

Sygn. akt XXIII Zs 105/21

POSTANOWIENIE

Dnia 30 listopada 2021 r.

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

Przewodniczący: sędzia Małgorzata Siemianowicz – Orlik

Protokolant : Karolina Szymońska

po rozpoznaniu w dniu 17 listopada 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem zamawiającego Skarbu Państwa – Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej

w Republice Federalnej Niemiec w B., Niemcy

i odwołującego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

na skutek skargi Skarbu Państwa – Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej

w Republice Federalnej Niemiec w B., Niemcy

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 15 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1819/21

postanawia:

- zmienić zaskarżony wyrok wyłącznie w punkcie 2. i obciążyć (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kosztami postępowania odwoławczego w całości oraz w punkcie 2.2. i zasądzić od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz Skarbu Państwa – Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec w B., Niemcy 4.448,84 zł (cztery tysiące czterysta czterdzieści osiem złotych osiemdziesiąt cztery grosze) tytułem kosztów postępowania odwoławczego,
- odrzucić skargę w pozostałej części,
- zasądzić od Skarbu Państwa – Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec w B., Niemcy na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. 12.500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Małgorzata Siemianowicz – Orlik

Sygn. akt XXIII Zs 105/21

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec w B., Niemcy prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi inżyniera kontraktu dla projektu „Budowa nowej siedziby Ambasady RP w Republice Federalnej Niemiec”.

Pismem z dnia 11 czerwca 2021 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz o wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych i o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. wniósł dnia 21 czerwca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 57 ust. 4 lit h) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji wykluczenie odwołującego z postępowania w związku z bezpodstawnym przyjęciem, że odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp,

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez odrzucenie oferty odwołującego w związku z bezpodstawnym przyjęciem, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, a także unieważnienia czynności unieważnienia wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 9 lipca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Wyrokiem z dnia 15 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1819/21 Krajowa Izba Odwoławcza w pkt. 1. oddaliła odwołanie, w pkt. 2. kosztami postępowania obciążyła zamawiającego - Skarb Państwa – Ambasadę Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec w części tj.: 1/2 oraz odwołującego - (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W. w części tj.: 1/2, w pkt. 2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, a w pkt. 2.2. zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 076 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza w toku niniejszego postępowania ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest usługa Inżyniera Kontraktu polegająca na pełnieniu nadzoru inwestorskiego w zakresie opisanym w ustawie - Prawo budowlane. Pismem z dnia 28 stycznia 2021 r. zamawiający poinformował m.in. o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, a w dniu 8 lutego 2021 r. dwaj wykonawcy uczestniczący w postępowaniu wnieśli odwołania, które zostały oddalone (wyrok z dnia 5 marca 2021 r., sygn. akt KIO 391/21 i 410/21).

Pismem z dnia 31 maja 2021 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o przedstawienie wyczerpujących informacji, czy w trakcie lub w związku z postępowaniem firma korzystała ze wsparcia, uzyskiwała informację lub w jakikolwiek inny sposób współpracowała z panem D. Zamawiający dodał, że pan D. w trakcie przedmiotowego postępowania pełnił funkcję przewodniczącego komisji przetargowej, tymczasem w dniu 10 maja 2021 r. odwołujący poinformował go, że pan D. będzie pełnił funkcję Kierownika Projektu w trakcie realizowania przez niego usługi. W odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 2 czerwca 2021 r. odwołujący wskazał, że w toku postępowania w żaden sposób nie kontaktował się z panem D., nie współpracował z nim i nie korzystał z jego wsparcia, w szczególności w zakresie przygotowania oferty. Odwołujący przedstawił w piśmie swoją argumentację, jak też dołączył do niego: porozumienie stron z dnia 21 stycznia 2021 r. o rozwiązaniu umowy o pracę z dniem 28 stycznia 2021 r. oraz umowę o współpracy zawartą między odwołującym, a panem D. z dnia 15 marca 2021 r.

Pismem z dnia 11 czerwca 2021 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty odwołującego oraz o jego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp i o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w uzasadnieniu wskazując, że odwołujący w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu

Zamówienia („JEDZ”) oświadczył, że nie dotyczy go ta przesłanka wykluczenia z postępowania. Na pytanie zawarte w treści Części IV JEDZ dotyczącej tego, czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, odwołujący udzielił odpowiedzi przeczącej. Tymczasem, z informacji, którymi dysponuje zamawiający wynika, iż w dniu 27 marca 2019 r. w B. odwołujący zawarł ze Skarbem Państwa – Ambasadą RP w B. umowę o dzieło, której przedmiotem było wykonanie dzieła polegającego na Opracowaniu Opisu Przedmiotu Zamówienia dla Inżyniera Kontraktu dla projektu „Budowa nowej siedziby Ambasady RP w RFN”. Umowa ta została nie tylko zawarta, ale także wykonana, czego potwierdzeniem jest podpisanie protokołu odbioru z dnia 7 czerwca 2019 r. stanowiącego pokwitowanie wykonania przedmiotu tej umowy. W ocenie zamawiającego odwołujący powinien być świadomy swojego zaangażowania na etapie przygotowania postępowania, a o fakcie tym winien poinformować zamawiającego w JEDZ.

Przesłanka wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 PZP ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, iż obowiązek przekazania wszystkich informacji potrzebnych do oceny podstaw wykluczenia obciąża wykonawcę z mocy samego prawa. Zaniechanie przekazania tych informacji i złożenie oświadczenia niezgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy, w odniesieniu do okoliczności faktycznych mogących stanowić przesłankę wykluczenia z postępowania aktualizuje przesłankę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP. Zamawiający wskazał również, że niezależnie od opisanych powyżej okoliczności, działania związane ze złożeniem oferty oraz przedłużaniem terminu związania oferty oceniać należy w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji, co z kolei wypełnia przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP.

Złożenie przez odwołującego oferty, pomimo wiedzy o swoim aktywnym uczestnictwie w przygotowaniu postępowania, a następnie nawiązanie współpracy z byłym kierownikiem projektu po stronie zamawiającego, który dokonywał odbioru prac wykonanych na podstawie umowy, w oparciu o którą odwołujący wykonywał opis przedmiotu zamówienia, narusza dobre obyczaje. Wykonawca ani nie powinien zatajać faktu opracowania opisu przedmiotu zamówienia, jak również winien powstrzymać się od zachowań, które stanowią konflikt interesów.

W tym stanie faktycznym nie może być wątpliwości, iż złożenie oferty przez odwołującego oraz przedłużanie przez tego wykonawcę terminu związania ofertą nastąpiło w warunkach określonych w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ewidentne naruszenie dobrych obyczajów oraz naruszenie przepisów prawa godzi w interes zamawiającego, który jako jednostka organizacyjna Skarbu Państwa, obowiązany jest działać na podstawie i w granicach prawa. Nie może tolerować, ani tym bardziej dokonywać czynności prawnych sprzecznych z prawem.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że istnieje po stronie odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego. Ponadto nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania, Izba przytoczyła treść art. 24 ust. 1 pkt 16 i 19 ustawy Pzp i oceniając zasadność wykluczenia odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności stwierdziła, że zachodzi wobec odwołującego przesłanka zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Z okoliczności sprawy wynika, że na zawarte w JEDZ pytanie, czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, odwołujący świadomie wpisał w JEDZ odpowiedź „NIE”. Tymczasem w 2019 r. zamawiający zawarł z odwołującym umowę o dzieło, na podstawie której wykonał on opracowanie opisu przedmiotu zamówienia dla inżyniera kontraktu dla projektu „Budowa nowej siedziby Ambasady RP w RFN”. Prowadziło to do wniosku, że odwołujący przygotował opis przedmiot zamówienia dla niniejszego postępowania, a takie działanie z pewnością mieści się w pojęciu „przygotowania postępowania”, o czym świadczy fakt, że art. 29 i nast. ustawy Pzp, dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, znajdują się w dziale II rozdziale 2 tej ustawy o nazwie: „Przygotowanie postępowania”. Tym samym opracowanie przez odwołującego opisu przedmiotu zamówienia oznacza, że brał on udział w przygotowaniu postępowania, o którym mowa także w art. 24

ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Nie można podzielić w tym przypadku stanowiska odwołującego, że wykonane przez niego w 2019 r. opracowanie zostało następnie zmodyfikowane.

KIO nie podzieliła stanowiska odwołującego, że nie brał on udziału w przygotowaniu postępowania, ponieważ opracowanie przygotowane przez niego w 2019 r. zostało następnie zmodyfikowane. Opracowanie opisu przedmiotu zamówienia, wykonane przez odwołującego w 2019 r., zostało wykorzystane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, choć w ograniczonym zakresie. Nie można było zgodzić się z odwołującym, że skoro zamawiający wiedział o zawartej z nim w 2019 roku umowie o dzieło, to nie mógł zostać wprowadzony w błąd. Wiedzę o podstawach wykluczenia zamawiający pozyskuje zasadniczo z dokumentów składanych przez wykonawcę, a ubieganie się o zamówienie udzielone przez zamawiającego, z którym wykonawca już współpracował, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku podania w dokumencie JEDZ prawdziwych informacji. Odwołujący podał nieprawdziwą informację w JEDZ, co do braku swojego udziału w przygotowaniu postępowania. W konsekwencji ziściły się przesłanki wprowadzenia zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy przedstawianiu informacji, że odwołujący nie podlega wykluczeniu. Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Dlatego też odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Izba podzieliła natomiast stanowisko odwołującego co do zarzutu dotyczącego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności należało zwrócić uwagę, że aby zachodziła przesłanka odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, czynem nieuczciwej konkurencji musi być samo złożenie oferty. Ustawa Pzp wielokrotnie posługuje się pojęciem „złożenie oferty” przede wszystkim w kontekście terminu, w którym oferta ma być złożona (por. m.in. art. 43, art. 51 ust. 5 pkt 3, art. 52 ustawy Pzp). Oznacza to, że czynność złożenia oferty musi być jednorazowo dokonana w konkretnym terminie wskazanym przez zamawiającego. Ponadto sam charakter tej czynności, polegającej na fizycznym dostarczeniu oferty do zamawiającego, przesądza o jej jednokrotnym charakterze. Oferta składana jest raz, a następnie może być oceniana przez zamawiającego, przy czym wszystkie jego czynności w tym zakresie są dokonywane wobec już złożonej oferty, a nie wobec oferty, która cały czas znajduje się w „stanie składania” – na poparcie swojego stanowiska Krajowa Izba Odwoławcza przytoczyła wyroki: z 29 maja 2017 r., sygn. akt KIO 922/17, z dnia 29 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 1069/16 oraz z dnia 3 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 503/19.

W przekonaniu Izby nie jest dopuszczalne takie interpretowanie treści art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w myśl którego „złożenie oferty” jest stanem trwającym, aż do zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, co pozwoliłoby zamawiającemu na odrzucenie oferty wykonawcy także wtedy, gdy ewentualny czyn nieuczciwej konkurencji miał miejsce już po upływie terminu składania ofert. Tym samym odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp może nastąpić jedynie wtedy, gdy czyn nieuczciwej konkurencji miał miejsce w związku ze złożeniem oferty, a nie w czasie późniejszym. Oceniając przesłanki opisane w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp na moment złożenia oferty przez odwołującego, Izba ustaliła, że termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 11 września 2020 r. Przewodniczącym komisji przetargowej był pan D. W dniu 28 stycznia 2021 r. (na mocy porozumienia z dnia 21 stycznia 2021 r.) nastąpiło rozwiązanie umowy o pracę z panem D. W tym samym dniu (28 stycznia 2021 r.) zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. W dniu 15 marca 2021 r. pan D. wznowił prowadzenie działalności gospodarczej i zawarł umowę o współpracy z odwołującym. Ani zamawiający, ani przystępujący nie dysponują żadnymi dowodami potwierdzającymi, że odwołujący utrzymywał jakiegokolwiek kontakty z panem D. w dniu złożenia oferty. Sam zamawiający przyznał, że nie ma możliwości i nie jest jego rolą uzyskanie takich dowodów. Należało jednak stwierdzić, że brak dowodów na współpracę pana D. z odwołującym w dniu złożenia oferty, uniemożliwia stwierdzenie, że doszło do czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się też do argumentu zamawiającego, iż pan D. jest objęty - wynikającym z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 2 ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne – zakazem zatrudnienia lub wykonywania innych zajęć u przedsiębiorcy, jeżeli brał udział w wydaniu rozstrzygnięcia w sprawach indywidualnych dotyczących tego przedsiębiorcy. W ocenie Izby nie ma podstaw do przyjęcia, że w dniu złożenia oferty odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji poprzez naruszenie

dobrych obyczajów czy naruszenie prawa, tj. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 2 ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne.

Odnosząc się zaś do argumentacji zamawiającego, dotyczącej formalizmu i interpretacji przepisów prawa, Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być celem samym w sobie, ale nie może też być pomijany. Formalizm ten służy bowiem respektowaniu podstawowych zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dokonywanie rozszerzającej interpretacji przepisu przewidującego podstawę odrzucenia oferty stanowi niedozwolone wykraczanie poza wymienione przesłanki, w tym wypadku – dokonywanie wykładni art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w ten sposób, że „złożenie oferty” jest rozłożone w czasie aż do zawarcia umowy. W szczególności nie jest dopuszczalna wykładnia *contra legem*, a taka miałaby miejsce w przypadku uznania, że podstawę odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp może stanowić stwierdzenie przez zamawiającego czynu nieuczciwej konkurencji w oderwaniu od złożenia oferty.

W przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła, że choć zarzut zawarty w odwołaniu jest zasadny, gdyż zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, to jednocześnie naruszenie tego przepisu nie ma wpływu na wynik postępowania. Izba oddaliła bowiem odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, co oznacza, że podtrzymana została decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania. W tym stanie rzeczy stwierdzenie niezasadności odrzucenia oferty odwołującego nie ma wpływu na wynik postępowania. Dlatego też odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zostało oddalone.

Podstawę prawną orzeczenia stanowiły przepisy art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do kwestii rozdzielenia po połowie kosztów postępowania odwoławczego Izba zauważyła, że jeden zarzut odwołania uznała za niezasadny, a drugi za zasadny, co prowadziło do zastosowania wobec tego § 7 ust. 5 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, zgodnie z którym Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania. Z tego względu dokonano rozdzielenia kosztów pomiędzy zamawiającego i odwołującego po połowie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 5 i 6 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a), b) i d) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wniósł zamawiający Skarb Państwa – Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec w B., Niemcy w zakresie pkt. 1. (w części dotyczącej podzielenia przez KIO stanowiska odwołującego co do niezasadności odrzucenia jego oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 3 pzp) oraz pkt. 2. w zakresie obciążenia zamawiającego kosztami postępowania w połowie oraz zasądzenia od zamawiającego na rzecz przeciwnika skargi kwoty 7076 zł.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

1. obrazę art.89 ust.1 pkt 3 pzp przez jego nieprawidłową wykładnię i przyjęcie, że sankcja odrzucenia oferty może zostać zastosowana jedynie w przypadku, w którym do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji może dochodzić w momencie złożenia oferty,

2. nierozpoznanie istoty sprawy poprzez niedokonanie oceny, czy doszło do zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art.3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w szczególności w powiązaniu z art.7 ust.1 ustawy z dnia 21.08.1997 r. oraz art.7 ust.1 pzp,
3. obrazę przepisów prawa procesowego tj. art.531 i art.542 nowego pzp przez uznanie za nieprzydatne dokumentów złożonych przez zamawiającego pomimo, że dowody te były istotne dla rozstrzygnięcia, czy odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, skutkującej sankcją odrzucenia oferty, przewidzianej w art.89 ust.1 pkt 3 pzp,
4. naruszenie art.575 nowego pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że podstawą obciążenia obu stron kosztami postępowania odwoławczego jest jego wynik rozumiany jako uznanie zasadności jednego z kilku zarzutów zawartych w odwołaniu, a nie uwzględnienie żądania zawartego w odwołaniu,
5. naruszenie § 8 ust.2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.21.2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie obciążenia przeciwnika skargi kosztami postępowania odwoławczego w całości,
6. naruszenie § 7 ust. 5 rozporządzenia poprzez jego zastosowanie i rozdzielenie kosztów postępowania odwoławczego pomiędzy zamawiającego i przeciwnika skargi mimo, że przepis ten stanowi podstawę normatywną dla odstąpienia od stosunkowego rozdzielenia kosztów.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie odwołania wniesionego przez przeciwnika skargi również w zakresie zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt 3 pzp oraz w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego i obciążenie tymi kosztami przeciwnika skargi oraz zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3.600 zł i uzasadnionych kosztów dojazdu i noclegu pełnomocnika zamawiającego w kwocie 848,84 zł zgodnie ze spisem kosztów, a także zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów postępowania skargowego.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi wniósł o oddalenie skargi w całości, a także o zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika kosztów postępowania skargowego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zamawiającego Skarbu Państwa – Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec w B., Niemcy zasługiwała na uwzględnienie w części dotyczącej kosztów postępowania odwoławczego, a w pozostałym zakresie podlegała odrzuceniu.

Przede wszystkim należy podkreślić zmiany i zakres obowiązywania w niniejszej sprawie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, która zastąpiona została ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019). Zgodnie z art 90 ust. 1 wprawPZP do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie PZP, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy wprawPZP do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w uchylanej ustawie PZP, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy nowej ustawy PZP. Wobec tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed dniem 1 stycznia 2021 r., to w zakresie prawa materialnego stosuje się przepisy ustawy PZP. Jednocześnie, z uwagi na treść powołanego art. 92 ust. 2 wprawPZP do postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, stosuje się przepisy nowej ustawy PZP.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że skarga zamawiającego w części dotyczącej pkt.1. zaskarżonego wyroku podlegała odrzuceniu jako niedopuszczalna.

W rozpoznawanej przez tutejszy Sąd sprawie o sygnaturze XXIII Zs 109/21 wyrokiem z dnia 29 października 2021 r. oddalono skargę (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., wniesioną od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1819/21. W niniejszej sprawie również zamawiający wniósł skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1819/21, a to w zakresie pkt. 1. (w części dotyczącej podzielenia przez KIO stanowiska odwołującego co do niezasadności odrzucenia jego oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 3 pzp) oraz pkt. 2. w zakresie obciążenia zamawiającego kosztami postępowania w połowie oraz zasądzenia od zamawiającego na rzecz przeciwnika skargi kwoty 7076 zł. Wobec treści wyroku tutejszego Sądu z dnia 29 października 2021 r. orzeczenie KIO z dnia 15 lipca 2021 r. stało się prawomocne w pkt.1., w którym oddalono odwołanie (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Skarżący w niniejszej sprawie występował w sprawie XXIII Zs 109/21 w charakterze przeciwnika skargi i zarówno wyrok KIO z dnia 15 lipca 2021 r. jak i wyrok Sądu Okręgowego z dnia 29 października 2021 r. były dla skarżącego korzystne.

Z uwagi na to, że odwołanie (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zostało prawomocnie oddalone, to w ocenie Sądu Okręgowego skarga zamawiającego w tej części, w jakiej zaskarżono punkt 1. wyroku KIO z dnia 15 lipca 2021 r., podlegała odrzuceniu jako niedopuszczalna. Zaskarżone orzeczenie w punkcie 1. zawierało rozstrzygnięcie w przedmiocie oddalenia odwołania (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Było to więc rozstrzygnięcie korzystne dla zamawiającego, wobec czego skarżący nie posiadał w niniejszej sprawie interesu prawnego w jego zaskarżeniu. Interes prawny w zaskarżeniu nie jest pojęciem ustawowym, ale w judykaturze przyjmuje się konieczność jego istnienia jako przesłanki środka odwoławczego (gravamen). Chodzi tu o pokrzywdzenie strony treścią orzeczenia, wynikające z różnicy między zgłoszonym przez nią żądaniem a końcowym rozstrzygnięciem. O tym, czy interes taki istnieje, przesądza uzyskanie bądź nieuzyskanie przez stronę zaspokojenia jej sfery materialnoprawnej, realizowanej w procesie sądowym (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 16.12.1979 r., III CZP 79/71 i z dnia 8.04.1997 r., I CKN 57/97). Pokrzywdzenie orzeczeniem (gravamen) zachodzi, gdy zaskarżone orzeczenie jest obiektywnie w sensie prawnym niekorzystne dla skarżącego, gdyż z punktu widzenia jego skutków związanych z prawomocnością materialną skarżący nie uzyskał takiej ochrony prawnej, którą zamierzał osiągnąć przez procesowo odpowiednie zachowanie w postępowaniu poprzedzającym wydanie orzeczenia, a w razie jego braku zaskarżone orzeczenie per se wywołuje takie skutki. Gravamen, będąc warunkiem istnienia interesu prawnego w zaskarżeniu orzeczenia, jest przesłanką dopuszczalności środka zaskarżenia, chyba że interes publiczny wymaga merytorycznego rozpoznania tego środka (vide: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2014 r., III CZO 88/13).

W sprawie o sygnaturze KIO 1819/21 w zakresie punktu 1. zaskarżonego wyroku, którym oddalono odwołanie (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, orzeczono zgodnie z wnioskiem zamawiającego i dlatego skarga zamawiającego w tym zakresie była niedopuszczalna. Zdaniem Sądu Okręgowego rozstrzygnięcie merytoryczne w niniejszej sprawie jest zbędne. Skarżący domagał się potwierdzenia prawidłowości czynności podjętych przez skarżącego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a które to czynności zakwestionowała w uzasadnieniu swojego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza. Wymaga podkreślenia, że celem niniejszego postępowania nie jest utwierdzenie skarżącego w pewności co do prawidłowości podejmowanych przez niego czynności, zwłaszcza że sprawa, dotycząca zamówienia publicznego zainicjowanego przez skarżącego, została pod względem merytorycznym zakończona.

Sąd orzekający nie podziela opinii skarżącego, iż rozstrzygnięcie w przedmiocie skargi zamawiającego ma znaczenie dla zamówień publicznych w szerszym aspekcie z uwagi na interes publiczny. Generalnie w sprawach, w których interes publiczny rzeczywiście wymaga merytorycznego rozpoznania środka zaskarżenia, gravamen czyli interes prawny w zaskarżeniu, należy ujmować szerzej, nie sprowadza się on bowiem tylko do pokrzywdzenia w wąskim rozumieniu, tj. w różnicy między żądaniem a zaskarżeniem orzeczenia, lecz obejmuje także zaskarżenie orzeczenia zgodnego z żądaniem strony. Gdy interes publiczny uzasadnia ponowne merytoryczne zbadanie sprawy, ocena w zakresie pokrzywdzenia staje się bezprzedmiotowa na etapie dopuszczalności środka zaskarżenia, mogłoby się bowiem

okazać, że skarżący dysponując korzystnym dla niego orzeczeniem nie zdoła w tej fazie postępowania wykazać pokrzywdzenia. Dopiero merytoryczne rozpoznanie sprawy umożliwi podjęcie właściwej oceny w tym zakresie (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2014 r., III CZO 88/13). Powyższych okoliczności jednakże skarżący nie wykazał, nie przedstawił przekonujących argumentów przemawiających za tym, że uzyskanie przez niego pewności co do prawidłowości podjętych w tym konkretnym postępowaniu o zamówienie publiczne działań, jest niezbędne z punktu widzenia interesu publicznego. Brak zatem podstaw do uznania, że interes publiczny wymaga zaangażowania Sądu Okręgowego w merytoryczne rozpoznanie skargi zamawiającego i odniesienie się do jednego z zarzutów odwołania (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w sytuacji, gdy w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 109/21 ten sam Sąd poddał już merytorycznej ocenie przedmiotowy wyrok KIO, oddalił skargę (...) sp. z o.o. i sprawa w toku instancji została zakończona.

Z uwagi na powyższe skarga podlegała odrzuceniu jako niedopuszczalna na podstawie art.584 p.z.p.

Skarga zamawiającego zasługiwała na uwzględnienie w części dotyczącej rozstrzygnięcia w zakresie kosztów postępowania odwoławczego, a zaskarżony wyrok we wskazanym zakresie podlegał zmianie.

Zarzuty skargi odnoszące się do punktu 2. i punktu 2.2. zaskarżonego wyroku okazały się uzasadnione.

Zgodnie z ogólną zasadą z art.575 pzp strony postępowania odwoławczego ponoszą koszty tego postępowania stosownie do jego wyniku. Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, a zatem odwołujący przegrał postępowanie. Szczegółowy sposób rozliczenia kosztów postępowania odwoławczego reguluje Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania. W niniejszej sprawie znajdzie zastosowanie § 8 ust.2 pkt. 1. rozporządzenia, który stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, Izba zasądza uzasadnione koszty postępowania odwoławczego od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W niniejszej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia uznała zasadność jednego z zarzutów podnoszonych w odwołaniu przez (...) sp. z o.o., ale odwołanie zostało oddalone w całości. W tym miejscu należy zauważyć, że ani ustawa – Prawo zamówień publicznych ani rozporządzenie z dnia 30 grudnia 2020 r. nie przewidują możliwości orzekania o kosztach postępowania odwoławczego w oderwaniu od merytorycznego rozstrzygnięcia. Krajowa Izba Odwoławcza oparła swoje orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego na treści § 7 ust.5 rozporządzenia, zgodnie z którym w uzasadnionych przypadkach Izba może odstąpić od rozdzielenia kosztów, w sposób o którym mowa w ust.1 pkt 3 oraz ust.2-4 powołanego przepisu, w szczególności, jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania. Należy zauważyć, że § 7 rozporządzenia dotyczy orzekania o kosztach w sytuacji, kiedy Izba uwzględniła odwołanie w całości, co nie miało miejsca w sprawie o sygnaturze KIO 1819/21. Par.7 ust.5 rozporządzenia umożliwia zaś Izbie odstąpienie od rozdzielenia kosztów w sposób wskazany w określonych w przepisie przypadkach, ale nie dotyczy to sprawy, w której odwołanie oddalono w całości, czyli sprawy takiej jak niniejsza. Z powyższych względów zaskarżone orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego podlegało zmianie na podstawie art.588 ust.2 pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego na podstawie art. art.575 pzp oraz § 8 ust.2 pkt. 1. rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r., Sąd Okręgowy miał na względzie art.574 pzp, zaliczając do tych kosztów uzasadnione koszty stron. Postępowanie odwoławcze zakończyło się oddaleniem odwołania (...) sp. z o.o., a co za tym idzie stroną wygrywającą postępowanie odwoławcze był zamawiający. Uzasadnionymi kosztami zamawiającego były, zgodnie z §5 ust.2 a i b rozporządzenia, koszty związane z dojazdem na rozprawę (w kwocie 848,84 zł, zgodnie ze złożonym przez zamawiającego spisem kosztów) i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika w kwocie 3600 zł, łącznie stanowiące kwotę 4448,84 zł.

Wobec powyższego i na podstawie powołanych przepisów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 589 ust.1 pzp. Ponieważ skarga co do meritum została odrzucona, a uwzględniono ją wyłącznie w zakresie kosztów postępowania odwoławczego, skarżącego należało uznać za stronę przegrywającą postępowanie skargowe, co skutkowało obciążeniem skarżącego kosztami postępowania skargowego w całości. Wysokość zasądzonych na rzecz przeciwnika skargi kosztów postępowania skargowego wynika z § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi, z uwzględnieniem 50% stawki minimalnej. Ustawodawca nie przewidział bowiem osobnych stawek dla radców prawnych ani adwokatów występujących w sprawach ze skargi na orzeczenie KIO przed sądem.

sędzia Małgorzata Siemianowicz – Orlik