrzygnięcia sporu – związanych z normami prawa materialnego, które zostały naruszone, a następnie przedstawienie dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Co szczególnie istotne dla rozpoznawanego sporu, ciężar twierdzenia, czyli wskazania podstaw faktycznych żądań zawartych w odwołaniu, wyprzedza ciężar dowodzenia. Trudno byłoby sobie wyobrazić właściwe dowodzenie, kiedy nie doszło do prawidłowego przedstawienia w odwołaniu tego, co ma zostać udowodnione – właściwego wskazania przedmiotowego aspektu powinności dowodzenia, okoliczności faktycznych uzasadniających żądania odwołania. Stąd zasadnie podnosi się w orzecznictwie, że „Postępowanie dowodowe na

rozprawie nie jest momentem, w którym Odwołujący może stanowisko właściwe dla zarzutów zaprezentować. Ten etap postępowania odwoławczego służy pogłębionej prezentacji też i okoliczności opisanych w ramach złożonego środka ochrony prawnej. Ma dodatkowo potwierdzić okoliczności faktyczne/merytoryczne opisane w odwołaniu. Jest przedstawieniem dodatkowej argumentacji dla faktów opisanych w odwołaniu, nie zaś momentem pierwotnego ujawnienia postawy Odwołującego. Umożliwienie Odwołującemu postawienia zarzutów dopiero w ramach postępowania dowodowego i to dopiero na rozprawie przed Izba, stawiałoby go w uprzywilejowanej sytuacji w odniesieniu do pozostałych stron postępowania odwoławczego. Stanowiłoby *de facto* przywrócenie terminu na wniesienie odwołania i umożliwienie naprawienia merytorycznych ułomności odwołania.” (vide wyrok Izby z 02.08.2019 r. sygn. akt KIO 1384/19).

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu, zważając na granice zaskarżenia, które zakreśliły okoliczności podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie znalazło potwierdzenia w materiale procesowym, aby zamawiający aktualizował kwotę oszacowania wartości zamówienia, co odwołujący wywodził z informacji o kwocie jaką przeznaczono na jego realizację (informacja zamawiającego z dnia 13.09.2021 r.). Nieprawdą jest, że doszło do takiej czynności zamawiającego w postępowaniu, nic takiego nie wynika z akt sprawy. Kwota oszacowania w wysokości 179 738,90 zł netto (co daje 221 078,85 zł brutto, 42 100,32 euro) w toku całego przetargu nie była zmieniana. Dziwi także stanowisko odwołującego, który stwierdza, że nie dość, iż doszło do zaktualizowania wartości zamówienia, to spowodowane to było pytaniami wykonawców dotyczącymi aktualizacji oprogramowania. Odwołujący nie był w stanie przedstawić żadnego dowodu na poparcie swoich spekulacji, ponieważ nic takiego w postępowaniu nie nastąpiło.

Kwota przeznaczona na realizację zamówienia nie jest kwotą, o której mowa w art. 224 ust. 2 p.z.p. Odwołujący myli środki zabezpieczone w budżecie jednostki zamawiającej z instytucją z art. 28 p.z.p. Ponadto zaofiarowane w przetargu ceny (180 133,05 zł przez przystępującego i 293 255,00 zł przez odwołującego) również nie powodują konieczności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, ponieważ nie

został przekroczony 30% ustawowy limit. Zamawiający zatem trafnie podnosił, że nie miał obowiązku wszczęcia procedury wyjaśniającej cenę przystępującego z powodu kryterium arytmetycznego określonego w art. 224 ust. 2 p.z.p., zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Nie udowodniono także naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 p.z.p. Warto krótko zaznaczyć, że wykazanie, iż zamawiający powinien rozpocząć procedurę wyjaśniającą kalkulację ceny obciąża odwołującego, który żąda jej przeprowadzenia. Nie mamy tu do czynienia z odwróconym ciężarem dowodu, który wynika z art. 537 p.z.p. i dotyczy sytuacji, gdy już wezwano wykonawcę do złożenia wyjaśnień, co powoduje obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 224 ust. 5 p.z.p.).

Podnoszone przez odwołującego okoliczności dotyczące rozwiązania wcześniejszej umowy z zamawiającym i rzekoma nierzetelność przystępującego nie mieszczą się w hipotezie art. 224 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym podstawą do rozpoczęcia procedury weryfikującej cenę jest okoliczność, że cena (lub jej istotna część składowa) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia albo budzi wątpliwości zamawiającego w zakresie możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania, bądź nałożonymi przez powszechnie obowiązujące przepisy. W tym zakresie odwołanie jest merytorycznie puste.

Postępowanie wyjaśniające cenę ma za zadanie weryfikację wyceny przedmiotu zamówienia i wiąże się z ewentualną koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską, czyli co do zasady dotyczy *stricte* samej oferty. Odwołujący skupił się na podmiotowym aspekcie realizacji zamówienia, a nie na jego stronie przedmiotowej, czego wymaga omawiana norma. Art. 224 ust. 1 p.z.p. odnosi się bowiem do ceny w korelacji z przedmiotem umowy, czyli urządzeniami oferowanym w przetargu, a nie do cech wykonawcy, który składa ofertę. Odwołujący nie wykazał, by istniała jakakolwiek obiektywna wątpliwość, iż cena oferty przystępującego nie zawiera wszystkich wymagań dokumentacji zamówienia, w żaden sposób nie odniesiono się do urządzeń, które wycenił ten wykonawca. W odwołaniu nie ma też przykładowo faktów dotyczących zagrożenia dostarczenia produktu niezgodnego z SWZ z powodu wysokości ceny. Skupiono się na podważeniu rzetelności przystępującego bez odniesienia się do przedmiotu zamówienia, co nie wpisuje się w przesłanki art. 224 ust. 1 p.z.p. Takie okoliczności mogłyby raczej stanowić pomocniczą argumentację, gdyby wykazano, że poziom ceny przystępującego powinien budzić obiektywną wątpliwość zamawiającego. Niemniej, odwołujący także nie udowodnił, aby przystępujący był wykonawcą nierzetelnym, który nie posiada właściwej zdolności podmiotowej do realizacji zamówienia, nie wykazano bowiem konieczności wykluczenia go z przetargu.

Po drugie, brak odniesienia się do wartości zaoferowanej przez przystępującego ceny w odwołaniu odwołujący próbował konwalidować w pismach procesowych z 3 i 10 listopada 2021 r. Izba krytycznie ocenia próbę uzupełnienia podstawowych braków środka zaskarżenia po upływie zawitego terminu na jego wniesienie. Jedyne na marginesie można dodać, że podważanie sposobu i wartości oszacowania zamówienia przez zamawiającego jest spóźnione także wobec brzmienia art. 515 ust. 3 pkt 2 p.z.p. Jeżeli odwołujący chciał zakwestionować czynność szacowania, to powinien to zrobić we właściwym terminie – kwota ta oraz kwota przeznaczona na realizację zamówienia wynika z załączonego do odwołania wniosku o udzielenie zamówienia (wniosek z dnia 12.08.2021 r.) i pomimo wiedzy odwołującego o tych okolicznościach w odwołaniu nie zaskarżono wysokości oszacowania czy przyjętej metodologii jej obliczenia. Ponadto nie udowodniono podniesionego w piśmie z dnia 3 listopada 2021 r. braku funkcjonalności detekcji fałszywej luminescencji i gdyby okoliczności te znalazły się w odwołaniu, należałoby wskazać, że wiedza odwołującego nie jest wystarczająca dla postawienia skutecznego zarzutu, Izba orzeka bowiem na podstawie dowodów, a nie przekonania stron. Podobnie w zakresie aktualizacji oprogramowania.

Dowód, który mógłby zostać powiązany z poziomem ceny urządzenia stanowi zastrzeżony jako tajemnica handlowa odwołującego wydruk pt. umowa dystrybucyjna z dnia 1 stycznia 2020 r. pomiędzy odwołującym a podmiotem Regula Baltija. Skład orzekający zauważa, że wydruk ten nie został podpisany przez strony umowy, podobnie jak załączony do niego cennik. Niemniej, cena zaoferowana przez odwołującego nie jest poufna i została wskazana w ofercie, zatem same relacje handlowe odwołującego – gdyby zostały prawidłowo udowodnione – nie wniosłyby nic nowego do sprawy. Innymi słowy, odwołujący na rozprawie usiłował skonstruować zarzut na kanwie swoich warunków cenowych, które spowodowały zaoferowanie ceny podanej w jego ofercie, której wysokość nie stanowi podstawy do wezwania przystępującego do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. Ponadto na rozprawie złożono tabelę dotyczącą kosztów prenumeraty licencji, gdzie wskazano dwa podmioty Regula i Kessing. Tabela ta stanowi oświadczenie własne strony (została podpisana przez umocowanego do reprezentacji przedstawiciela odwołującego), którego nie poparto żadnym źródłowym materiałem dowodowym. Wskazane w tabeli ceny należało właściwie udowodnić i powiązać z ofertą przystępującego, tak aby Izba mogła zweryfikować czy jej dotyczą, a w konsekwencji czy cena została zaniżona, czego również nie dokonano. Nie wykazano także, aby wyłącznie Regula oraz Kessing były w stanie zaoferować urządzenia spełniające warunki zamówienia.

Zgodnie z regułami procesowymi strona twierdząca, że doszło do zaniechania wezwania innego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących poziomu ceny powinna wskazać w odwołaniu fakty, które stanowią o wypełnieniu przesłanek art. 224 ust. 1 p.z.p., a następnie winna te fakty udowodnić. Na podstawie art. 534 ust. 1 p.z.p. strony i uczestnicy

postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Norma ta nakłada na odwołującego obowiązek dostarczenia organowi procesowemu środków, przy pomocy których mógłby on przekonać się o tym, że przytoczone przez stronę okoliczności są prawdziwe, a z drugiej strony określa, że to odwołujący poniesie negatywne konsekwencje prawne, jeżeli nie podoła ciężącemu na nim ciężarowi dowodowemu – w postaci materialnoprawnego skutku nieudowodnienia istotnych okoliczności, co w rozpoznawanej sprawie oznacza oddalenie niewykazanych zarzutów odwołania.

Ustalony w sprawie stan rzeczy powoduje, że w ocenie Izby nie zostały spełnione przesłanki art. 224 ust. 1 p.z.p. Nie udowodniono, że należycie działający zamawiający powinien powziąć uzasadnione wątpliwości w zakresie poziomu ceny zaoferowanej przez przystępującego, nie wykazano więc zaniechania zamawiającego w postaci braku wszczęcia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny tej oferty, zatem zarzut ten został przez Izbę oddalony.

Odwołujący podnosił, że naruszono art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie wobec przystępującego i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Fakultatywna podstawa wykluczenia określona we wskazanej normie wymaga kumulatywnego wykazania wskazanych w niej trzech przesłanek. Zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę, który: 1) z przyczyn leżących po jego stronie, 2) w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, 3) doprowadziło to do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W sprawie nie było spornym, że doszło do spełnienia trzeciej przesłanki podstawy do wykluczenia, ponieważ w dniu 23 grudnia 2020 r. zamawiający odstąpił od umowy o zamówienie publiczne nr 290/2020/WSC z dnia 28 września 2020 r., zawartej pomiędzy nim a przystępującym. Przedmiotem rzeczony umowy była dostawa urządzeń do weryfikacji autentyczności dokumentów oraz ich podłączenie, przeszkolenie pracowników zamawiającego w obsłudze i wsparcie techniczno-szkoleniowe. Powodem rozwiązania umowy był bezskuteczny upływ dodatkowego terminu wyznaczonego wykonawcy na realizację zobowiązania w zakresie podręcznego urządzenia do weryfikacji - Regula 1025.01 (12 sztuk, 44 280,00 zł) i czytnika dokumentów - Regula 7034m.111 Full SDK (10 sztuk, 153 750,00 zł), które stanowią urządzenia wskazane w § 1 ust. 2 i 3 umowy. Zgodnie z materiałem procesowym przystępujący dostarczył zamawiającemu komparator widiospektralny Projectina Spectra Pro z zestawem komputerowym i drukarką (453 870,00 zł), zaś pozostałe ww. urządzenia nie zostały dostarczone.

Strony różniły się w ocenie czy doszło do spełnienia dwóch pozostałych przesłanek niezbędnych do eliminacji przystępującego z przetargu. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko zamawiającego, który argumentował, że niewykonana część wcześniejszej umowy nie wpisuje się w przesłankę niewykonania znacznego stopnia lub zakresu istotnego zobowiązania wynikającego z zawartego stosunku zobowiązaniowego. 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 Mazowieckiego, 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 obligował 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 zauważa, 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.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że odwołujący nie udowodnił, by niedostarczone przez przystępującego w ramach umowy z dnia 28 września 2020 r. urządzenia podręczne i czytniki dokumentów miały charakter, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., więc zamawiający prawidłowo nie wykluczył przystępującego z postępowania. Brak spełnienia drugiej przesłanki fakultatywnej podstawy eliminacji z przetargu spowodował, że weryfikacja czy przystępujący nie zrealizował mniej znaczącej części umowy z przyczyn leżących po jego stronie nie była w sprawie konieczna. Jedynie zatem krótko można dodać,

że Izba w całości podzieliła stanowisko zamawiającego także w tym zakresie, ponieważ z zebranego w sprawie materiału procesowego, na który złożyły się przedłożone przez strony i przystępującego dowody oraz dokumenty z postępowania, w tym materiał dotyczący wcześniejszego sporu (sygn. akt KIO 1505/20), nie wynika jednoznacznie, że niewykonanie bagatelnej części wcześniejszej umowy było spowodowane z przyczyn leżących wyłącznie po stronie przystępującego. Co istotne również postępowanie wyjaśniające w zakresie treści oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania przez przystępującego przeprowadził w toku przetargu zamawiający (wezwanie z dnia 16.09.2021 r.), w wyniku którego uzyskał wyjaśnienia wraz z dowodami, które zdaniem składu orzekającego oceniono w sposób prawidłowy.

Z materiału procesowego wynika, że przystępujący i odwołujący są w konflikcie, a ich stanowiska obszernie dokumentują pisma przekazywane zamawiającemu przez obydwu wykonawców (zarówno w obecnym, jak i we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), a także prowadzą konkurencyjną działalność na rynku. Przystępujący twierdził, że uzyskał od odwołującego ofertę ustną na sporne urządzenia, których nie dostarczono zamawiającemu, odwołujący podnosił konflikt interesów odpowiadając na zapytanie ofertowe przystępującego i oferował urządzenia bezpośrednio jednostce zamawiającej. Przystępujący zapewnił więc dostawę urządzeń od podmiotu z Litwy, który ostatecznie wycofał się ze sprzedaży. Przy czym odwołujący nie udowodnił, aby winę za to ponosił przystępujący, który właściwie wykazał, już na etapie badania i oceny oferty przez zamawiającego, że przyjęto jego zamówienie do realizacji i zapłacono zaliczkę za przedmiotowy sprzęt.

Odwołujący nie wykazał też, że posiada monopol na sprzedaż spornych urządzeń w kraju (por. także wydruk umowy dystrybucji, w której podmiot Regula nie zapewnia mu wyłączności), albo żeby przystępujący nie mógł w sposób zgodny z prawem uzyskać oferty od dystrybutora urządzeń Regula, który prowadzi działalność na terenie innego niż Polska kraju Unii Europejskiej i odsprzedać ich polskiemu zamawiającemu – w tym nie wykazano, że nie można nabyć urządzeń w ramach tzw. pasywnego kanału sprzedaży, zaś ilość podmiotów współpracujących z Regula Baltija Ltd. w Łotwie, zgodnie z listą obrazującą stan obecny, jest znaczna. Dodatkowo przystępujący udowodnił, że takie produkty są dostępne i sprzedawane na rynku poprzez przedstawienie ofert ze stron internetowych i zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa oferty handlowej. Ponadto Izba zauważa, że nie ma spójności pomiędzy przyczyną odstąpienia od umowy podaną przez zamawiającego (opóźnienie), a naliczoną karą umowną (przyczyny leżące po stronie wykonawcy), która jest kwestionowana przez przystępującego.

Zgromadzony materiał dowodowy jest zdecydowanie niewystarczający do wykazania, że brak dostarczenia urządzeń podręcznych i czytników dokumentów w ramach umowy

z dnia 28 września 2020 r. nr 290/2020/WSC był spowodowany przyczynami leżącymi po stronie przystępującego. Odwołujący nie udowodnił podnoszonego rażącego niedbalstwa. Postawienie zamawiającemu skutecznego zarzutu zaniechania nie może opierać się wyłącznie na przekazaniu własnej oceny sytuacji dokonanej przez odwołującego. W sprawie wykazano dowodami z dokumentów, że istnieje spór oraz na czym on polega, a także jakie są stanowiska poszczególnych jego uczestników. Udowodniono powstanie sporu i jego podstaw faktycznych, natomiast zebrany materiał procesowy nie pozwala na jednoznaczne ustalenie faktów, które mogłyby stanowić postawę do ustalenia zawinienia przystępującego w zakresie okoliczności, że wcześniejsza umowa dla zamawiającego nie została doprowadzona w całości do realizacji. Skoro zatem postępowanie dowodowe nie daje podstaw do jednoznacznego przyjęcia zaistnienia przesłanki niewykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co jest niezbędne do jego wykluczenia na kanwie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji eliminacji przystępującego z postępowania, a w konsekwencji właściwie nie skorzystano z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p.

Izba podzieliła także trafne stanowisko zamawiającego, że w rozpoznawanym sporze *a priori* nie mogło dojść do naruszenia art. 287 ust. 3 pkt 1 p.z.p., który nie ma zastosowania w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie jest prowadzone na podstawie art. 275 ust. 1 p.z.p., w trybie podstawowym bez możliwości prowadzenia negocjacji, więc zarzut ten jest chybiony.

Skład orzekający włączył w poczet materiału dowodowego zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa wraz ze zdjęciem aktu oskarżenia, jednak dowody te okazały się nieprzydatne dla ustalenia jakichkolwiek okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Natomiast przedłożone dokumenty z przetargu składane przez strony w postępowaniu odwoławczym już się *ex lege* w aktach postępowania znajdowały (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 poz. 2453), podobnie część dokumentacji z wcześniejszego sporu, w tym znacząca większość dotyczyła faktów bezspornych, tylko inaczej ocenianych przez strony. Poza spektrum rozstrzygnięcia była złożona przez odwołującego umowa z Lubelskim Zarządem Obsługi Przejść Granicznych i odstąpienie od tej umowy, nie dotyczą one bowiem zarzutów zawartych w rozpoznawanym środku zaskarżenia.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. – zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Przewodniczący:

.....