

Sygn. akt III Ca 252/20

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 maja 2020 r.

Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, III Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie

następującym:

Przewodniczący:	Sędzia SO Katarzyna Kwilosz-Babiś – sprawozdawca Sędzia SO Mieczysław H. Kamiński Sędzia SO Agnieszka Skrzekut
Protokolant:	insp. Jadwiga Sarota

po rozpoznaniu w dniu 27 maja 2020r. w Nowym Sączu

na rozprawie

sprawy ze skargi (...) Spółki z o.o. z siedzibą w K.

przy uczestnictwie (...) Spółki z o.o. z siedzibą w S. i G. z siedzibą w P.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 24 lutego 2020 r., sygn. akt(...) dotyczącego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2020r. przez (...) Spółkę z o.o. z siedzibą w S. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego G. z siedzibą w P. przy udziale (...) Spółki z o.o. z siedzibą w K., który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu treść:

„1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego.”,

II. zasądza od (...) Spółki z o.o. z siedzibą w S. na rzecz (...) Spółki z o.o. z siedzibą w K. kwotę 83 117 zł (osiemdziesiąt trzy tysiące sto siedemnaście złotych) tytułem kosztów postępowania,

III. nie obciąża (...) Spółki z o.o. z siedzibą w S. kosztami postępowania poniesionymi przez G. z siedzibą w P..

(...)

Sygn. akt III Ca 252/20

UZASADNIENIE

Zamawiający - G. z siedzibą w P. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie działań w ramach projektu „Wykorzystanie nowoczesnych technologii teledetekcyjnych

w zarządzaniu zasobami przyrodniczymi G. oraz analiza aktualnego stanu i dynamiki chronionych ekosystemów". W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazał, że w trakcie postępowania może najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (tzw. procedura odwrócona, art. 24aa p.z.p.).

Postępowanie zostało podzielone na dwie części. W części I złożono cztery oferty. Jako najkorzystniejszą Zamawiający wybrał ofertę (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K..

Od tej czynności odwołanie wniósł inny oferent uczestniczący w przetargu - (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S., zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 5 pkt 2 p.z.p. poprzez jego niewłaściwą wykładnię polegającą na przyjęciu, że nie ziszczyły się przesłanki wykluczenia wykonawcy (...)z postępowania, a w konsekwencji jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy (...)z postępowania, pomimo iż wykonawca ten, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, gdyż w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa nie wykonał co najmniej dwóch umów w sprawie zamówienia publicznego;

2) art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. poprzez jego niewłaściwą wykładnię polegającą na przyjęciu, że nie ziszczyły się przesłanki wykluczenia wykonawcy (...) z postępowania, a w konsekwencji jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy (...)z postępowania, pomimo iż wykonawca ten, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał w stopniu istotnym co najmniej dwóch wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, zawartych z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania tych umów;

3) art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. poprzez jego niewłaściwą wykładnię a w konsekwencji niezastosowanie, pomimo iż wykonawca (...) w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu w dokumencie (...)informacji, że nie znajduje się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, podczas gdy w rzeczywistości co najmniej dwukrotnie zawarte przez wykonawcę(...)umowy w sprawie zamówienia publicznego były rozwiązywane przez zamawiających z uwagi na nienależyte ich wykonywanie przez tego wykonawcę, wynikłe z przyczyn od niego zależnych;

4) art. 24 ust. 4 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie oferty (...)za odrzuconą, pomimo iż została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 oraz 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.;

5) art. 91 ust. 1 p.z.p. oraz art. 7 ust. 3 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 p.z.p., która to oferta winna zostać uznana za odrzuconą na zasadzie art. 24 ust. 4 p.z.p., podczas gdy najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu jest oferta Odwołującego.

W postępowaniu odwoławczym przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca (...) sp. z o.o. z siedzibą w K..

Wyrokiem z 24 lutego 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Wykonawcy (...)z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. i nakazała Zamawiającemu G. z siedzibą w P. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na "Wykorzystanie nowoczesnych technologii teledetekcyjnych w zarządzaniu zasobami przyrodniczymi G. oraz analiza aktualnego stanu i dynamiki chronionych ekosystemów" w zakresie Części I oraz nakazała Zamawiającemu wykluczenie z postępowania w zakresie Części I Wykonawcy (...)Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, a pozostałe zarzuty odwołania uznała za niezasadne (pkt 1 sentencji).

Kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego (pkt 2 sentencji), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania (pkt 2.1.) i zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 19.674,29 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę (pkt 2.2.).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Zamawiający w treści (...) Rozdział 5 postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1, przy czym dodatkowo zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy:

b) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

c) który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 p.z.p., co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Dalej Izba podała, że Przystępujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą złożył oświadczenie(...), w którym na str. 13 w odpowiedzi na pytanie "Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? W stosownych przypadkach zob. definicje w prawie krajowym, stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia" udzielił odpowiedzi (...), oraz na str. 14 w odpowiedzi na pytanie "Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? udzielił odpowiedzi (...).

KIO ustaliła również, że 13 czerwca 2018 r. Przystępujący zawarł umowę nr ZG.271.11.2018 z Nadleśnictwem Ł. na "Wykonanie lotniczych zdjęć fotogrametrycznych i ortofotomapy dla zasięgu terytorialnego Nadleśnictwa Ł.", w ramach realizacji której na Przystępującego została nałożona kara umowna, zaś 13 lipca 2018 r. Przystępujący zawarł umowę Nr (...) z (...) W. na realizację usługi pn. "Wykonanie zdjęć fotogrametrycznych oraz ortofotomap dla ośmiu nadleśnictw (...) we W.", w ramach której na Przystępującego została również nałożona kara umowna. Umowa z Nadleśnictwem Ł. w § 6, a umowa z (...) W. w § 8, zawierała identyczne regulacje dotyczące prawa odstąpienia przez Zamawiającego od umowy.

Dnia 29 listopada 2018 r. (...) W. skierowało do Przystępującego pisemne oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...) z 13 lipca 2018 r. uzasadniając je tym, że do chwili obecnej umowa nie została wykonana, a przekroczenie terminu jej wykonania wyniosło ponad 14 dni.

Pismem z 8 listopada 2018 r. Nadleśnictwo Ł. odstąpiło od umowy (...)z 13 czerwca 2018 r. na mocy § 6 ust. 1 lit. a. wskazując na przekroczenie terminu realizacji zamówienia o ponad 14 dni.

W świetle tak poczynionych ustaleń faktycznych KIO stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, który w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu w oświadczeniu (...) informacji, że nie znajduje się w sytuacji, w której w związku z wcześniej realizowaną umową w sprawie zamówienia publicznego nałożone zostało na niego odszkodowanie bądź inne porównywane sankcje. Izba nie podzieliła natomiast zarzutów naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 p.z.p.

Powołując się na art. 24 ust. 5 pkt 2 p.z.p. Izba podkreśliła, iż określone w nim przesłanki muszą zostać spełnione kumulatywnie, a niewykazanie chociażby jednej z nich oznacza brak podstaw do wykluczenia wykonawcy. Ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania spoczywa na Zamawiającym. Izba stanęła na stanowisku, że przeprowadzone postępowanie dowodowe nie doprowadziło do potwierdzenia wystąpienia przesłanek opisanych w tym przepisie. Odnosząc się do umowy realizowanej dla (...) we W., Izba wskazała, że dowody złożone przez Odwołującego - Raporty pogodowe obrazujące stan pogody w danym dniu, nie pokrywały się co do stanu pogody z prognozami pogody dla tego dnia, a to właśnie na podstawie prognoz pogodowych Przystępujący podejmował działania związane z realizacją umowy. Jeżeli prognoza pogody dla danego dnia nie przewidywała sytuacji pogodowej umożliwiającej wykonanie prawidłowych nalotów, to nie można Przystępującemu stawiać zarzutu zawinionego, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Zdaniem Izby nie jest to uzasadnione zwłaszcza w okolicznościach, kiedy czynniki pogodowe stanowiły element całkowicie niezależny od Przystępującego oraz w sytuacji, kiedy Przystępujący przez miesiąc sierpień 2018 r. (do końca którego, miały być wykonane zdjęcia) korzystał z infrastruktury lotniska Aeroklubu (...) w celu wykonania misji fotogrametrycznych, co Przystępujący potwierdził oświadczeniem z 26 stycznia 2019 r. złożonym przez Dyrektora Aeroklubu (...).

Izba zaznaczyła ponadto, że w wyniku korespondencji z (...) we W. Zamawiający otrzymał informację potwierdzającą, że Przystępujący realizował umowę nr (...) z 13 lipca 2018 r., w ramach której zostały naliczone kary umowne oraz, że 29 listopada 2018 r. (...) we W. odstąpiła od ww. umowy.

W odniesieniu do realizacji umowy z Nadleśnictwem Ł., KIO wskazała, że Zamawiający dysponował jedynie pismem z 27 listopada 2019 r. potwierdzającym, że Przystępujący realizował umowę z 13 czerwca 2018 r., zamówienie nie zostało zrealizowane zgodnie z umową, na Przystępującego została nałożona kara oraz, że Zamawiający rozwiązał umowę z tytułu okoliczności leżących po stronie wykonawcy - w związku z niedotrzymaniem terminu przekazania przedmiotu umowy. Ponadto, w piśmie tym wskazano, że kontakt i współpraca z Przystępującym przy realizacji umowy były wzorcowe, a produkty, które Nadleśnictwo mogło weryfikować spełniały wymagania techniczno- jakościowe.

W ocenie Izby, w oparciu o powyższy materiał Zamawiający nie miał podstaw, aby stwierdzić, że Przystępujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważałoby jego uczciwość. Nie miał również dowodów wskazujących na to, że Przystępujący wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienia dla (...) we W. oraz dla Nadleśnictwa Ł.. Według Izby powyższy materiał potwierdza jedynie uchybienia w realizacji umów związane z przekroczeniem terminów, natomiast nie może on stanowić dowodu na potwierdzenie zarzutów stawianych przez Odwołującego, zwłaszcza w okolicznościach, gdy czynniki pogodowe decydujące o możliwości wykonania nalotów stanowiły elementy niezależne od Przystępującego, a zatem przez niego niezawinione, a informacje przekazane z Nadleśnictwa Ł. potwierdzały m.in. spełnianie wymagań techniczno-jakościowych zweryfikowanych produktów.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. Izba zauważyła, że przesłanką wykluczenia z postępowania na mocy tego przepisu jest m.in. rozwiązanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odwołujący wskazując, iż zaistniała powyższa przesłanka powołał się na okoliczność odstąpienia w dniu 29 listopada 2018 r. przez Zamawiającego - (...) W. od umowy z 13 lipca 2018 Nr (...) oraz na okoliczność odstąpienia w dniu 8 listopada 2018 r. przez Zamawiającego - Nadleśnictwo Ł. od umowy z 13 czerwca 2018 r. (...). Analizując treść konstrukcji postanowień obu umów w zakresie przesłanek odstąpienia przez Zamawiającego, których zapisy były tożsame, Izba podkreśliła, że w obu umowach nie został wskazany termin do odstąpienia. Powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z 21 lipca 2017 r., sygn. I CSK 718/6, wskazała, że do obligatoryjnych przesłanek zastrzeżenia prawa odstąpienia od umowy należy m.in. wskazanie terminu, po upływie którego prawo odstąpienia wygasa, zaś zastrzeżenie prawa odstąpienia nieograniczonego w czasie jest nieważne, stosownie do art. 58 § 1 i 3 k.c. i nie wywołuje żadnego skutku.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, Przystępujący wskazał podczas rozprawy, iż kwestionuje skuteczność odstąpienia od umowy, w związku z brakiem wskazania w umowie terminu na odstąpienie, natomiast Odwołujący nie wykazał, że doszło do skutecznego odstąpienia od umowy.

Wobec powyższego, w ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać, że nastąpiło rozwiązanie umów z (...) W. oraz z nadleśnictwem Ł., które stanowiłyby podstawę do wykluczenia Przystępującego z postępowania. Izba uznała związany z tym zarzut za nieudowodniony.

Odnosząc się do uwzględnionego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. KIO podkreśliła, że dla zastosowania tego przepisu muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd;
2. błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu;
3. przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Podana Izba, że zawarta w przepisie przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji Zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Istotne znaczenie ma charakter informacji, gdyż w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu.

Izba podkreśliła, że dla zbadania czynności wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. niezbędne jest ustalenie, czy wykonawca działał umyślnie, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, czy też nieumyślnie, jednakże z naruszeniem w sposób rażący standardu wymaganej ostrożności wymaganej od podmiotu działającego na rynku w sposób profesjonalny. Pojęcie "zamierzone działanie" wymaga wykazania, że jest to świadome zachowanie się podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków. Z kolei "rażące niedbalstwo" odnoszone jest do naruszenia reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności.

Izba stwierdzając naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. odniosła się do oświadczenia (...) złożonego przez Przystępującego, w treści którego, na str. 14, w odpowiedzi na pytanie: "Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Przystępujący udzielił odpowiedzi (...).

KIO wskazała, że ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności z treści pism z 3 grudnia 2019 r. z (...) W. oraz z pisma z 27 listopada 2019 r. z Nadleśnictwa Ł. wynika, że wobec Przystępującego zostały nałożone kary umowne z tytułu niewykonania przedmiotu umowy w terminie. Okoliczności te stanowią podstawę do stwierdzenia, że w ramach wcześniej realizowanej umowy z podmiotem zamawiającym, nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje. Zdaniem Izby w powyższych okolicznościach, w związku z nałożeniem kar umownych Przystępujący winien w ramach odpowiedzi na ww. pytanie udzielić odpowiedzi (...), czego nie uczynił. Udzielając odpowiedzi (...) przekazał Zamawiającemu błędne informacje, które w tym zakresie nie odpowiadały stanowi faktycznemu, czym wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Działanie Przystępującego, który miał wiedzę że zostały na niego nałożone

kary umowne w związku z nieterminową realizacją umów, spełnia przesłanki co najmniej rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu powyższych informacji.

Izba podkreśliła ponadto, że analizując ofertę Przystępującego Zamawiający nie miał wiedzy, że w ramach umów z (...) W. i Nadleśnictwem Ł. m.in. zostały nałożone na Przystępującego kary umowne. Wiedzę tę uzyskał dopiero po zawiadomieniu przez Odwołującego pismem z 14 listopada 2019 r. o zaistnieniu powyższych okoliczności i niezwłocznie rozpoczął procedurę wyjaśniającą. W wyniku pisemnej odpowiedzi udzielonej przez (...) we W. i Nadleśnictwo Ł., Zamawiający uzyskał potwierdzenie, że w ramach realizowanych z Przystępującym umów zostały naliczone kary umowne. W ocenie Izby potwierdza to jednoznacznie, że oświadczenie o treści złożonej w formularzu(...)stanowiło co najmniej rażące niedbalstwo i wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu, co z kolei wskazuje na zaistnienie obligatoryjnej przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. skutkującej wykluczeniem Przystępującego z postępowania.

Wobec powyższego, jako zasadny, Izba uznała również zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 p.z.p. poprzez brak uznania oferty złożonej przez Przystępującego za odrzuconą, stanowiący konsekwencje zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, jak również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 p.z.p.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p. Izba nie stwierdziła, aby wybór wykonawcy nastąpił w oparciu o inne kryteria oceny ofert niż te wskazane w ofercie.

O kosztach postępowania odwoławczego KIO orzekła stosownie do wyniku na podstawie art. 92 ust. 9 i art. 192 ust. 10 p.z.p. oraz w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Na powyższe orzeczenie skargę wniósł Wykonawca(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. (Przystępujący w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego), zaskarżając je w części uwzględniającej odwołanie, nakazującej Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenie skarżącego z postępowania w Części I na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. Rozstrzygnięciu temu zarzucono naruszenie:

1) art. 190 ust. 7 p.z.p. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu odwoławczym, przejawiający się dokonaniem wybiórczej i niepełnej interpretacji zebranego w postępowaniu materiału dowodowego w zakresie istotnym dla oceny oferty i (...) złożonych przez skarżącego, co doprowadziło do rażąco błędnego uznania, iż skarżący podlega wykluczeniu z postępowania;

2) art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 65⁽¹⁾ k.c. i art. 14 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie wykładni (...)złożonego przez skarżącego w sposób sprzeczny z zasadami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z art. 65 § 1 k.c., tj. z zasadą wykładni obiektywnej, zasadą wykładni zmierzającej do utrzymania zgodności czynności z prawem oraz zasadą wykładni (...) na korzyść wykonawcy, poprzez rażąco błędne przyjęcie, że skarżący nie wykazał w złożonych oświadczeniach, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania;

3) art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż skarżący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie tego przepisu;

4) art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez naruszenie zasady proporcjonalności polegające na zastosowaniu wobec skarżącego najbardziej restrykcyjnego środka, jakim jest wykluczenie z postępowania w związku z informacją o nałożeniu na skarżącego kar umownych w związku z realizacją umów zawartych w innych postępowaniach, podczas gdy treść art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. nie pozwala na zastosowanie tego przepisu w przedmiotowej sytuacji faktycznej, a zatem jest to środek nadmierny i nieproporcjonalny.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpatrzenie odwołania w zaskarżonej części i w konsekwencji oddalenie odwołania w całości, a ponadto o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W piśmie z 27 kwietnia 2020 r. Skarżący zmodyfikował sformułowany z skardze wniosek o zasądzenie kosztów postępowania skargowego w ten sposób, że wniósł o ich zasądzenie w całości od Odwołującego - (...) sp. z o.o. z siedzibą w S..

W odpowiedzi na skargę Zamawiający podzielił podniesione w niej zarzuty, wnosząc o jej uwzględnienie oraz zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego od Przeciwnika Skargi.

Uczestnik (...) sp. z o.o. z siedzibą w S. ustosunkowując się do skargi wniósł o jej oddalenie jako bezzasadnej, jak również o oddalenie wniosku skarżącego o zasądzenie na jego rzecz od uczestnika kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zasługiwała na uwzględnienie.

Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu jest jedną z podstawowych instytucji prawa zamówień publicznych, służących eliminacji takich wykonawców, którzy nie spełniają ustawowo określonych warunków odnoszących się do cech podmiotowych. Doniosłość tej instytucji polega na tym, iż jej użycie zamyka lub otwiera przed wykonawcą możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia. Oferta wykonawcy, nawet najkorzystniejsza, nie może zostać przyjęta (wybrana), jeżeli wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

Zamknięty katalog przesłanek wykluczenia określa art. 24 p.z.p. Aktualna treść tego przepisu nadana została ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, której celem było wdrożenie do polskiego porządku prawnego dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady (...) z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę (...) (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.). W odniesieniu do podstaw wykluczenia implementacja dotyczyła w szczególności art. 57 tej dyrektywy.

Podstawy wykluczenia dzielą się na obligatoryjne (art. 24 ust. 1) i fakultatywne (art. 24 ust. 5). Wystąpienie obligatoryjnej podstawy nakłada na zamawiającego bezwzględny obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Podstawy fakultatywne będą znajdowały natomiast zastosowanie, o ile zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 5 p.z.p. zostaną przewidziane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, (...) lub w zaproszeniu do negocjacji. Oznacza to, że od decyzji zamawiającego zależy, czy i które z przesłanek fakultatywnych zastosuje w danym postępowaniu. Jednocześnie, jeśli któraś z nich zostanie przewidziana, jej wystąpienie w toku postępowania przekładać się będzie na obowiązek wykluczenia wykonawcy. Wykluczenie w oparciu o daną podstawę jest przy tym możliwe tylko wówczas, gdy zostaną spełnione kumulatywnie wszystkie jej przesłanki.

Zważając na wagę decyzji o eliminacji wykonawcy, niezbędne jest posługiwanie się tym instrumentem przez instytucje zamawiające z należytą precyzją.

W rozpoznawanej sprawie dokonując wyboru oferty (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. Zamawiający G. nie znalazł podstaw do wykluczenia tego wykonawcy. Wykluczenia takiego domagał się natomiast inny oferent (...) sp. z o.o. z siedzibą w S., który we wniesionym odwołaniu wskazywał, że zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 2, art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.

Rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym wyznacza przepis art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze p.z.p., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przez fakt należy tu rozumieć prawdziwość twierdzenia o fakcie, które zdolne jest uzasadnić żądanie lub zarzut strony

bądź uczestnika postępowania odwoławczego. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tej stronie lub tym uczestniku postępowania, którzy przytaczają twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (ei incumbit probatio qui dicit non qui negat). Postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny. Żaden z przepisów ustawy nie nakazuje składowi orzekającemu dążyć do ustalenia prawdy materialnej. Wręcz przeciwnie, obowiązkiem prowadzenia dowodów umożliwiającymi stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne, obarczone są strony postępowania odwoławczego. Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne (por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII; Opublikowano: WKP 2018, komentarz do art. 190).

W świetle powyższego to na odwołującym (...) sp. z o.o. spoczywał ciężar wykazania okoliczności uzasadniających wykluczenie (...) sp. z o.o. w oparciu o podstawy wskazane w odwołaniu, a więc art. 25 ust. 5 pkt 2 i 4 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza w zaskarżonym wyroku stwierdziła, iż przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 p.z.p. **nie zostały udowodnione**. Argumentację w tym zakresie Sąd Okręgowy w pełni podziela. Wobec zaś niekwestionowania jej w postępowaniu skargowym, zbędnym jest przedstawianie w tym względzie szerszego uzasadnienia.

W rozpoznawanej sprawie spór koncentrował się wokół podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. We wniesionej skardze (...) sp. z o.o. negowała ustalenia KIO, w zakresie, w jakim stwierdzono, że spełnione zostały wszystkie przesłanki obligujące zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy z postępowania na ww. podstawie. W ocenie Sądu Okręgowego rozstrzygnięcie KIO w tym względzie nie jest prawidłowe.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Powyższy przepis stanowi transpozycję do porządku krajowego regulacji art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. h) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (...)z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę (...). Zgodnie z tą regulacją instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59.

W orzecznictwie KIO podnosi się, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 (a także pkt 17) p.z.p. stanowi sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego pod rygorem wykluczenia z postępowania (por. wyrok KIO z 2 lutego 2018 r., sygn. KIO 113/18). Celem tych regulacji nie jest natomiast pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, co do których w toku realizacji wcześniejszych umów wykonywanych w ramach uzyskania zamówienia publicznego zachodziły jakiegokolwiek zastrzeżenia, niezależnie od ich rodzaju i skali (por. wyrok KIO z 20 czerwca 2017 r., sygn. KIO 1132/17).

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. zawiera w swojej treści kilka przesłanek, których kumulatywne spełnienie, skutkuje wykluczeniem wykonawcy. Po pierwsze, należy wykazać, iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd. Po drugie, wprowadzenie zamawiającego w błąd musi być wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (por. wyrok KIO z 18 kwietnia 2017

r., sygn. KIO 576/17). Po trzecie, należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Analiza orzecznictwa pozwala na wyodrębnienie dwóch sposobów interpretacji analizowanego przepisu. Pierwsza koncepcja oparta jest na powiązaniu podstawy określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. z innymi podstawami wykluczenia. Rodzi to ten skutek, że brak potwierdzenia zarzutu zaniechania wykluczenia np. z powodu nienależytego wykonania lub niewykonania umowy oznacza, że zamawiający nie został wprowadzony w błąd przez wykonawcę co do związanych z tym okoliczności. Stanowisko takie wyrażone zostało m.in. w wyroku KIO z 12 maja 2017 r., sygn. KIO 782/17, w którym wskazano, że w okolicznościach sporu rzeczywistą podstawą czynności wykluczenia odwołującego są normy zawarte w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp. Uznanie, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania ich w odniesieniu do odwołującego spowoduje, że i podstawa do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie znajdzie zastosowania. Treść oświadczenia składanego przez wykonawcę w formularzu (...) nie może być wykładana w oderwaniu od przesłanek wykluczenia, którego dotyczy to oświadczenie. Jakkolwiek powyższe orzeczenie odnosiło się do podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17, to jednak zdaniem sądu należy je odnieść również do podstawy określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. z uwagi na zbieżność przesłanki wprowadzenia zamawiającego w błąd. W orzecznictwie KIO utrwalone jest przy tym stanowisko, iż hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16 stanowi kwalifikowane wprowadzenie zamawiającego w błąd, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. Podobne stanowisko tj. co do powiązania przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 z istnieniem innej konkretnej podstawy wykluczenia przyjęto w sprawach o sygn. KIO 1428/18 i KIO 1166/17.

Przyjęcie ww. koncepcji w okolicznościach rozpoznawanej sprawy oznaczałoby, że skoro brak było podstaw do wykluczenia (...) sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 p.z.p., to nie mogło też dojść do wprowadzenia w błąd co podstaw wykluczenia określonych w tych przepisach.

W zaskarżonym wyroku KIO stwierdzając, że nie zostały wykazane przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 p.z.p. jednocześnie uznała jednak, że zachodzi podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. Wskazuje to na to, że w orzeczeniu KIO przyjęła inny niż opisany wyżej sposób wykładni tego przepisu, wedle którego podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 jest spełniona, jeśli wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenie w (...) co do okoliczności objętych pytaniami i w związku z tym podlega wykluczeniu, nawet wówczas gdy ostatecznie nie jest spełniona ta podstawa wykluczenia, z której istnieniem dane pytanie było związane. Podkreślić bowiem trzeba, że określona podstawa wykluczenia zachodzi, gdy spełnione są wszystkie jej przesłanki, natomiast pytania w (...) niejednokrotnie dotyczą tylko niektórych przesłanek z danej podstawy wykluczenia. Przy tej koncepcji podkreśla się, że na etapie składania (...) wykonawca zobowiązany jest do precyzyjnego i rzetelnego przedstawienia informacji, których ocena pozwoli zamawiającemu na sprawdzenie, czy wykonawca spełnia wymagane warunki i czy nie zachodzi podstawa do wykluczenia (por. np. wyrok KIO z 30 stycznia 2019 r., sygn. KIO 80/19 oraz wyrok SO w Warszawie w sprawie XXIII 469/19). Przy takiej interpretacji wprowadzenie w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji bądź zatajenie informacji ma miejsce także wówczas, gdy w ostatecznym rozrachunku nie zostanie potwierdzona podstawa wykluczenia, co do przesłanek której zamawiający został wprowadzony w błąd. Innymi słowy nieprawdziwe oświadczenie w (...) co do konkretnej okoliczności faktycznej stanowiącej jedną z przesłanek określonej podstawy wykluczenia - niezależnie od tego czy dana podstawa wykluczenia rzeczywiście jest spełniona - skutkuje więc wykluczeniem wykonawcy z uwagi na wprowadzenie w błąd.

Przyjęcie tego drugiego stanowiska, przy jednoczesnym stwierdzeniu, że nie zachodzą podstawy wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 p.z.p., pociąga za sobą konieczność szczegółowej analizy spełnienia wszystkich przesłanek wykluczenia w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. Jak już wskazano jedną z tych przesłanek jest podanie nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W pierwszej kolejności należało zatem ustalić, czy (...) sp. z o.o. podała nieprawdę udzielając w (...) odpowiedzi (...) na pytanie: "Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została

rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”.

KIO przyjęła, że na tak postawione pytanie wykonawca winien był odpowiedzieć (...), gdyż z treści pism z 3 grudnia 2019 r. z (...) W. oraz z pisma z 27 listopada 2019 r. z Nadleśnictwa Ł. wynika, że wobec (...) sp. z o.o. zostały nałożone kary umowne z tytułu niewykonania przedmiotu umowy w terminie, co stanowi podstawę do stwierdzenia, że w ramach wcześniej realizowanej umowy z podmiotem zamawiającym, nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje. Sąd Okręgowy argumentacji tej nie podziela.

Na wstępie należy zauważyć, że formularz (...) został określony Rozporządzeniem Wykonawczym Komisji UE (...) z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Delegację do wydania tego rozporządzenia przewidziano w art. 59 ust. 2 dyrektywy (...) oraz w art. 80 ust. 3 dyrektywy (...).

Zgodnie z instrukcją stanowiącą załącznik nr 1 do ww. rozporządzenia, jednolity europejski dokument zamówienia jest składanym przez wykonawców oświadczeniem własnym stanowiącym dowód wstępny, zastępujący zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie. Jak określono w art. 59 dyrektywy (...), stanowi on oficjalne oświadczenie wykonawcy, w którym stwierdza on, że nie znajduje się w jednej z sytuacji, w przypadku której wykonawcy muszą lub mogą zostać wykluczeni, że spełnia stosowne kryteria kwalifikacji oraz że, w stosownych przypadkach, spełnia obiektywne zasady i kryteria ustalone na potrzeby ograniczenia liczby kwalifikujących się kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do udziału.

Pytanie co do którego powstał spór w rozpoznawanej sprawie zamieszczone jest w części III sekcja C rubryka „rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje”. Sekcja C części III dedykowana jest przesłankom wykluczenia przewidzianym w art. 57 ust. 4 dyrektywy (...). Chodzi tu między innymi o podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi.

Formularz (...), pomimo że może być dopasowywany przez zamawiającego na potrzeby rodzimych postępowań, jest przede wszystkim dokumentem europejskim, odpowiadającym w pierwszej kolejności dyrektywom. Przekłada się to w szczególności na konstrukcję (...) w części odnoszącej się do przesłanek wykluczenia. Odzwierciedla ona dyrektywy, a nie treść art. 24 p.z.p. W praktyce pojawią się zatem problemy, jak prawidłowo wypełniać poszczególne rubryki formularza, który wymienia unijne podstawy wykluczenia, nie w pełni spójne z przesłankami z przesłankami określonymi w art. 24 p.z.p.

Z uwagi na wskazany wyżej charakter (...) w instrukcji stanowiącej załącznik nr 1 do Rozporządzenia Wykonawczego Komisji UE (...) wskazano, że aby ułatwić wykonawcom czynność wypełniania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, państwa członkowskie mogą wydawać wytyczne dotyczące stosowania tego dokumentu, na przykład w celu wyjaśnienia, które przepisy prawa krajowego są istotne w odniesieniu do sekcji A w części III.

W Polsce taką rolę pełni Instrukcja wypełniania (...) przygotowana przez Urząd Zamówień Publicznych i opublikowana na jego stronie internetowej. W wyjaśnieniach dotyczących spornego w sprawie pytania wskazano:

W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat.

Ustawodawca przewidział w tym zakresie fakultatywną przesłankę do wykluczenia z postępowania w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w stopniu rażącym wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Wskazana podstawa do wykluczenia z postępowania ma charakter fakultatywny, tzn. zamawiający może ją przewidzieć do badania wykonawców w treści ogłoszenia o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.

Wykonawca wypełnia formularz w tym zakresie tylko w sytuacji, gdy zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia.

Zamawiający G. przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 25 ust. 5 pkt 4 p.z.p., dlatego też nie budziło wątpliwości, że wykonawca zobligowany był udzielić odpowiedzi na pytanie zamieszczone w części III sekcja C rubryka „rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje”.

Podkreślić należy, że w zakresie tego pytania instrukcja odwołuje się do art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., przy czym samo pytanie w (...) dotyczy jedynie części przesłanek określonych w tym przepisie. Wykonawca zobligowany jest wskazać, czy wcześniejsza umowa została rozwiązana przed czasem bądź czy w związku z tą wcześniejszą umową nałożone zostało odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje. Nie ma natomiast znaczenia, czy doszło do tego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Trzeba też zauważyć, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego regulacji art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. g) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (...), która stanowi, że instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Sporne w sprawie pytanie dotyczy m.in. odszkodowań i innych porównywalnych sankcji związanych z wcześniejszą umową. W pytaniu zamieszczonym w (...) użyto sformułowania „nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje”, polska ustawa p.z.p. w art. 24 ust. 5 pkt 4 używa określenia „zasądzono odszkodowanie”, w dyrektywie zaś jest mowa o niedociągnięciu w spełnieniu istotnego wymogu, które doprowadziło do odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Porównanie zapisów dyrektywy i ustawy p.z.p. prowadzi do wniosku, że polski ustawodawca w art. 24 ust. 5 pkt 4 zawęził przesłankę dotyczącą odszkodowań jedynie do przypadków, w których zostały one zasądzone, a nie tylko nałożone. W doktrynie raczej zgodnie przyjmuje się, że użyte w tym przepisie pojęcie odszkodowania odnosi się także do należności z tytułu kar umownych, które na gruncie prawa cywilnego traktowane są jako surogat odszkodowania (por. Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany; Opublikowano: LEX/el. 2020). Zasadniczo nie budzi też wątpliwości komentatorów, że na gruncie ww. przepisu, niezbędne jest ustalenie, czy zostało wydane orzeczenie sądowe, w którym zasądzono na rzecz zamawiającego odszkodowanie od wykonawcy ze względu na nienależyte wykonywanie umowy. Nie będzie więc zachodziła podstawa wykluczenia, jeżeli wykonawca dobrowolnie zapłacił kary umowne ze względu na wystąpienie okoliczności uprawniających zamawiającego do żądania takiej kary, które stanowiły o nienależytym wykonaniu zobowiązania. Dopiero w przypadku, gdy powstał spór co do zasadności naliczenia kar umownych lub odszkodowania na zasadach ogólnych, który został rozstrzygnięty wyrokiem sądu na niekorzyść wykonawcy przez zobligowanie go do zapłaty odszkodowania, zachodzą okoliczności wskazane w przepisie (por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII; Jaworska M. (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 11, 2020, Legalis; Pieróg J., Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. 15, 2019, Legalis).

W świetle powyższego powstaje pytanie, jak interpretować pytanie w (...) dotyczące „nałożenia odszkodowania”. Niewątpliwie bowiem pojęcie „nałożenie” jest szersze od pojęcia „zasądzenie”. Przyjęcie literalnego brzmienia pytania

zawartego w (...) oznaczałoby, że wykonawca byłby zobligowany do udzielenia odpowiedzi twierdzącej w każdym przypadku nałożenia kary umownej, nawet jeśli nie została ona zasądzona wyrokiem sądu.

W ocenie Sądu Okręgowego mając na względzie zapisy instrukcji wypełniania (...), które w tym zakresie wyraźnie odwołują się do podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., pytanie dotyczące przesłanek określonych w tym przepisie należy wyklądać z uwzględnieniem brzmienia krajowej przesłanki wykluczenia. Na konieczność takiej interpretacji zwróciła też uwagę KIO m.in. w wyroku z 3 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1428/18. W orzeczeniu tym Izba zauważyła, że odwołujący udzielił negatywnej odpowiedzi na pytanie w (...) z uwzględnieniem brzmienia krajowej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. Zaznaczyła Izba, że wzór formularza (...) jest europejskim formularzem zamówienia, w konsekwencji czego jego treść nie odzwierciedla w pełni brzmienia przesłanek wykluczenia wykonawcy określonych w prawie krajowym, tj. w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Izby zamawiający podczas oceny złożonych przez odwołującego w tamtej sprawie wyjaśnień nie wziął pod uwagę ww. okoliczności i w sposób nieprawidłowy wysnuł zbyt daleki wniosek, iż ten przedstawił nieprawdziwe informacje w treści (...), pomijając przy tym brzmienie przepisów krajowych, do których referował odwołujący w swoich wyjaśnieniach.

Jak już wskazywano formularz (...) jest dokumentem o charakterze uniwersalnym i nie oddaje dokładnie krajowych przesłanek wykluczenia. Bez wątplenia natomiast ma on służyć zamawiającemu w celu weryfikacji braku podstaw wykluczenia obowiązujących w krajowym porządku prawnym. Z tego też względu nie powinien być interpretowany wyłącznie literalnie, ale właśnie przez pryzmat treści przepisów krajowych. Tylko wówczas będzie on w stanie należycie spełniać swoją funkcję. Zarówno pytania, jak i treść oświadczenia składanego przez wykonawcę w formularzu (...), nie mogą być więc wykładane w oderwaniu od przesłanek wykluczenia, których dotyczą.

W kontekście zaś podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., której dotyczyło sporne pytanie, istotne znaczenie ma tylko to, czy w związku z wcześniejszą umową zostało zasądzone odszkodowanie. Samo tylko naliczenie kary umownej, które nie znalazło odzwierciedlenia w orzeczeniu sądu powszechnego, nie ma znaczenia prawnego, bo nie stanowi przesłanki wykluczenia przewidzianej w ww. przepisie. Wprowadzenie zamawiającego w błąd musi być zaś wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania. W ocenie Sądu Okręgowego wymóg zaznaczenia opcji «TAK» przy analizowanym pytaniu (...) powstawał zatem w sytuacji zmaterializowania się przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., tj. w przypadku gdy w związku z wcześniejszą umową od wykonawcy zostało zasądzone odszkodowanie.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie budziło wątpliwości, że w związku z umowami zawartymi z (...) W. oraz Nadleśnictwem Ł. wobec (...) sp. z o.o. zostały naliczone kary umowne z tytułu niewykonania przedmiotu umowy w terminie. Nałożenie tych kar nie nastąpiło jednak orzeczeniem sądu, a przynajmniej okoliczność taka nie została wykazana. Z tego też względu odpowiadając na pytanie, czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której w związku z wcześniejszą umową w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszą umową z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje, (...) sp. z o.o. uprawniona była do udzielenia odpowiedzi przeczącej, a jej oświadczenia w tym względzie nie można uznać za nieprawdziwego, a przez to wprowadzającego zamawiającego w błąd co do podstaw wykluczenia.

Zamieszczone w części III sekcji C (...) sporne pytanie dotyczyło również kwestii rozwiązania wcześniejszej umowy przed czasem. KIO analizując zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. i przyjmując, że wykonawca podał nieprawdę w kwestii nałożenia na niego odszkodowania, nie badała już prawdziwości oświadczenia wykonawcy w zakresie tej części składowej pytania, która odnosiła się do rozwiązania wcześniejszej umowy przed czasem. W tej kwestii Izba wypowiedziała się natomiast w związku z zarzutem naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., przyjmując, że z uwagi na brak wskazania w umowie terminu na odstąpienie, skuteczne rozwiązanie umów z (...) W. oraz Nadleśnictwem Ł. nie zostało wykazane. Podzielając to stanowisko, należy je uzupełnić o dodatkową argumentację, odnoszącą się do podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.

Zgodnie z treścią pytania zawartego w (...) wykonawca zobowiązany był wskazać, czy wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji **została rozwiązana przed czasem** (np. wskutek wypowiedzenia umowy o wykonywanie usług zawartej na określony czas lub np. wskutek odstąpienia od umowy o dzieło w sytuacji, gdy wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem wykonania dzieła tak dalece, że pewnym jest, że nie zdoła go wykonać na umówiony czas itp.). Sformułowanie to odzwierciedla przytoczoną wcześniej regulację art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. g) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (...), w której jest mowa o znaczących lub uporczywych niedociągnięciach w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy. Wdrażając tę regulację do polskiego porządku prawnego ustawodawca postanowił o fakultatywnym wykluczeniu wykonawcy, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, co doprowadziło do rozwiązania umowy. W treści art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. brak jest przy tym dookreślenia, że chodzi o wcześniejsze, a więc mające miejsce przed czasem, rozwiązanie umowy. Mimo to w doktrynie i orzecznictwie KIO interpretując ten zapis przyjmuje się, że chodzi o rozwiązanie umowy przed upływem okresu jej obowiązywania (por. np. wyrok KIO z 4 lipca 2017 r., sygn. KIO 1166/17). Treść (...) nie pozostawia tu wątpliwości, co do tego, że wykonawca powinien zaznaczyć opcję «TAK» tylko w przypadku, gdy doszło do rozwiązania umowy przed czasem, natomiast bez względu na przyczyny jej rozwiązania (por. Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych; Komentarz aktualizowany; opublikowano: LEX/el. 2020).

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, abstrahując od skuteczności oświadczeń o odstąpieniu, nie doszło do rozwiązania umów z (...) W. i Nadleśnictwem Ł. przed czasem, a więc przed określonymi w nich terminami realizacji zamówienia.

Umowa nr(...) z Nadleśnictwem Ł. została zawarta 13 czerwca 2018 r. Wykonawca zobowiązał się w niej do wykonania zdjęć fotogrametrycznych w terminie do 31 sierpnia 2018 r. i przekazania wytworzonych produktów zamawiającemu najpóźniej do 30 września 2018 r. Zamawiający odstąpił od tej umowy pismem z 8 listopada 2018 r., a więc już po tym terminie.

Z kolei umowa nr (...) z Regionalną Dyрекcją Lasów Państwowych została podpisana 13 lipca 2018 r. Postanowiono w niej, że zdjęcia fotogrametryczne wykonawca wykona do 31 sierpnia 2018 r., a wytworzone produkty przekaze zamawiającemu najpóźniej do 31 października 2018 r. Oświadczenie o odstąpieniu zostało zaś złożone dopiero pismem z 29 listopada 2018 r.

W obu przypadkach skuteczność tego odstąpienia została zakwestionowana zarówno przez skarżącego jak i KIO. Skuteczność odstąpień budzi wątpliwości również z tego powodu, że z oświadczeń stron złożonych na rozprawie przed tut. Sądem wynika, że część produktów wykonanych przez(...) została przez ww. zamawiających przyjęta a kary umowne zapłacono poprzez potrącenie z wynagrodzenia należnego za te produkty.

Podsumowując należy stwierdzić, że również w odniesieniu do tej części składowej spornego pytania, która odnosiła się do rozwiązania wcześniejszych umów **przed czasem**, (...) sp. z o.o. uprawniona była do udzielenia odpowiedzi przeczącej.

Nawet gdyby przyjąć niekorzystną dla skarżącego interpretację omawianej przesłanki wykluczenia i przyjąć, że według polskiego prawa chodzi o jakiegokolwiek rozwiązanie umowy a nie tylko rozwiązanie umowy przed czasem, to z uwagi na jednoznaczność pytania w (...), które wyraźnie dotyczy rozwiązania umowy przed czasem, nie można by skarżącemu zarzucić, że wprowadził zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a jest to z przesłanek koniecznych do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust 1 pkt 16 p.z.p.

Podsumowując należy stwierdzić, że w rozpoznawanej sprawie nie zostały wykazane żadne okoliczności - co winien uczynić odwołujący już w toku postępowania odwoławczego - wobec których na zawarte w (...) pytanie w brzmieniu: „czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia

publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" wykonawca (...) sp. z o.o. winien był odpowiedzieć twierdząco.

Wszystko to sprawia, że nie została spełniona podstawowa przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., tj. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd. Aby zaś wypełnić hipotezę ww. przepisu i wykluczyć wykonawcę wszystkie zawarte w nim przesłanki muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy (por. wyroki KIO z: 14 marca 2017 r., sygn. akt 348/17 i z 10 lipca 2017 r. sygn. KIO 1257/17).

Z tych wszystkich względów podniesione w skardze zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. oraz art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 65¹ k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. należało ocenić jako uzasadnione i skutkujące koniecznością zmiany zaskarżonego wyroku.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów należy wskazać, że Sąd Okręgowy nie dopatrył się zarzucanego naruszenia art. 190 ust. 7 p.z.p. Zarzut ten w rzeczywistości odnosił się do sfery prawa materialnego i błędnej, zdaniem skarżącego, wykładni oświadczenia wiedzy zawartego w (...). Przepis art. 190 ust. 7 p.z.p. stanowi odpowiednik funkcjonującego na gruncie postępowania cywilnego przepisu art. 233 § 1 k.p.c. Przy ocenie zarzutu naruszenia przepisu art. 190 ust. 7 p.z.p. można zatem odwoływać się do utrwalonego stanowiska doktryny i orzecznictwa co do charakteru art. 233 § 1 k.p.c. i możliwości jego naruszenia. W tym kontekście art. 190 ust. 7 p.z.p. stanowi wyraz zasady swobodnej oceny dowodów, określa granice tej swobody i wskazuje, w jaki sposób organ orzekający powinien ją realizować. Do naruszenia tego przepisu mogłoby dojść tylko wówczas, gdyby skarżący przy pomocy argumentów jurydycznych wykazał uchybienie podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, a nadto wpływ tego naruszenia na wynik sprawy. Prawidłowe postawienie zarzutu naruszenia art. 190 ust. 7 p.z.p. wymaga zatem wskazania konkretnego dowodu przeprowadzonego w sprawie, którego zarzut ten dotyczy i podania, w czym skarżący upatruje wadliwą ocenę jego wiarygodności bądź mocy dowodowej (por. wyrok Sądu Najwyższego z 25 listopada 2003 r., sygn. II CK 293/02). Tego rodzaju argumentacji skarżący nie przedstawił, upatrując naruszenia art. 190 ust. 7 p.z.p. w wybiórczej i niepełnej interpretacji zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Tymczasem ocena zapisów (...) i wykładnia złożonych w nim oświadczeń wiedzy należą do zakresu stosowania prawa materialnego, a nie przepisów dotyczących oceny dowodów. Nie może być zatem zwalczana przy pomocy zarzutu naruszenia przepisu prawa procesowego.

Jako nieadekwatny i nieprawidłowo sformułowany należy ocenić również zarzut naruszenia zasady proporcjonalności określonej w art. 7 ust. 1 p.z.p. Zasada ta wyraża się w obowiązku formułowania wobec wykonawców wymagań w postępowaniu w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, rzeczywistych potrzeb zamawiającego i celu, dla którego prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia. Oznacza ona zakaz stawiania wykonawcom nadmiernych wymagań, którym nie byłby w stanie sprostać wykonawca zdolny do zaspokojenia obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zasada ta powinna być respektowana przede wszystkim przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia, określaniu warunków udziału w postępowaniu oraz obiektywnych kryteriów selekcji wykonawców, a także określania dokumentów, służących ocenie spełniania warunków podmiotowych. Również kryteria oceny ofert powinny być określone w sposób pozwalający na wyłonienie oferty najkorzystniejszej, a więc w sposób proporcjonalny do zakładanych korzyści z przyjęcia określonych kryteriów oceny ofert (por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. 11, 2020, komentarz do art. 7 ustawy).

Zasada proporcjonalności oznacza także, iż wszędzie tam, gdzie ustawodawca nadał zamawiającemu prawo stosowania sankcji zamawiający spośród dostępnych mu środków sankcyjnych, musi wybrać takie, które są odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do zamierzonych celów (por. wyrok KIO z 14 marca 2017 r., sygn. KIO 348/17). Komentowana zasada nie odnosi się więc jedynie do zagadnień związanych z opisem przedmiotu

zamówienia lub sformułowaniem warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający powinien wziąć ją również pod uwagę, gdy podejmuje działania zmierzające do ukarania wykonawcy.

Podkreślić należy, że zamawiający stwierdzając podstawę wykluczenia przewidzianą w art. 24 ust. 1 p.z.p. musi wykluczyć wykonawcę bez możliwości zastosowania jakiegokolwiek innej sankcji, gdyż tak właśnie brzmi ten przepis, tj.: „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się”. W przypadku, gdy wykonawca podlega wykluczeniu, to nie może on zostać inaczej potraktowany, bo przepis nie daje możliwości, aby stopniować sankcje. Art. 24 p.z.p. określa jeden rodzaj konsekwencji, czyli wykluczenie wykonawcy. W aktualnym stanie prawnym zasada proporcjonalności nie ma aż tak dalekiego zastosowania, aby dawała uprawnienia jakimkolwiek podmiotowi do stopniowania wykluczenia, czy stosowania innego rodzaju sankcji (por. wyrok KIO z 10 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1470/18). Sam zresztą skarżący nie wyartykułował, na czym miałyby polegać zastosowanie zasady proporcjonalności.

Inaczej przedstawia się natomiast sytuacja na gruncie ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, która wejdzie w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. Ustawodawca w art. 109 ust. 3 tej ustawy postanowił, że w przypadku podstaw wykluczenia, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7 tego przepisu, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Z przepisu tego wynika, że możliwość ta nie odnosi się jednak do uregulowanego w art. 109 ust. 1 pkt 8 wykluczenia wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu. O ile więc skarżący słusznie zarzucał brak podstaw do wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., o tyle w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nietrafnie wskazywał na naruszenie zasady proporcjonalności.

Z powyższych względów Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 2 p.z.p. zmienił zaskarżone orzeczenie w ten sposób, że oddalił odwołanie. W konsekwencji zachodziła również konieczność zmiany rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego. KIO w pkt 2 sentencji zaskarżonego wyroku kosztami tymi obciążyła zamawiającego. Jakkolwiek rozstrzygnięcie w tym zakresie nie zostało zaskarżone przez żadną ze stron, to jednak jak stanowi art. 198f ust. 5 p.z.p. strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku, zaś określając wysokość kosztów w treści orzeczenia, sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania. Z przepisu tego wynika, że orzekając o kosztach postępowania sąd zobowiązany jest orzec także o kosztach poniesionych przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania, biorąc pod uwagę ostateczne rozstrzygnięcie sprawy, które zapadło przed sądem. Oznacza to, że w zależności od wyniku sprawy sąd może zmienić również postanowienie w sprawie kosztów, zawarte w orzeczeniu KIO (por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. 11, 2020, komentarz do art. 198f ustawy). Okoliczność, czy postanowienie KIO o kosztach postępowania odwoławczego zostało objęte zakresem zaskarżenia nie ma więc tu znaczenia.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł stosownie do jego wyniku na podstawie art. 198f ust. 5 p.z.p. Na rzecz skarżącego zasądzono 83.117 zł. Koszty te obejmują 75.000 zł opłaty od skargi, 17 zł opłaty skarbowej od pełnomocnictwa 8100 zł wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika reprezentującego skarżącego w postępowaniu skargowym po raz pierwszy. Wynagrodzenie to ustalono w stawce minimalnej stosownie do § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie.

Powyższe koszty poniesione przez skarżącego, zgodnie z jego ostatecznie sprecyzowanym żądaniem, zasądzono od uczestnika (...) sp. z o.o. z siedzibą w S.. Sąd Okręgowy nie podzielił argumentacji uczestnika zmierzającej do wykazania braku podstaw do obciążenia go kosztami postępowania skargowego i przerwania odpowiedzialności w tym względzie na Zamawiającego. W tym zakresie (...) sp. z o.o., powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, wskazywała, że w sytuacji gdy skargę na orzeczenie KIO wnosi wykonawca, który uprzednio przystąpił do odwołania po stronie zamawiającego, za strony postępowania sądowego należy uznać wykonawcę jako skarżącego i zamawiającego jako przeciwnika skargi. Uczestnik wywodził, że w ww. sytuacji przeciwnikiem skargi jest zawsze zamawiający, a nie odwołujący w postępowaniu przed KIO. W konsekwencji uczestnik podnosił, że skoro nie jest stroną postępowania skargowego, to występuje w nim jedynie jako interwenient uboczny, co oznacza, że skarżący nie może domagać się zasądzenia od niego kosztów postępowania. Żądanie takie powinien zaś kierować w kierunku zamawiającego.

Odnosząc się do powyższego, w pierwszej kolejności trzeba zauważyć, że w doktrynie i orzecznictwie nie ma jednolitego stanowiska co do tego, komu przysługuje przymiot przeciwnika skargi w sytuacji, gdy skargę na wyrok KIO uwzględniający odwołanie wnosi uczestnik postępowania przystępujący w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Wedle pierwszego poglądu, na który powołał się uczestnik (...) sp. z o.o., to zamawiający jest w każdym przypadku przeciwnikiem skargi, o ile tylko sam nie jest skarżącym. Inne stanowisko zakłada, że w opisaney wyżej sytuacji przeciwnikiem skargi będzie odwołujący w postępowaniu przed KIO (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 12 września 2019 r., sygn. XXII Ga 1148/19, niepubl.). Podnosi się, że skargę na orzeczenie KIO mogą wnieść nie tylko strony postępowania, ale także jego uczestnik, który przystępując do postępowania odwoławczego po jednej ze stron musi wykazać interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Dlatego też nie ma uzasadnienia dla przypisywania w takiej sytuacji statusu przeciwnika skargi zamawiającemu, z pominięciem roli, w jakiej występował przed izbą zamawiający i skarżący oraz wbrew ich rzeczywistym interesom (por. Jaworska M. (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 11, 2020, Legalis; komentarz do art. 198b).

W ocenie Sądu Okręgowego opowiedzenie za jednym z dwóch przedstawionych wyżej poglądów nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów postępowania skargowego. Jak bowiem stanowi art. 198f ust. 5 p.z.p. strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku. Wyłącznie wynik sprawy, czyli stopień, w jakim strony utrzymały się ze swoimi żądaniami, decyduje o orzeczeniu w przedmiocie kosztów. Rola procesowa danego podmiotu, a więc formalne uznanie go za przeciwnika skargi bądź też nie, w tym aspekcie nie ma żadnego znaczenia. Znajduje to potwierdzenie również w jednym z orzeczeń przywołanych przez (...) sp. z o.o. W wyroku z 13 lipca 2018 r., sygn. III Ca 381/18, Sąd Okręgowy w Łodzi wyraził pogląd, że w przypadku wniesienia skargi przez przystępującego w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, przeciwnikami procesowymi (wbrew swojej woli) są zamawiający (przeciwnik skargi) oraz wykonawca wybrany (skarżący). Stanowisko takie, które zresztą w żaden sposób nie odnosiło się do problemu rozstrzygnięcia o kosztach postępowania skargowego, nie stało na przeszkodzie zasądzeniu tychże kosztów przez ww. Sąd od skarżącego wykonawcy (przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego), który przegrał postępowanie skargowe, na rzecz podmiotu występującego w postępowaniu odwoławczym w roli odwołującego. Mimo więc, że w ocenie tamt. sądu za przeciwnika skargi należało uznać zamawiającego, a nie odwołującego, to dla orzeczenia w przedmiocie kosztów nie miało to znaczenia. Sąd rozstrzygnął bowiem o kosztach pomiędzy wykonawcami (tj. skarżącym, czyli przystępującym w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego oraz uczestnikiem- odwołującym), a nie pomiędzy skarżącym a zamawiającym jako przeciwnikiem skargi. Prowadzi to do wniosku, że nawet gdyby przyjąć, że odwołującemu z postępowania przed KIO, nie przysługuje status przeciwnika skargi, to nie sprzeciwia się to zasądzeniu od niego bądź na jego rzecz kosztów postępowania skargowego, stosownie do jego wyniku.

Powiązanie orzeczenia o kosztach z wynikiem postępowania stanowi wyraz akcesoryjności obowiązku pokrycia kosztów przez tą stronę, która uległa, na rzecz tej strony, której żądania zostały uwzględnione. W rozpoznawanej sprawie nie budzi wątpliwości, że to (...) sp. z o.o. jest przegrywającym postępowanie, bowiem prezentowana przez nią argumentacja nie została uwzględniona przez Sąd Okręgowy, który podzielając stanowisko wyrażane przez skarżącego i Zamawiającego zmienił korzystny dla odwołującego wyrok KIO, w ten sposób że otrzymał on treść sprzeczną z oczekiwaniami uczestnika. W takiej sytuacji zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego, który prezentował stanowisko zbieżne z twierdzeniami skarżącego, pozostawałoby w zasadniczej sprzeczności z zasadą odpowiedzialności za wynik sprawy, stanowiąc nieuzasadnioną próbę obarczenia kosztami postępowania strony, która uzyskała pożądane, korzystne dla siebie rozstrzygnięcie. Z tych też względów orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

W odniesieniu do poniesionych przez Zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego Sąd Okręgowy postanowił nie obciążać nimi (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S.. Sąd miał tu na względzie fakt, że Zamawiający mimo iż nie zgadzał się wyrokiem KIO nie zaskarżył go. Tylko zaś dzięki skardze wniesionej przez (...) sp. z o.o. Zamawiający uzyskał korzystne dla siebie rozstrzygnięcie, zwłaszcza w zakresie kosztów postępowania odwoławczego, którymi obciążyła go KIO. Poniesione zaś przez Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego w postępowaniu skargowym (8100 zł - § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za

czynności adwokackie) są ponad dwukrotnie niższe aniżeli koszty postępowania odwoławczego (19.674,29 zł), które Zamawiający musiałby ponieść w przypadku niezaskarżenia wyroku KIO przez (...) sp. z o.o.

(...)