

Sygn. akt XXIII Zs 123/22

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 lutego 2023 r.

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

Przewodniczący: sędzia Arkadiusz Kucharski

Protokolant: sekr. sądowy Dariusz Książyk

po rozpoznaniu w dniu 23 stycznia 2023 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem

zamawiającego : Instytut (...) w S.

odwołującego : (...) sp. z o.o. w W.

przystępującego po stronie zamawiającego : Grupa (...) sp. z o.o. w S.

na skutek skargi odwołującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 19 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1654/22

1. oddala skargę,
2. zasądza od (...) sp. z o.o. w W. na rzecz Instytut (...) w S. 12 517 zł (dwanaście tysięcy pięćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

sędzia Arkadiusz Kucharski

Sygn. akt Zs 123/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Instytut (...) z siedzibą w S. - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”, albo „pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego mającego za przedmiot Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla inwestycji pn.: Centrum innowacyjnych i zrównoważonych technologii ogrodniczych (cizto).

W dniu 20 czerwca 2022 r. Wykonawca (...) Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. uznaniu, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie prezentacji doświadczenia jednej z osób skierowanych do realizacji zadania, tj. projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, podczas gdy B. J. spełnia warunki postawione w SWZ przez Zamawiającego, tj. posiada doświadczenie uprawniające Odwołującego do uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w SWZ, co w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

2. w konsekwencji odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego w wyniku uznania Odwołującego za wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, podczas gdy w ocenie Odwołującego prawidłowa ocena oferty złożonej przez Odwołującego (Wykazu osób) winna prowadzić do konkluzji, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, co w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp,

3. zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty (Wykazu Osób) w zakresie prezentowanego doświadczenia projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, o ile zaprezentowane doświadczenie wzbudziło wątpliwości Zamawiającego, co w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. zw. z art 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp,

4. unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, podczas gdy do-konanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób prawidłowy powinno prowadzić do przekonania, że w stosunku do Odwołującego nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania, oferta złożona przez Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, jest ofertą najkorzystniejszą w zakresie ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert oraz jej cena nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie art. 255 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpiła Grupa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S..

Wyrokiem z dnia 19 lipca 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w ten sposób, że:

1. oddaliła odwołanie;
2. kosztami postępowania obciążyła Odwołującego - Wykonawcę (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego - Wykonawcę (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od Odwołującego - Wykonawcy (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz Zamawiającego - Instytutu (...) kwotę 3.600 zł.

W uzasadnieniu tego orzeczenia KIO wskazała co następuje :

W rozdziale IV SWZ Zamawiający wskazał, że wykluczy z udziału w postępowaniu Wykonawcę, wobec którego zachodzi, co najmniej jedna z przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z rozdziałem XII ust. 2 pkt 3 SWZ Zamawiający postanowił, że oferty będzie oceniał na podstawie m.in. kryterium o nazwie „doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” - kryterium o wadze 10%. W ramach ww. kryterium punktacji podlegało doświadczenie m.in. osoby pełniącej funkcję projektanta na następujących zasadach:

Nabył dodatkowe doświadczenie (ponad zakres minimalny określony w warunku udziału w postępowaniu) w pełnieniu funkcji jako Projektant do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w okresie ostatnich 5 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert w realizacji usług polegających na wykonaniu dokumentacji technicznej budowy lub przebudowy budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: pięć milionów 00/100) każdy z nich. Maksymalna liczba projektów (inwestycji) podlegająca punktacji: maksymalnie dwa projekty. Liczba punktów: maksymalnie 4,00 pkt za 2 dodatkowe projekty (po dwa punkty za każdy projekt). Zamawiający ustanowił następującą zasadę przyznawania punktów w ww.

kryterium punkty zostaną przyznane za doświadczenie uzyskane podczas należytej realizacji funkcji w odniesieniu do zrealizowanych (zakończonych) inwestycji (ust. 2 na stronie 34 SWZ).

Odwołujący w złożonym Wykazie osób w części uzupełnionej na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji w odniesieniu do doświadczenia projektanta - B. J. - wskazał dwie inwestycje, w tym:

1. INWESTYCJA 1:

1) Nazwa: Budowa hali widowiskowo-sportowej w M.

2) Podmiot (odbiorca), na rzecz którego inwestycja została wykonana: MOSiR M., ul. (...), (...)-(...) M.

Dane teleadresowe podmiotu: (...)

3) Pełnienie funkcji jako Projektanta : TAK

4) Rodzaj robót budowlanych: budowa

5) Wartość zamówienia: powyżej 5 mln zł brutto

6) Nazwa i adres podmiotu, we współpracy z którym lub na zlecenie którego osoba pełniła funkcję: (...) Sp. z o.o. Sp. k., ul. (...), (...)-(...) S.

Dane teleadresowe podmiotu: (...)

Zamawiający wystąpił do podmiotu, na rzecz którego zostało zrealizowane kwestionowane zadanie - Budowa hali widowiskowo-sportowej w M., podane w Wykazie osób: do MOSiR M., kierując pytania dotyczące podanej inwestycji.

Pismem z dnia 1 czerwca 2022 r. Dyrektor MOSiR M. udzielił m.in. następującej odpowiedzi: Ad 1: Inwestycja „Zaprojektowanie i budowa hali sportowej na terenie MOSiR przy ulicy (...) w M.” na dzień udzielenia przedmiotowej odpowiedzi nie została zakończona.

Następnie pismem z dnia 10 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Wykonawców, odrzuceniu ofert oraz o unieważnieniu postępowania wskazując m.in., co następuje.

W odniesieniu do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu z postępowania Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) Ustawy Pzp oraz o odrzuceniu oferty ww. Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że „(...) w toku badania i oceny ofert Zamawiający w ramach informacji publicznej wystąpił do MOSiR M., ul. (...), (...)-(...) M., podmiotu na rzecz, którego Wykonawca realizował inwestycję pn.: „Budowa hali widowiskowo-sportowej w M.” wskazaną w załączniku nr 6 do SWZ - „Wykaz Osób”, w celu potwierdzenia dodatkowego doświadczenia projektanta w branży konstrukcyjno - budowlanej.

Z odpowiedzi otrzymanej od MOSiR M., Zamawiający uzyskał informację, że wskazana inwestycja nie została zakończona. Wobec otrzymanej informacji, że jedna z inwestycji wskazanych w ramach kryterium oceny ofert dotycząca projektanta nie została zakończona Zamawiający stwierdził, że wykaz osób w zakresie tego kryterium został uzupełniony nieprawdziwymi informacjami w tym zakresie co najmniej w wyniku niedbalstwa i informacja ta mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ dotyczyła kryterium oceny ofert. Stanowi to przesłankę wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) Ustawy Pzp. (...) W świetle powyższego, Zamawiający wyklucza Wykonawcę (...) Sp. z o. o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) Ustawy Pzp, tj.: „Z postępowania wyklucza się wykonawcę który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd co mogło mieć istotny wpływ na decyzję podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.” (...).

Działając na podstawie art. 260 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r.t poz. 1129, z późn. zm., zwana dalej „Pzp”) Zamawiający zawiadamia o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla inwestycji pn.: Centrum (...) ((...))”. Podstawa prawna: art. 255 pkt 3 Pzp Zgodnie z art. 255 pkt 3 Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Uzasadnienie faktyczne: W przedmiotowym postępowaniu w wymaganym terminie, tj. do dnia 22 marca 2022 r. do godz. 11.00 złożono 3 oferty od:

- 1) Grupa (...) Sp. z o. o. , ul. (...) , (...)-(...) S., (cena oferty brutto 41.010.651,50)
- 2) (...) Sp. z o. o. ul. (...) (...)-(...) W., (cena oferty brutto 46.463.250,00)
- 3) (...) Sp. z o. o. ul. (...),(...)-(...) W., (cena oferty brutto 41.328.000,00).

Zamawiający udostępnił przed otwarciem ofert informację, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 41.820.000,00 zł. brutto. Stosownie do art. 255 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. (...) Zamawiający podejmując decyzję o braku możliwości zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty brał pod uwagę celowość i efektywność gospodarowania środkami publicznymi. (...).

Mając na uwadze powyższe ustalenia KIO stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przedstawiając swoje stanowisko prawne KIO wskazała :

Na wstępie KIO zaznaczyła, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Następnie KIO podkreśliła, że zgodnie z poglądem doktryny „(...) Lekkomyślność będzie polegać na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić. Regulacja nie przewiduje ograniczenia do rażącego niedbalstwa, zatem wystarczy zwykłe niedbalstwo. (...) przedstawione informacje muszą charakteryzować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Decyzjami podejmowanymi przez zamawiającego są - oprócz decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty - tylko te czynności zamawiającego, które mają charakter oświadczeń woli i jako takie bezpośrednio kształtują stosunek prawny łączący zamawiającego i wykonawców, czyli prowadzą do jego nawiązania, zmiany lub rozwiązania. (...) Nie ma zatem znaczenia, czy przedstawione informacje skutecznie wpłynęły na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Konieczne jest, aby przedstawione informacje mogły istotnie wpłynąć na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Wpływ jest istotny, jeżeli mógłby spowodować, że zostałaby wybrana inna oferta lub postępowanie zostałoby unieważnione. Wpływ ten nie musi nastąpić. Wystarczy możliwość wywarcia takiego wpływu.

Kolejno KIO wskazała, że działanie Odwołującego polegające na wskazaniu w Wykazie osób dodatkowego doświadczenia osoby pełniącej funkcję projektanta w postaci pełnienia funkcji projektanta w ramach inwestycji mającej za przedmiot Budowę hali widowiskowo-sportowej w M. stanowiło przedstawienie informacji wprowadzającej Zamawiającego w błąd co do tego, że wskazane doświadczenie w projektowaniu zostało uzyskane podczas realizacji

funkcji projektanta w odniesieniu do zrealizowanej (zakończonych) inwestycji. Tymczasem, jak wynika z ustaleń dokonanych przez Zamawiającego w oparciu o informacje uzyskane od podmiotu, na rzecz którego kwestionowana inwestycja jest realizowana - MOSiR w M. - inwestycja mająca za przedmiot „Zaprojektowanie i budowę hali sportowej na terenie MOSiR w M.” nie została zakończona na dzień udzielenia odpowiedzi - 1 czerwca 2022 r.

KIO oceniła, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający słusznie uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na podanie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, zawartych w Wykazie osób w odniesieniu do doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, tzn. osoby pełniące funkcje projektanta. W ocenie KIO Zamawiający w sposób jasny i jednoznaczny określił, że punkty zostaną przyznane za doświadczenie w zakresie doświadczenia uzyskanego podczas należytej realizacji funkcji w odniesieniu do zrealizowanych (zakończonych) inwestycji. Inwestycja mająca za przedmiot Budowę hali widowiskowo-sportowej w M., wskazana przez Odwołującego jako jedna z dwóch inwestycji w złożonym Wykazie osób w celu wykazania doświadczenia osoby pełniące funkcję projektanta, na dzień składania ofert nie została zakończona.

Jednocześnie KIO podkreśliła, iż treść złożonego przez Odwołującego Wykazu osób - załącznika nr 6 do SWZ - wskazuje jako „inwestycje” budowę hali widowiskowo-sportowej w M., nie ogranicza się wyłącznie do sporządzenia dokumentacji projektowej, tj. projektu budowlanego obejmującego budowę ww. obiektu. Tym samym KIO za niezasadny uznała argument Odwołującego sprowadzający się do twierdzenia, że wobec niejednoznaczności i braku definicji pojęcia „inwestycja”, Odwołujący odniósł je do wykonanych i zakończonych prac projektowych. W ocenie KIO ograniczenie pojęcia „inwestycja” na gruncie okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy wyłącznie do sporządzenia dokumentacji projektowej jest działaniem nieuprawnionym. Po pierwsze sprzeciwia się temu utrwalone znaczenie słowa „inwestycja”, które zwłaszcza w odniesieniu do zamówienia mającego za przedmiot wykonanie inwestycji polegającej na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych (...), oznacza nie tylko wykonanie prac projektowych, ale także wykonanie robót budowlanych. Po drugie, postulowanemu przez Odwołującego znaczeniu pojęcia „inwestycja” przeczy treść złożonego przez Odwołującego Wykazu osób - załącznika nr 6 do SW7, w którym sam Odwołujący słowem „inwestycja” określa Budowę hali widowiskowo-sportowej w M., nie zaś dotyczące jej prace projektowe.

Wobec jednoznacznych zasad przyznawania punktów w kryterium o nazwie Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia, a także jednoznacznej treści złożonego przez Odwołującego Wykazu osób - załącznika nr 6 do SWZ – KIO uznała, że działanie Odwołującego polegające na wskazaniu w złożonym Wykazie osób inwestycji, która nie została zakończona - Budowy hali widowiskowo-sportowej w M. - w celu uzyskania punktów w ramach kryterium o nazwie Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia, wynika z lekkomyślności lub niedbalstwa. Działanie to bez wątpienia mogło wprowadzać w błąd Zamawiającego, powodując u niego mylne przekonanie co do zasadności przyznania Odwołującemu punktów w ramach kryterium o nazwie Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia za doświadczenie uzyskane w odniesieniu do inwestycji mającej za przedmiot Budowę hali widowiskowo-sportowej w M.. Tymczasem zgodnie z ustaleniami Zamawiającego punkty mogły być przyznane wyłącznie w odniesieniu do zrealizowanych (zakończonych) inwestycji, co nie miało miejsca w odniesieniu do inwestycji mającej za przedmiot Budowę hali widowiskowo-sportowej w M..

Tym samym, wobec ziszczenia się przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu wskazanych w art. 109 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp w odniesieniu do Odwołującego, KIO uznała, że podlega on wykluczeniu z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Na skutek nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz wobec braku odrębności zarzutu naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, KIO uznała, że podlega on oddaleniu jako zarzut o charakterze wynikowym.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 128 ust 4 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie prezentowanego doświadczenia projektanta, KIO uznała, że ww. zarzut jest niezasadny i podlega oddaleniu.

W okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Zamawiający, kierując wezwaniem bezpośrednio do podmiotu, na rzecz którego kwestionowana inwestycja była realizowana, uzyskał informację, że inwestycja ta nie została zakończona. Kwestia ta nie była sporna pomiędzy stronami. Jednocześnie KIO uznała, że wobec jednoznaczności zasad przyznawania punktów w ramach kryterium o nazwie Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz wobec jednoznaczności treści Wykazu osób złożonego przez Odwołującego, w którym Odwołujący powołał się na inwestycję mającą za przedmiot Budowę hali widowiskowo-sportowej w M., brak było podstaw do dodatkowego kierowania do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie prezentowanego doświadczenia w odniesieniu do projektanta uzyskanego w zakresie inwestycji o nazwie Budowa hali widowiskowo-sportowej w M.. KIO wskazała również, iż podzieliła pogląd Zamawiającego, zgodnie z którym bez znaczenia dla oceny ziszczenia przesłanki wykluczenia uregulowanej w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w stosunku do Odwołującego pozostawałby fakt, na który powołuje się Odwołujący: „Odwołujący nie stwierdziłby, że sam budynek hali został zrealizowany (zakończony)”.

Zrelacjonowany wyżej wyrok KIO zaskarżył w całości odwołujący, podnosząc zarzuty naruszenia:

1) przepisów postępowania - tj. art. 542 ust. 1 w zw. z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i dokonanie wadliwej oceny stanu faktycznego, polegające na dowolnym przyjęciu, że:

a) sformułowana przez Zamawiającego treść kryterium oceny ofert w ramach kryterium „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” w zakresie doświadczenia projektanta oraz sposób oceny określony w SWZ jest jednoznaczny i prowadzi do wniosku, że dodatkowe doświadczenie może dotyczyć tylko zakończonych inwestycji,

b) słowo „inwestycje” użyte w treści SWZ jest jednoznaczne nie wyjaśniając przy tym co należy rozumieć przez owe inwestycje na gruncie postanowień SWZ w odniesieniu do kryterium oceny ofert w ramach doświadczenia projektanta,

c) przedstawione przez (...) dodatkowe doświadczenie projektanta dotyczące budowy hali widowiskowo-sportowej w M. nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w kryterium oceny ofert,

d) wobec Skarżącego ziszczyły się wszystkie przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, w szczególności Skarżący przedstawił wprowadzające Zamawiającego w błąd informacje dotyczące doświadczenia projektanta oraz że działanie Skarżącego musiało wynikać co najmniej z lekkomyślności lub niedbalstwa,

2) przepisów prawa materialnego :

a) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Zamawiający prawidłowo wykluczył Skarżącego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż Skarżący przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do dodatkowego doświadczenia projektanta a działanie Skarżącego musiało wynikać co najmniej z lekkomyślności lub niedbalstwa,

b) art. 226 ust. 1 pkt 1} lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Zamawiający wobec wykluczenia (...) prawidłowo odrzucił jego ofertę,

c) art. 65 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnej wykładni postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, w zakresie kryterium oceny ofert „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” w zakresie doświadczenia projektanta.

W oparciu o treść powyższych zarzutów skarżący wniosł o uwzględnienie skargi poprzez zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 1), 2) i 3)

odwołania a w konsekwencji unieważnienie czynności Zamawiającego w postaci wykluczenia (...) i odrzucenia jego oferty.

W trakcie postępowania skarżący zmodyfikował te wnioski, w szczególności (w związku z informacją o zawarciu umowy - protokół rozprawy z 23.01.2023 r) wniósł o stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp polegające na niezasadnym zastosowaniu w stanie faktycznym sprawy wobec (...) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp i wykluczeniu (...) oraz odrzuceniu jego oferty w postępowaniu. Ponadto skarżący wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania skargowego.

Przeciwnik skargi - zamawiający wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania skargowego.

Uczestnik postępowania, tj. przystępujący (Grupa (...)) wniósł o oddalenie skargi.

(protokół rozprawy z 23.01.2023 r.).

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie była zasadna.

Na wstępie Sąd Okręgowy w Warszawie (zwany dalej : SO) uzasadni decyzję w przedmiocie oddalenia wniosku pełnomocnika skarżącego o odroczenie rozprawy (protokół rozprawy z 23.01.2023 r.).

Przepisy pzp nie przewidują odrębnych regulacji w tym zakresie, dlatego zastosowanie ma norma ogólna z k.p.c. - tj. art. 214 par. 1 w zw. z art. 391 par 1 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 pzp.

W niniejszej sprawie nie zaistniała żadna z okoliczności faktycznych z art. 214 par. 1 k.p.c., dlatego nie było podstaw ku temu, ażeby rozprawę odraczać. W konsekwencji SO wniosek pełnomocnika skarżącego w tym zakresie oddalił (protokół rozprawy z 23.01.2023 r.).

Dodać należy, iż okoliczności jakie pełnomocnika skarżącego podawał na uzasadnienie przedmiotowego wniosku w ogóle nie mieszczą się w katalogu z art. 214 par. 1 k.p.c.

Wskazywał on na to, że : informację o sprawie otrzymał od mocodawcy w piątek po południu, że wcześniej sąd nie zawiadamiał go o tej sprawie i że jego mocodawca dotychczas nie odebrał odpowiedzi na skargę.

To : czy i kiedy strona ustanawia pełnomocnika w sprawie jest jej suwerenną decyzją, jeśli jednak ustanowi go zbyt późno, aby pełnomocnik mógł zapoznać się ze sprawą to konsekwencje tego ponosi tylko taka strona, nie jest to w żadnym razie przesłanka do odroczenia rozprawy. Przypomnieć przy tym należy, że skargę złożyła spółka samodzielnie, bez udziału pełnomocnika, a sąd o jego udziale w sprawie dowiedział się dopiero na rozprawie 23.01.2023 r. Dlatego nie było żadnych podstaw ku temu, ażeby sąd korespondował w tej sprawie z kimkolwiek innym niż tylko ze spółką, która skargę złożyła spółka samodzielnie, bez udziału pełnomocnika. Także więc ta okoliczność nie mogła być uznana za przesłankę do odroczenia rozprawy.

Taką przesłanką nie mogło być też to, że skarżący (wg. oświadczenia jego pełnomocnika - protokół rozprawy z 23.01.2023 r.) do daty rozprawy nie odebrał odpisu odpowiedzi na skargę.

To pismo procesowe - tj. odpowiedź na skargę zostało wysłane (jego odpis) do skarżącego niezwłocznie po jego wpływie do sądu (co wynika z adnotacji na przedmiotowym piśmie). Po stronie sądu nie było więc żadnych zaniedbań, ani zwłoki w tym zakresie. Kwestia zaś tego : czy i kiedy skarżący odebrał przedmiotową przesyłkę sądową jest bez znaczenia dla sprawy, w szczególności bez znaczenia dla oceny wniosku o odroczenie rozprawy.

Przypomnieć bowiem należy, iż przedmiotem postępowania skargowego jest rozpoznanie przez sąd zasadności skargi, a nie ocena zasadności argumentów użytych przez przeciwnika skargi w ewentualnej pisemnej odpowiedzi na nią. W ogóle samo złożenie takiej odpowiedzi jest tylko uprawnieniem, a nie obowiązkiem procesowym. W tym kontekście

fakt, że skarżący nie zna treści odpowiedzi na skargę nie może być traktowany jako pozbawienie skarżącego prawa do obrony, gdyż obowiązkiem skarżącego jest przedstawienie swojego, pełnego stanowiska już w skardze, której kompletność nie może być warunkowana tym : czy i co przedstawi przeciwnik skargi w swojej ewentualnej odpowiedzi na nią.

Przypomnieć też trzeba, że zgodnie z art. 587 ust. 1 pzp skarga ma być rozpoznana w terminie 1 miesiąca. Jest więc oczywiste, że bardzo często mogą zdarzać się sytuacje (jak w niniejszej sprawie), w których na datę rozprawy nie dotarł jeszcze do skarżącego odpis odpowiedzi na skargę. Ustawodawca nie przewidział jednak w tej sytuacji instytucji odroczenia rozprawy, przeciwnie ustalił relatywnie krótki termin na rozpoznanie sprawy (art. 587 ust. 1 pzp), co tym bardziej świadczy na niekorzyść ewentualnych wniosków o odroczenie rozprawy.

Wreszcie należy wskazać, że ta odpowiedź na skargę, której dotyczy niniejsza sprawa NIE zawiera żadnych nowych faktów, które nie byłyby znane skarżącemu na etapie składnia skargi.

Co do kwestii merytorycznych odpowiedzi na skargę wprost bowiem zawiera jedynie odesłanie do uprzedniego pisma zamawiającego - czyli do odpowiedzi na odwołanie, które było złożone już na etapie postępowania przed KIO.

Druga część argumentacji z odpowiedzi na skargę dotyczyła wpływu na nią prawomocnego wyroku w innej sprawie - XXIII Zs 86/22.

Ta okoliczność jednak była doskonale wiadoma skarżącemu już na etapie składnia skargi - co wprost wynika z jej treści, gdzie skarżący sam też odwołuje się do tego samego wyroku w innej sprawie - XXIII Zs 86/22.

Oznacza to, że skarżący (wiedząc o wyroku w sprawie XXIII Zs 86/22) mógł i powinien był już w skardze przedstawić swoje ewentualne stanowisko co do tej kwestii. Temat ten nie powstał w wyniku odpowiedzi na skargę, ale był znany skarżącemu od wielu już miesięcy (co wynika z dokumentów z akt XXIII Zs 86/22, z którymi SO zapoznał się z urzędu i które potwierdzają, że skarżący zna od dawna treść uzasadnienia wyroku w sprawie XXIII Zs 86/22).

Reasumując treść odpowiedzi na skargę w tej sprawie nie zawierała niczego nowego z punktu widzenia uprzedniej wiedzy skarżącego. W konsekwencji brak doręczenia skarżącemu odpowiedzi na skargę przed datą rozprawy z 23.01.2023 r. nie może być traktowany jako pozbawienie skarżącego prawa do obrony, a tym samym nie była to przesłanka do odroczenia rozprawy.

Z wszystkich tych względów SO opisywany wniosek (o odroczenie) oddalił.

Niezależnie od tego należy wskazać, że SO odroczył ogłoszenie orzeczenia i w ten sposób umożliwił pełnomocnikowi skarżącego zapoznanie się z treścią odpowiedzi na skargę (np. poprzez wgląd do akt sprawy) i zajęcia co do niej ewentualnego stanowiska w ramach instytucji pisemnego załącznika do protokołu rozprawy.

Co do samej skargi to jak już wcześniej wskazano - nie była ona zasadna.

SO w niniejszym składzie pozostaje w przekonaniu, iż pierwszą przyczyną dla której przedmiotowa skarga winna być oddalona jest wynik innego postępowania skargowego - XXIII Zs 86/22.

Zaznaczyć przy tym należy, iż skarżący miał pełną wiedzę o wyżej skazanej sprawie (XXIII Zs 86/22) co wprost wynika z samej treści skargi (jej str. 9).

SO zapoznał się z dokumentami z akt XXIII Zs 86/22 i stąd wie, że skarżący zna także treść uzasadnienia wyroku zapadłego w sprawie XXIII Zs 86/22.

Z wszystkich tych faktów wynika, że skarżący (ze względu na znany mu w dacie składnia skargi wynik sprawy XXIII Zs 86/22) już w samej skardze mógł i powinien był wykazać, że mimo rozstrzygnięcia zapadłego w sprawie XXIII Zs 86/22 nadal ma on interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 pzp.

Zdaniem SO skarżący tego nie wykazał i już z tej przyczyny skarga podlega oddaleniu.

Co do sprawy XXIII Zs 86/22 to jej stan jest doskonale znany uczestnikom niniejszego postępowania, gdyż byli oni także uczestnikami postępowania w XXIII Zs 86/22. Skrótowo więc należy tylko przypomnieć, że w dniu 10 sierpnia 2022 roku w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 86/22 przez tutejszym Sądem zapadł korzystny dla Grupy (...) wyrok (ze skargi Grupy (...) na wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2022 roku sygn. akt KIO 1002/22).

W skutek tego wyroku Zamawiający pismem z dnia 13 sierpnia 2022 r. unieważnił czynność wykluczenia wykonawcy - Grupa (...) oraz odrzucenia jego oferty, a także czynność unieważnienia postępowania. Unieważnienie tych czynności uzasadnione było wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 sierpnia 2022 r. (sygn. akt XXIII Zs 86/22), w którym Sąd zmienił zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 1002/22 i oddalił odwołanie (...) (obecnie - skarżącego).

W ten sposób doszło do przywrócenia stanu z dnia 1 kwietnia 2022 r., tj. dnia, w którym Zamawiający wybrał ofertę Grupy (...) jako najkorzystniejszą (otrzymała wówczas 100 pkt). Zamawiający zobowiązany był do podjęcia ww. czynności, gdyż Sąd Okręgowego w Warszawie wyrokiem z dnia 10 sierpnia 2022 r. (sygn. akt XXIII Zs 86/22) potwierdził, że wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2022 roku (KIO 1002/22) zobowiązujący Zamawiającego do wykluczenia Grupy (...) z postępowania nie był prawidłowy.

Zamawiający słusznie więc i zgodnie z prawem powrócił stan postępowania przetargowego do sytuacji z 1 kwietnia 2022 roku, w którym oferta Grupy (...) była ofertą obiektywnie najkorzystniejszą, tj. przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Z dokumentów z dołączonych akt postępowania przetargowego jednoznacznie wynika, że oferta Grupy (...) była ofertą najtańszą (najkorzystniejszą cenowo), a ponadto uzyskała maksymalną punktację w dwóch pozostałych kryteriach oceny ofert (kryteria pozacenowe) - po 10 punktów.

Grupa (...) zaferowała w Postępowaniu cenę brutto 41 010 651,50 zł.

Skarżący natomiast złożył ofertę z ceną brutto 41 328 000, 00 zł.

Trzeci wykonawca ((...) sp. z o.o.) zaferował cenę brutto 46 463 250,00 zł, która przekraczała kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W związku z powyższym Grupa (...) w każdym przypadku uzyskiwała w kryterium „Cena oferty” maksymalną liczbę punktów [80 punktów]. Skarżący uzyskał w tym kryterium 79,36 punktów (patrz : informacja z otwarcia ofert z 22 marca 2022 roku, oraz zawiadomienie o wyborze oferty Grupy (...) jako najkorzystniejszej z 1 kwietnia 2022 roku - w dołączonych aktach postępowania przetargowego).

Nawet zatem w przypadku, gdyby w pozostałych kryteriach pozacenowych (Okres gwarancji i Doświadczenie personelu) każdy z opisywanych wykonawców uzyskał maksymalną punktację - 10 punktów, **łącznie punktacja Grupy (...) zawsze będzie wyższa od punktacji Skarżącego.**

Oferta Skarżącego, niezależnie od czynności odrzucenia jej przez Zamawiającego (co jest przedmiotem niniejszego postępowania) i tak byłaby ofertą niżej ocenioną od oferty Grupy (...), co wynika z samego faktu, że była ofertą droższą.

Ewentualne więc przyznanie nawet maksymalnej liczby punktów w kryteriach pozacenowych i tak nie umożliwiłoby ofercie Skarżącego uzyskania statusu oferty najwyższej ocenionej oraz w konsekwencji - uzyskania zamówienia. Taką możliwość dawałoby mu wyłącznie skuteczne i definitywne wyeliminowanie oferty Grupy (...) z postępowania (odrzucenie oferty, wykluczenie wykonawcy), co jednak nie nastąpiło. Przeciwnie, poprzez wynik postępowania w opisaney wyżej sprawie XXIII Zs 86/22 Grupy (...) została przywrócona do postępowania.

Reasumując : uwzględnienie skargi w sprawie XXIII Zs 86/22 skutkowało unieważnieniem czynności wykluczenia Grupy (...) z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy, tj. przywróceniem stanu w postępowaniu z 1 kwietnia 2022 roku (pierwszy wybór oferty Grupy (...) jako najkorzystniejszej), a zarazem pozbawiało Skarżącego możliwości uzyskania zamówienia niezależnie od wyniku rozpoznania niniejszej skargi.

Z opisu powyższych faktów jasno więc wynika, że skutkiem niekorzystnego dla Skarżącego wyroku Sądu Okręgowego z dnia 10 sierpnia 2022 roku sygn. akt XXIII Zs 86/22 i dokonanej w jego wykonaniu czynności Zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2022 roku, Skarżący nie miałby żadnej możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ oferta Grupy (...) była ofertą korzystniejszą od jego oferty. To ona zatem musiałaby uzyskać status oferty najkorzystniejszej i możliwość uzyskania zamówienia.

Zdaniem SO świadczy to o braku po stronie skarżącego interesu w rozumieniu art. 505 ust. 1 pzp i samo w sobie jest wystarczające dla oddalenia przedmiotowej skargi.

Na marginesie zaznaczyć należy, że skarżący mimo oczywistego braku interesu po jego stronie (ze względu na opisaną wyżej sprawę XXIII Zs 86/22) nawet nie próbował w skardze wykazać przesłanki szkody z art. 505 ust. 2 pzp co również przemawia o zasadności oddalenia skargi z wyżej wskazanej podstawy.

Wyżej przedstawione argumenty (rozważane w kontekście normy prawnej z art. 505 ust 1 pzp) mogą być też traktowane jako podstawa faktyczna do uznania, że w skutek wyroku w sprawie XXIII Zs 86/22 ziściły się też przesłanki z art. 588 ust. 2 w zw. z art.554 ust. 1 pkt. 1 pzp.

Słusznie bowiem w tym zakresie argumentuje w odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi (zamawiający), że zarzucane w skardze naruszenia przepisów pzp pozostają bez jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, którego skarga dotyczy, co przecież stanowi warunek uwzględnienia skargi w rozumieniu art. 588 ust. 2 w zw. z art.554 ust. 1 pkt. 1 pzp.

Na poziomie faktycznym uzasadnieniem wyżej wskazanej konkluzji jest to samo co już wcześniej opisano - czyli wynik sprawy XXIII Zs 86/22, który determinuje to, że s skarżący (po dacie wyroku w sprawie XXIII Zs 86/22) i tak nie miał już możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ oferta Grupy (...) była ofertą korzystniejszą od jego oferty.

Niezależnie od wyżej opisanych kwestii, w ocenie SO, skarga podlegała oddaleniu także dlatego, iż nie była zasadna na poziomie merytorycznym, tj. nie był trafny żaden z zarzutów skargi.

Poniżej SO odniesie się do tych zarzutów, z tym, że SO nie będzie odrębnie komentował każdego z punktów i podpunktów w ramach których te zarzuty są ujęte, ale odniesie się do nich wg. zasadniczych tematów, z którymi zarzuty te są związane.

Taka metodologia wyводу SO będzie bardziej czytelna, gdyż na poziomie faktycznym zarzuty skargi oparte są w istocie na argumentacji dotyczącej wykładni pojęcia „zakończona inwestycja” w kontekście zapisów SWZ. To właśnie odmienne (od KIO) rozumienie tego pojęcia przez skarżącego jest podstawą wszystkich jego zarzutów : na poziomie przepisów postępowania zarzucanie błędnej oceny dowodów i błędne ustalenie stanu faktycznego (art.542 ust 1 w zw. z art. 554 ust. 1 pkt 1 pzp), czego już tylko konsekwencją były zarzuty z zakresu prawa materialnego ujęte w ramach pkt 2 skargi.

Istota skargi polega jednak na tym, że skarżący (błędnie zdaniem SO) uważa, iż w odniesieniu do funkcji Projektanta pojęcie „inwestycja” powinno być utożsamiane z samym projektem budowlanym, a w konsekwencji tak rozumiana „inwestycja” jest „zakończona” po wykonaniu samego projektu budowlanego.

SO tej koncepcji skarżącego nie podziela, co samo w sobie przesadza o tym, że nie były zasadne zarzuty z pkt 1 skargi, a w konsekwencji nie może być też mowy o naruszeniu prawa materialnego, czego dotyczą zarzuty z pkt 2 skargi.

Co do wykładni wyżej wzmiankowanych, spornych pojęć z SWZ to SO w całości podziela w tym zakresie ich interpretację zawartą w uzasadnieniu zaskarżanego orzeczenia KIO.

Trafnie tam wskazano, iż zamawiający w SWZ w sposób jasny i jednoznaczny określił, że punkty zostaną przyznane za doświadczenie w zakresie doświadczenia uzyskanego podczas należytej realizacji funkcji w odniesieniu do zrealizowanych (zakończonych) inwestycji. Inwestycja mająca za przedmiot Budowę hali widowiskowo-sportowej w M., wskazana przez skarżącego jako jedna z dwóch inwestycji w złożonym Wykazie osób w celu wykazania doświadczenia osoby pełniącej funkcję projektanta, na dzień składania ofert nie została zakończona.

Jednocześnie treść złożonego przez skarżącego Wykazu osób - załącznika nr 6 do SWZ - wskazuje jako „inwestycję” budowę hali widowiskowo-sportowej w M., nie ogranicza się wyłącznie do sporządzenia dokumentacji projektowej, tj. projektu budowlanego obejmującego budowę ww. obiektu.

Dlatego nie można za trafny uznać zarzutów skargi opierających się na twierdzeniu, że wobec (rzekomej) niejednoznaczności i braku definicji w SWZ pojęcia „inwestycja”, skarżący mógł być odniósł je do wykonanych i zakończonych prac projektowych.

SO podziela ocenę KIO, co do tego, że taka wykładnia pojęcia „inwestycja” jest działaniem nieuprawnionym. Po pierwsze sprzeciwia się temu utrwalone znaczenie słowa „inwestycja”, które zwłaszcza w odniesieniu do zamówienia mającego za przedmiot wykonanie inwestycji polegającej na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych (tak jak w realiach tej sprawy) oznacza nie tylko wykonanie prac projektowych, ale także wykonanie robót budowlanych.

Trafnie też argumentuje KIO (i SO ten pogląd podziela), że postulowanemu obecnie przez skarżącego znaczeniu pojęcia „inwestycja” przeczy treść złożonego przez niego samego Wykazu osób - załącznika nr 6 do SWZ, w którym on sam słowem „inwestycja” określa : Budowę hali widowiskowo-sportowej w M., nie zaś tylko dotyczące jej prace projektowe.

Przypomnieć należy, iż zgodnie z postanowieniami rozdziału XII ust. 2 pkt 3 SWZ zamawiający przewidział jako kryterium oceny ofert „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” i przypadku Projektanta dany wykonawca mógł uzyskać punkty w tym kryterium oceny ofert jeżeli wykazał, że nabył dodatkowe doświadczenie (ponad zakres minimalny określony w warunku udziału w postępowaniu) w pełnieniu funkcji jako Projektanta do projektowania w specjalności konstrukcyjno- budowlanej w okresie ostatnich 5 lat liczoną wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert w realizacji usług polegających na wykonaniu dokumentacji technicznej budowy lub przebudowy budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: pięć milionów 00/100) każdy z nich.

W części odnoszącej się natomiast do zasad przyznawania punktów w tym kryterium (strona 34 SWZ) Zamawiający przewidział, w pkt 2, że „punkty zostaną przyznane za doświadczenie uzyskane podczas należytej realizacji funkcji w odniesieniu do zrealizowanych (zakończonych) inwestycji.

Co do wzajemnej korelacji wskazanych wyżej zapisów SWZ to SO w pełni podziela stanowisko zamawiającego wyrażone przez niego na etapie postępowania przed KIO, iż powyższe wymaganie (co do doświadczenia) zostało jednolicie określone względem wszystkich trzech osób, w zakresie których wykonawcy mogli uzyskać punkty za wykazanie ich dodatkowego doświadczenia (Kierownik Budowy, Kierownik robót, Projektant). Świadczy o tym przykładowo zestawienie powyższego wymagania z treścią wymagania wskazanego w pkt 3, zgodnie z którym do uznania doświadczenia wymagane jest pełnienie funkcji kierownika budowy i kierowników poszczególnych branż na danej inwestycji w sposób nieprzerwany przez okres co najmniej 6 miesięcy z wyjątkiem projektantów wszystkich branż. Wynika stąd, że w sytuacji, w której poszczególne wymagania zawarte w „Zasadach przyznawania punktów w kryterium” zamieszczonych na stronie 34 SWZ nie odnoszą się do którejkolwiek z wymienionych osób, to wówczas zamawiający wyraźnie wskazywał na tę okoliczność. A contrario, jeżeli którejkolwiek z wymagań zawartych w zasadach przyznawania punktów w kryterium nie zawierałoby podobnego lub tożsamego zastrzeżenia, to wówczas

wykonawcy powinni przyjąć, iż dotyczy ono wszystkich osób, w zakresie których możliwe jest uzyskanie punktów w kryterium oceny ofert. Innymi słowy jeśli intencją zamawiającego byłoby, aby wymaganie wyrażone w pkt 2 dotyczące zrealizowanych (zakończonych) inwestycji nie dotyczyło Projektanta, to okoliczność ta została by wyraźnie wskazana w treści SWZ, co jednak nie miało miejsca.

Przeciwnie, zamawiający w SWZ nie zaznaczył, iż zasada oceny doświadczenia w zakresie zakończonych (zrealizowanych) inwestycji nie dotyczy Projektanta, a zatem skarżący nie mógł być mieć uzasadnionych wątpliwości co do zapisów SWZ w tym zakresie. Te zapisy były bowiem jasne : dodatkowe punkty co do doświadczenia Projektanta mogły być przyznane tylko w odniesieniu do takiego Projektanta, który brał udział w zrealizowanej (zakończonej) inwestycji - inwestycji rozumianej jako pełny proces budowlany, a nie tylko sam projekt.

Taka interpretacja opisywanych pojęć jest nie tylko zgodna z wykładnią systemową SWZ, ale też z istotą wykładnią celowościowej, czyli sensu jaki dla zamawiającego miało takie ujęcie kwestii dodatkowych punktów za doświadczenie Projektanta.

Słusznie w tym zakresie wyjaśnia to sam zamawiający (w odpowiedzi na odwołanie) wskazując, że takie określenie powyższego wymagania w SWZ (tj. przyznawanie dodatkowych punktów tylko w odniesieniu do takiego Projektanta, który brał udział w zakończonej już inwestycji - inwestycji rozumianej jako pełny proces budowlany, a nie tylko sam projekt) było podyktowane uzasadnioną potrzebą zamawiającego, aby dany wykonawca skierował do wykonania zamówienia osoby, których efekty wykonanej pracy znajdują odzwierciedlenie w zrealizowanych już robotach budowlanych. Logicznie przekonuje zamawiający, że choćby Projektant wykonał dziesiątki dokumentacji projektowych to szczególne znaczenie należy przyznać tylko tym, które stanowiły podstawę wykonania robót budowlanych inwestycji zakończonej.

SO podziela ten tok rozumowania zamawiającego, gdyż dla SO także jest rzeczą oczywistą, że dopiero zakończona, w pełni zrealizowana inwestycja budowlana weryfikuje wszelkie aspekty uprzedniej pracy Projektanta i dlatego jest logiczne, że to właśnie tylko zakończone inwestycja budowlane zamawiający chciał premiować poprzez dodatkowe punktu dla doświadczonego przy nich Projektanta.

W tym kontekście w pełni zrozumiałe jest, że zamawiający sporządził SWZ z zamiarem przyznania punktów w kryterium za dodatkowe doświadczenie Projektanta w zakresie dotyczącym tylko zakończonych już inwestycji.

Słusznie też wskazywał zamawiający, że jeśli dany wykonawca (tu obecny skarżący) nie zgadzał się z powyższymi zasadami to mógł być skierować do zamawiającego wniosek o zmianę treści SWZ lub wnieść odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na postanowienia SWZ, jeśli w jego ocenie naruszały art. 241 ust. 1 i 2 pzp. Skarżący takich działań jednak nie podjął. Był więc związany zasadami dot. kryterium określonymi w SWZ. Wskazując dodatkowe doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia, powinien zatem zastosować się do tych zasad i uzupełnić informacje w wykazie osób wyłącznie w odniesieniu do zrealizowanych (zakończonych) inwestycji. Czyniąc inaczej, przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, uzasadniające wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp.

W niniejszej sprawie było bezsporne, że złożony przez skarżącego wykaz osób (w zakresie dotyczącym doświadczenia Projektanta) dotyczył inwestycji pod nazwą „(...) w M.” oraz, że ta inwestycja nie była zakończona na datę złożenia przedmiotowego wykazu.

Zdaniem SO trafnie więc ustalił zamawiający, a w konsekwencji też słusznie stwierdziła to KIO w zaskarżonym wyroku, że skoro ta inwestycja nie była zakończona to omawiana informacja skarżącego z wykazu osób była nieprawdziwa, gdyż skarżący wskazał doświadczenie osoby w zakresie inwestycji, która nie została jeszcze zrealizowana. Nie spełniała zatem wymagań w zakresie wynikającym z określonych w SWZ kryteriów oceny ofert.

W opisanym wyżej kontekście jako oczywiście niezasadne jawią się więc zarzuty skargi oparte na (nieuprawnionym) przekonaniu skarżącego jakoby podana przez niego „inwestycja” (czyli (...) w M.) była „zakończona” - co skarżący

(błędnie) utożsamia z samym zakończeniem działań Projektanta na etapie przygotowania projektu do budowy przedmiotowej hali.

Kwestia ta została już wcześniej przez SO opisana, w tym miejscu raz jeszcze można tylko zaznaczyć, że taka interpretacja skarżącego nie jest prawidłowa. Nie ma bowiem żadnego znaczenia fakt, iż sam projekt został zakończony i wykonany należycie. Dokumentacji projektowej nie sposób przypisać przymiotu „inwestycji”. Pojęcie „inwestycji” w zakresie wynikającym z przedmiotu postępowania (robót budowlanych) w sposób bezsprzeczny odnosi się do całego procesu budowlanego, począwszy od etapu projektowania na wykonaniu robót budowlanych skończywszy. Trafnie w tym zakresie zamawiający podaje, że pojęcie to jest jednoznacznie rozumiane wśród wykonawców robót budowlanych i osób specjalizujących się w zagadnieniach związanych z prawem budowlanym. SO w tym temacie odsyła do argumentacji zamawiającego wyczerpująco przedstawionej (z punktu widzenia zarówno teorii jak i praktyki prawa budowlanego) w piśmie z 13.07.2022 r. (dołączone akta z KIO).

Mając powyższe na uwadze SO uznał, że KIO dokonała prawidłowej oceny dowodów i trafnej wykładni opisanych wyżej postanowień SWZ, a w konsekwencji nie były trafne zarzuty z pkt 1 skargi (dot. naruszenie przepisów postępowania).

Co do zarzutu z pkt 2 skargi (str 3 skargi) jest on tylko materialnoprawną konsekwencją zarzutu już opisanego - z pkt 1 skargi.

Skoro SO uznał (z przyczyn wyżej przedstawianych), iż nie doszło do naruszenia przepisów procesowych z pkt 1 skargi to jest oczywiste, że nie ma też naruszenia przepisów prawa materialnego z pkt 2 skargi. Bliższe opisywanie tego tematu jest więc zbędne.

Mając powyższe na uwadze Sąd, na podstawie art. 588 ust. 1 pzp, orzekł jak w pkt 1 wyroku.

W pkt 2 Sąd orzekł o kosztach postępowania skargowego zgodnie z art. 589 ust. 1 pzp w zw. z art. 98 i 99 kpc w zw. z § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców pranych. Sąd Okręgowy w Warszawie od dawna bowiem prezentuje pogląd, iż nie ma sprawy podobnej do spraw z zakresu skarg na orzeczenie KIO. Ustawodawca jednocześnie nie przewidział stawek dla radców prawnych/adwokatów do tej kategorii spraw. Dlatego też zasądzone koszty zostały oszacowane w oparciu o wartość przedmiotu sporu, tj. wartością przedmiotu zamówienia.

SO nie orzekał o kosztach w odniesieniu do uczestnika - przystępującego, czyli Grupa (...), ponieważ przed zamknięciem rozprawy nie składał on żadnego pisma procesowego w ramach postępowania skargowego, a tym samym w ogóle nie pojawił się wniosek z jego strony o ewentualne zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania. Taki wniosek nie był też zgłoszony na rozprawie. SO nie miał więc w tym zakresie o czym orzekać.

Na marginesie tylko należy zaznaczyć, że nawet gdyby taki wniosek został zgłoszony to SO i tak by go oddalił, bowiem Grupa (...) nie był stroną tego postępowania w rozumieniu art. 589 ust. 1 pzp. Z tego zaś przepisu wynika, że orzeczenie o kosztach w ramach postępowania skargowego dotyczy wyłącznie stron postępowania, zatem a contrario nie dotyczy wykonawców, którzy byli tylko przystępującymi na etapie postępowania przed KIO. Oznacza to ustawową niedopuszczalność żądania zwrotu kosztów przez uczestników postępowania nie będących stronami sporu.

W tym zakresie Sąd Okręgowy podziela pogląd prawny co do tego, iż postępowanie inicjowane skargą do sądu jest postępowaniem dwustronnym, opartym na strukturze typu procesowego. Stroną postępowania jest: skarżący (którym może być również zamawiający) oraz przeciwnik skargi (odwołujący się wykonawca albo zamawiający). Przepisy ustawy Pzp nie dają podstawy do konstruowania postępowania ze skargi jako postępowania, w którym występuje mnogość stron. W konsekwencji nie ma dostatecznego argumentu na rzecz poglądu, że przeciwnikiem skargi jest także wykonawca, który zgłosił przystąpienie na etapie postępowania przed KIO. Wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego staje się uczestnikiem tego postępowania. Byłoby też nadmiernym uproszczeniem przyjmowanie, że jest on interwenientem ubocznym w postępowaniu skargowym. Zgłoszenie przystąpienia podyktowane jest interesem prawnym wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie, niekoniecznie

tożsame z interesem prawnym strony, do której przystępuje. Przystępujący wykonawca działa we własnym interesie i zajmuje samodzielną pozycję w postępowaniu. Nie jest więc tylko pomocnikiem strony, do której przystąpił (por. uchwała SN z 24.2.2009 r., III CZP 147/08). W tym zakresie podnieść zaś należy, że Sąd nie miał podstaw do ewentualnego zasądzenia na rzecz Grupa (...) kosztów postępowania skargowego w oparciu o odpowiednio stosowany art. 107 k.p.c., bowiem Grupa (...) nie złożyła interwencji ubocznej.

sędzia Arkadiusz Kucharski