

Sygn. akt VI Ca 904/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 marca 2020 roku

Sąd Okręgowy w Zielonej Górze VI Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie następującym:

Przewodniczący: Sędzia SO Jolanta Kurzawińska-Pasek (spr.)

Sędziowie: Sędzia SO Monika Zych-Anastasow, Sędzia SO Sławomir Kaczanowski

Protokolant: st.sekr.sąd. Izabela Cal

po rozpoznaniu w dniu 12 marca 2020 roku w Zielonej Górze

na rozprawie

sprawy (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

z udziałem zamawiającego Gmina N. - Miasto

na skutek **skargi (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.**

od wyroku **Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 28 czerwca 2019r. wydanego w sprawie KIO 1130/19**

1. **oddala skargę;**

2. **zasądza od skarżącego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. na rzecz zamawiającego Gminy N. - Miasto kwotę 5.400 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej.**

Sędzia SO M. Z.-A. Sędzia SO J. K.-P. Sędzia SO S. K.

Sygn. akt VI Ca 904/19

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 28 czerwca 2019r. (sygn. akt KIO 1130/19) Krajowa Izba Odwoławcza – po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2019r. odwołania wniesionego przez wykonawcę (...) Sp. z o.o. w S. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę N. – Miasto – oddaliła to odwołanie.

Na powyższy wyrok z dnia 28 czerwca 2019r. skargę wniósł zamawiający – (...) Sp. z o.o. w S..

Zaskarżonemu wyrokowi skarżący zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania, t.j. art.196 ust.4 ustawy Pzp, polegające na umieszczeniu w sentencji i w uzasadnieniu sprzecznych względem siebie stanowisk I. co do oddalenia odwołania i uwzględnienia w uzasadnieniu zarzutów podniesionych przez Skarżącą w odwołaniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej;

II. naruszenie przepisów postępowania, t.j. art.190 ust.7 ustawy Pzp, polegające na dokonaniu oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego w sposób dowolny, a nie swobodny i uznaniu przez Izbę, że dla oceny wykazania przez Skarżącą spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Izba nie jest obowiązana do zbadania

dowodów przedłożonych przez Skarżącą w toku postępowania o udzielenie zamówienia (t.j. wraz z ofertą oraz w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnień), gdy tymczasem pominięcie przez Izbę całości dowodów uniemożliwiło Izbie powzięcie informacji, że Skarżącą w tych okolicznościach sprawy należycie wykazała spełnienie spornego warunku doświadczenia, co w konsekwencji doprowadziło do braku rozpoznania sprawy co do istoty;

III. naruszenie przepisów postępowania t.j. art.191 ust.1 ustawy Pzp oraz § 20 ust.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, polegające na zamknięciu rozprawy bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, w zakresie dowodów zgłoszonych na rozprawie i uznaniu, że Izba uprawniona jest do ograniczania prawa głosu Skarżącej oraz do odmowy protokolowania jej wypowiedzi z uwagi na rzekomą nieistotną wartość dla rozstrzygnięcia sporu, gdy tymczasem strony powinny mieć możliwość swobodnej wypowiedzi, zaś protokół postępowania powinien wiernie odzwierciedlać przebieg postępowania odwoławczego, zaś Izba dopiero przy wydawaniu orzeczenia może decydować, które z podnoszonych argumentów i dowodów były nieistotne dla rozstrzygnięcia sporu;

IV. naruszenie prawa materialnego, t.j. art.7 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust.4 rozporządzenia Ministra (...) z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: „Rozporządzenie w sprawie dokumentów”), i w zw. z art.6 kc, poprzez ich błędną wykładnię i nieuwzględnienie specyficznej sytuacji w jakiej znalazł się wykonawca, t.j. poprzez uznanie, że „uzasadnionymi przyczynami o obiektywnym charakterze”, które wymuszają na Skarżącej przedstawienie innych dowodów niż referencja na wykazanie należytej realizacji dostaw, usług i robót budowlanych, nie może być spór toczący się w sądzie powszechnym między stronami, a także zgoda Zamawiającego na powołanie – w trybie zabezpieczenia dowodu – biegłego sądowego z zakresu elektroenergetyki i informatyki, gdy tymczasem okoliczność ta była bezsporna, dodatkowo udowodniona, co uzasadnia skorzystanie przez Skarżącą z tego sposobu dowodzenia należytej realizacji (t.j. poprzez złożenie oświadczenia o należyтым wykonaniu zamówienia);

V. naruszenie prawa materialnego, t.j. art.192 ust.2 Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że naruszenie przez Zamawiającego art.24 ust.5 pkt 2 i 4 Pzp nie miało wpływu ani nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, podczas, gdy powyższe naruszenie miało a z pewnością mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż inna podstawa wykluczenia Skarżącej (art.24 ust.1 pkt 12 Pzp) też była i jest bezzasadna – w rezultacie Skarżąca nie podlegała wykluczeniu z postępowania ani na podstawie art.24 ust.1 pkt 12 Pzp, ani na podstawie art.24 ust.5 pkt 2 i 4 Pzp;

VI. naruszenie prawa materialnego, t.j. art.91 ust.1 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i uznanie za prawidłowe niedokonanie wyboru oferty Skarżącej, pomimo, że ocena ofert została dokonana w sposób niezgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ;

Wskazując na powyższe zarzuty, na podstawie art.198f ust.2 i 3 Pzp, z uwagi na fakt, że do dnia złożenia skargi umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia nie została zawarta, wnosi o uwzględnienie skargi w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez:

1. zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2019r., sygn. akt KIO 1130/19, poprzez uwzględnienie odwołania wniesionego przez Skarżącą w całości oraz poprzez obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w szczególności poprzez zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Skarżącej kwoty 11.100 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych) stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
2. ewentualnie, t.j. w przypadku zawarcia przez Zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego, wnosi o zmianę zaskarżonego wyroku i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp, na podstawie art.192 ust.3 pkt 3 w zw. z art.198f ust.2 Pzp;

3. zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącej kosztów postępowania wywołanego wniesieniem skargi wraz z kosztami zastępstwa procesowego Skarżącej według norm przepisanych.

Nadto wnosi o przeprowadzenie dowodu z akt Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w treści skargi, w tym przeprowadzenie dowodu z dokumentu:

- Oświadczenie Ż. O. z dnia 01 lipca 2019r.;
- Oświadczenie r.pr. D. Z. z dnia 11 lipca 2019r.;
- Wniosek Skarżącej do Zamawiającego o wydanie referencji dotyczących spornego zamówienia;
- Odpowiedź Zamawiającego z dnia 17 lipca 2019r.;

na okoliczność nieprawidłowości w prowadzonym postępowaniu odwoławczym, uniemożliwiania swobodnej wypowiedzi, pomijania istotnych kwestii podnoszonych na rozprawie.

Ponadto w związku z brzmieniem art.381 kpc w zw. z art.198a ust.2 ustawy Pzp, Skarżąca podnosi, że potrzeba powołania w/w dowodów powstała dopiero po zakończeniu postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, gdyż Izba z sobie znanych powodów uznała, że warunkiem złożenia innych niż referencje dowodów na potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług i robót budowlanych jest wcześniejsze wystąpienie do Zamawiającego o referencje. Po wydaniu przedmiotowego wyroku Skarżąca wystąpiła do Zamawiającego o referencje i otrzymała odpowiedź w momencie wnoszenia skargi, czyli 17 lipca 2019r., gdzie Zamawiający oczywiście odmówił wydania poświadczenia należytego wykonania referencyjnego zadania.

Niezależnie od powyższego Skarżąca podnosi, że potrzeba powołania przedmiotowych dowodów powstała dopiero na obecnym etapie sprawy, w związku z oczywistą nieprawidłowością orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą. Skarżąca nadto wskazuje, że przeprowadzenie przez sąd przedmiotowych dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu niniejszej sprawy, bowiem są to dowody z dokumentów, dla których przeprowadzenia nie będzie wymagane odroczenie rozprawy apelacyjnej poza termin wyznaczony przez sąd na rozpoznanie skargi.

Zamawiający – Gmina N. – Miasto w odpowiedzi na skargę wniósł o:

- oddalenie skargi w całości;
- oddalenie wniosków dowodowych;
- zasądzenie od skarżącego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W piśmie procesowym z dnia 05 marca 2020r. oraz na rozprawie apelacyjnej w dniu 12 marca 2020r. – skarżący zmodyfikował żądanie zawarte w skardze od wyroku – z uwagi na fakt zawarcia już przez Zamawiającego umowy będącej przedmiotem kwestionowanego przetargu – poprzez zmianę zaskarżonego wyroku i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp, na podstawie art.192 ust.3 pkt 3 w zw. z art.198f ust.2 Pzp.

Zamawiający – na rozprawie apelacyjnej w dniu 12 marca 2020r. wniósł o oddalenie skargi – podtrzymując wcześniej wyrażone stanowisko zawarte w odpowiedzi na skargę.

Po rozpoznaniu skargi Sąd Okręgowy zważył,

co następuje:

Skarga od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wniesiona przez skarżącego (...) sp. z o. o nie jest zasadna. Jako taka podlegała oddaleniu.

Jako, że wniesiony środek zaskarżenia nie zarzucał nieważności postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, ani nie stwierdzono tego uchybienia z urzędu, toteż dalsza kognicja Sądu Okręgowego jako Sądu II instancji ograniczona została zatem do zakresu zaskarżenia oraz trafności lub jej braku zarzutów skargi.

Zarzuty apelacyjne w ocenie Sądu Odwoławczego są nietrafne i jako takie nie mogły rzutować na wydane w sprawie rozstrzygnięcie.

Zgodnie z art. 382 k.p.c. Sąd Odwoławczy orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji i w postępowaniu apelacyjnym. Jednakże zgodnie z treścią art. 381 k.p.c. odnoszącego się do prekluzji dowodowej, Sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później.

Do skargi załączono wniosek Skarżącej do Zamawiającego o wydanie referencji dotyczących spornego zamówienia i wystosowaną przez Zamawiającego odpowiedź z dnia 17 lipca 2019 r. Te dowody są w ocenie Sądu Odwoławczego ewidentnie spóźnione. Skarżący jako podmiot profesjonalny mógł bowiem złożyć do Zamawiającego wniosek w wydanie referencji zdecydowanie wcześniej – na etapie procedowania w sprawie przez Krajową Izbę Odwoławczą. Tego jednak nie uczynił.

Natomiast dowody z oświadczeń pełnomocników skarżącego Ż. O. (z dnia 1 lipca 2019 r.) i radcy prawnej D. Z. (z dnia 11 lipca 2019 r.) odnoszącego się przede wszystkim do zrecenzowania przebiegu posiedzenia i rozprawy odwoławczej przed Izbą w dniu 28 czerwca 2019 r. choć nie są dowodami spóźnionymi, to jednakże nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. W oświadczeniach tych zarzuca się nieprawidłowe odwzorowanie w protokole przebiegu posiedzenia i rozprawy przed Izbą. Zdaniem Sądu Okręgowego, jeżeli takowa sytuacja, a przede wszystkim nieprotokołowanie wypowiedzi pełnomocników ze strony Skarżącej, miała miejsce – to należało w pierwszej kolejności wnieść stosowne zastrzeżenia do protokołu, a tego Odwołujący się przed Izbą nie zrobił.

W ocenie Sądu Odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego dokonała prawidłowych ustaleń faktycznych. Z kolei wnioski prawne jakie wywiodła Izba z czynionych ustaleń faktycznych a przedstawione w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku – jako właściwe. Sąd Odwoławczy przejmuje jako własne, zarówno poczynione ustalenia jak i ocenę dokonaną na podstawie tych ustaleń przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W pierwszym rzędzie wskazać należy, że Skarżąca spółka bezpodstawnie zarzuca naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 196 ust 4 ustawy Pzp polegające na umieszczeniu w sentencji i w uzasadnieniu sprzecznych względem siebie stanowisk I. co do oddalenia odwołania i zarazem uwzględnienia w uzasadnieniu części zarzutów podniesionych przez Skarżącą w odwołaniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Art. 196 ust 4 ustawy Pzp odnoszący się do uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej stanowi, iż uzasadnienie wyroku zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Sąd Odwoławczy nie dopatrył się żadnych rozbieżności pomiędzy sentencją skarżonego orzeczenia a jego uzasadnieniem. Okoliczność, że Krajowa Izba Odwoławcza uznała część zarzutów Odwołującego za zasadne nie zmienia tego stanu rzeczy, że w sprawie wydano prawidłowe rozstrzygnięcie – powołując się na obligatoryjną przesłankę wykluczenia Odwołującego z zamówienia publicznego na dostawę systemu biletu do pobierania opłat za przejazdy komunikacją miejską na potrzeby projektu p.n. Przyjazna Komunikacja Publiczna – Centra (...). Izba rozpoznała bowiem kluczowe zarzuty Odwołania i prawidłowo wskazała, że nawet w zakresie trafnie podniesionych przez Odwołującego zarzutów, dotyczących braku podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie przyczyn fakultatywnych – to te nie mogły jednakże rzutować na treść wydanego rozstrzygnięcia co do meritum.

Zaznaczyć należy, że fakultatywne podstawy wykluczenia nie miały wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 192 ust 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzieleniu zamówienia. Stan rzeczy o jakim mowa tym przepisie – nie zaistniał.

Sąd Okręgowy zwraca przy tym uwagę, że w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15 wyrażono podzielane zasadniczo w piśmiennictwie zapatrywanie, że dopuszczalna jest skarga do Sądu od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dotycząca zarzutów oddalonych w uzasadnieniu tego orzeczenia, a nierozstrzygniętych w sentencji. W uchwale tej Sąd Najwyższy jednoznacznie potwierdził prawo do wnoszenia skarg na wyrok (...) dotyczący zarzutów oddalonych w uzasadnieniu wyroku, a nie jego sentencji.

Podniesiony zarzut naruszenia art. 196 ust 4 ustawy Pzp nie znajduje zatem uzasadnienia.

Nie doszło w sprawie do naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 190 ust 7 ustawy Pzp. Z treści tego przepisu, który stanowi, że „Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału” i okoliczności w jakich doszło do wydania merytorycznego orzeczenia, skarżący wywodzi, że miało miejsce dokonanie oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego w sposób dowolny a nie swobodny. Błędne zdaniem strony Skarżącej było uznanie przez Izbę, że dla oceny wykazania przez Skarżącą spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Izba nie jest obowiązana do zbadania dowodów przedłożonych przez Skarżącą w toku postępowania o udzielenie zamówienia (tj. wraz z ofertą oraz w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnień), gdy tymczasem zdaniem Skarżącej pominięcie przez Izbę całości dowodów uniemożliwiło Izbie powzięcie informacji, że Skarżąca w tych okolicznościach sprawy należycie wykazała spełnienie spornego warunku doświadczenia, co w konsekwencji doprowadziło do braku rozpoznania istoty sprawy.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu wskazać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu skarżonego wyroku zajęła trafne stanowisko, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku rozdziału 7.1.3 SIWZ, gdyż nie udowodnił wykonania zadeklarowanej dostawy. Zgodnie z zapisem tym zapisem SIWZ o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunki udziału dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej; Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaze, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał jedno zamówienie polegające na wykonaniu systemu biletu elektronicznego.

Dalej Izba zasadnie przytoczyła postanowienie umowne zawarte w rozdziale 9.3.5 SIWZ, gdzie wskazano na dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego.

Jedyny wykonany przedmiot zamówienia wskazany przez Skarżącego obejmował dostawę polegającą na zainstalowaniu i wdrożeniu systemu biletu elektronicznego do pobierania opłat za przejazdy komunikacją w (...) subObszarze Funkcjonalnym na rzecz Zamawiającego.

Zdaniem Sądu trafnie Izba wskazała, że postanowienie rozdziału 9.3.5 SIWZ nakładało na wykonawców obowiązek załączenia dowodów określających czy dostawy te zostały wykonane należycie. Sąd podziela zapatrywanie I., że samo oświadczenie Odwołującego (a skarżącego w postępowaniu apelacyjnym) zawarte w złożonym przez niego wykazie a odnoszące się do prawidłowości w wykonaniu wskazanej dostawy – nie potwierdzało należytego wykonania tej umowy.

Sąd Okręgowy zauważa, że konieczność uzyskania referencji wynikała z rozdziału 9.3.5 SIWZ, gdzie wskazano na konieczność załączenia dowodów określających czy dostawy zostały wykonane należycie. Zaznaczono przy tym, że dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a dopiero jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy – wzór wykazu stanowi załącznik nr 5 do SIWZ.

Również w przytoczonym przez Izbę zapisie obowiązującego rozporządzeniu Ministra (...) w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzieleniu zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. mowa jest o referencjach bądź innych dokumentach wystawionych przez podmiot, na rzecz którego

roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty (§ 2 ust 4 pkt 1 i 2 Rozporządzenia).

Izba trafnie wskazała, że Odwołujący nie udowodnił, że nie był w stanie uzyskać dokumentów o których mowa w SIWZ i Rozporządzeniu, skoro w ogóle nie ubiegał się o uzyskanie stosowanych referencji. Izba zasadnie przyjęła, że możliwość posłużenia się jednostronnym oświadczeniem o należyтым wykonaniu zamówienia może być uznane za prawnie dopuszczalne jedynie w warunkach odmowy wydania przez Zamawiającego stosownej referencji.

Jak wynika z art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W doktrynie wyrażono przekonywujący pogląd, że konstrukcja powyższego przepisu wskazuje, że to na wykonawców nałożony został ciężar udowodnienia istnienia omawianych okoliczności tj. wykonawca musi wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że nie podlega wykluczeniu (por. Komentarz aktualizowany do art. 24 ustawy – Prawo zamówień publicznych – Skubiszak – Kalinowska Irena).

W orzecznictwie I. wskazywano w kontekście dokumentów (oświadczeń) potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy, że do przyczyn obiektywnych niemożności wystawienia poświadczenia należytego wykonania nie należy sytuacja, gdy zamawiający nie chce wydać takiego poświadczenia, gdyż ma to charakter subiektywny (wyr. (...) z dnia 3 września 2014 r. sygn. KIO 1713/14).

W przedmiotowej sprawie z uwagi na to, że skarżący do czasu rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą w ogóle nie zabiegał o stosowane referencje związane z wykonaniem poprzedniej umowy z Zamawiającym - gdzie przedmiotem umowy była dostawa polegająca na zainstalowaniu i wdrożeniu systemu biletu elektronicznego do pobierania opłat za przejazdy komunikacją miejską w (...) subObszarze Funkcjonalnym na rzecz Zamawiającego, od tej umowy na którą powołuje się skarżący Zamawiający z wielu powodów odstąpił odmówiwszy zapłaty wynagrodzenia w związku z czym toczą się aktualnie postępowania sądowe – w tym postępowanie o zapłatę wynagrodzenia, nie sposób uznać, że skarżący w sposób nie budzący żadnych wątpliwości spełnił warunki udziału w postępowaniu.

W tym miejscu wskazać trzeba, że Izba w zaskarżonym wyroku trafnie odniosła się do kwestii braku współdziałania skarżącej spółki (...) ze spółką (...) w realizacji wykonania przedmiotu zamówienia umowy z dnia 8 czerwca 2018 r. nr ZP.272.13.2018 w części usługowej dotyczącej integracji z oprogramowaniem Odwołującego.

Zaznaczyć także należy, że w niniejszej sprawie na etapie postępowania apelacyjnego nie składano chociażby wniosku o zawieszenie postępowania. Nie składano również wniosku o powołania biegłego sądowego z zakresu elektroenergetyki i informatyki na okoliczności takie jak wskazane w odwołaniu. A Izba wniosek o powołanie biegłego oddaliła.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 191 ust 1 ustawy Pzp oraz § 20 ust 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przez rozpoznaniu odwołań.

Zgodnie z art. 191 ust 1 ustawy Pzp „Przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom, a także jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona”. W niniejszej sprawie po przeprowadzeniu rozprawy Przewodniczący składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że dotychczas zebrany w sprawie materiał dowodowy jest wystarczający dla rozstrzygnięcia sprawy. Sąd Okręgowy to stanowisko podziela. Twierdzenia skarżącego, że w sprawie nie przeprowadzono w ogóle postępowania dowodowego pozostają w świetle treści uzasadnienia skarżonego wyroku - bez pokrycia.

§ 20 ust 1 wskazanego w zarzucie Rozporządzenia stanowi, że rozprawę prowadzi przewodniczący składu orzekającego, w szczególności otwiera rozprawę, zarządza przerwy w rozprawie, udziela głosu stronom oraz uczestnikom

postępowania odwoławczego, zadaje pytania, umożliwia zadawanie pytań członkom składu orzekającego, podaje brzmienie zapisów do protokołu oraz zamyka rozprawę i ogłasza orzeczenie.

Sąd Odwoławczy po analizie protokołu rozprawy nie widzi podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu cytowanego Rozporządzenia.

W ocenie Sądu Odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza miała na uwadze specyficzną sytuację w jakiej znalazł się Wykonawca. Nie miało miejsce naruszenia art. 7 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 4 rozporządzenia Ministra (...) z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w związku z art. 6 k.c. poprzez ich nieuwzględnienie.

Jak już wcześniej wzmiankowano spór między stronami zawisły w Sądzie Gospodarczym nie przemawia za tym, że strona skarżąca w niniejszej sprawie wykonała prawidłowo umowę, co do której złożyła oświadczenie o należyтым wykonaniu zamówienia ani, że takie oświadczenie polega na prawdzie. Nie przemawia za tym też wskazana w skardze okoliczność, że Zamawiający wyraził w tamtej sprawie zgodę, w trybie zabezpieczenia dowodu, na powołanie biegłego sądowego z zakresu elektroenergetyki i informatyki.

Z oświadczeń pełnomocników stron na rozprawie apelacyjnej wynika, że postępowanie w sprawie jest na etapie wstępnym.

Sąd Odwoławczy nie stwierdza zatem naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości o jakich mowa w art. 7 ust 1 ustawy Pzp a przesłanka obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp – wystąpiła.

Co do wskazanego w zarzucie przepisu - § 2 ust. 4 rozporządzenia Ministra (...) z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia wskazać należy, że jego treść to Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podjąć starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było realizowane. Dopiero w sytuacji gdy dokumentu takiego nie będzie w stanie pozyskać, uprawniony jest do złożenia w tym przedmiocie oświadczenia, przy czym brak możliwości pozyskania ww. dokumentu musi wynikać z przyczyny o obiektywnym charakterze.

Skarżący jako profesjonalista ubiegający się o zamówienie publiczne, zobowiązany był zwrócić się do strony przeciwnej o wydanie dokumentu czy też referencji o jakich mowa w SIWZ, a następnie wykazać Zamawiającemu, że starania takie podjęła – skoro Rozporządzenie mówi o niemożności uzyskania dokumentów z uzasadnionej przyczyny.

Złożenie zamiast referencji oświadczenia własnego wymaga wykazania, że wystąpiły okoliczności od Wykonawcy niezależne, uzasadniające brak możliwości uzyskania referencji lub dokumenty potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający natomiast otrzymując takie oświadczenie zobowiązany jest ocenić, czy na pewno wystąpiły okoliczności uprawniające do odstąpienia od wymogu złożenia referencji. Jako przykład takich okoliczności w orzecznictwie wskazuje się przede wszystkim likwidację podmiotu, na rzecz którego był świadczone usługi/dostawy i jego wykreślenie z rejestru handlowego, fakt że dany podmiot nie jest przedsiębiorcą czynnym w swojej siedzibie i nie odbiera korespondencji w jakiegokolwiek formie. Nie można bowiem wymagać od Wykonawcy, że uzyska referencje od podmiotu, który w świetle prawa już nie funkcjonuje. Jak już wcześniej wskazano, do przyczyn takich nie należy jednak sytuacja, gdy zamawiający nie chce wydać referencji, gdyż to ma charakter subiektywny.

Zdaniem Sądu nie doszło również do naruszenia przepisu prawa materialnego art. 192 ust. 2 Pzp jak i art.192 ust.3 pkt 3 cyt. ustawy przez błędne zdaniem strony skarżącej przyjęcie, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp nie miało wpływu ani nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro jak już wyżej wyjaśniono obligatoryjna podstawa wyłączenia Wykonawcy z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wystąpiła,

to nawet przy przyjęciu korzystnego dla skarżącej a stwierdzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą odniesienia do braku podstaw do stwierdzenia fakultatywnego wyłączenia Wykonawcy z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp, taki stan rzeczy nie może wpłynąć na wynik sprawy.

Odnosząc się do ostatniego z zarzutów apelacji – naruszenia prawa materialnego tj. art. 91 ust 1 ustawy Pzp wyjaśnić należy, że nie doszło do naruszenia tego przepisu, który stanowi, że „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia” już z uwagi na to, że nie wybranie oferty skarżącej spółki nastąpiło po ocenie, że ta oferta nie spełnia wymogów określonych kryteriami oceny oferty.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności na podstawie art. 198f ust. 2 zd 1 Pzp w zw. z art.385 kpc - skargę oddalono (pkt 1 wyroku).

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono mając na uwadze wynik sprawy, na podstawie art. 198f ust. 5, art. 198a ust 2 ustawy Pzp w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c, 108 § 1 zd. 1 k.p.c oraz § 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, zasadzając je w podstawowej stawce urzędowej (pkt 2 wyroku).

/Sędzia SO/S. K. /Sędzia SO/J. K. – P. /Sędzia SO/M. Z.-A.

ic