

Sygn. akt XXIII Zs 115/22

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 września 2022 r.

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

Przewodniczący:	Sędzia Anna Krawczyk
Protokolant:	sekr.sądowy Weronika Banach

po rozpoznaniu w dniu 28 września 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem zamawiającego Szpitala (...) im. dr W. G. w G.

odwołującego K. (...) Kancelarii Radców Prawnych w B.

na skutek skargi odwołującego

na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 21 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1777/22

I. oddala skargę;

II. zasądza od K. (...) Kancelarii Radców Prawnych w B. na rzecz Szpitala (...) im. dr W. G. w G. kwotę 2.717 zł (dwa tysiące siedemset siedemnaście złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego – zastępstwa procesowego.

Sędzia Anna Krawczyk

Sygn. akt XXIII Zs 115/22

UZASADNIENIE

Szpital (...) im. dr. W. G. w G., zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie podstawowym pn.: Obsługa prawna Szpitala (...) w G. (znak: ZP 10/22), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 czerwca 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00223873/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 4 lipca 2022 r. wykonawca K. (...) Radców Prawnych z siedzibą B. (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- 1) sporządzenia SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert tj. odległości (kryterium nr 3) niezwiązanego z przedmiotem zamówienia oraz ustanowienie tego kryterium w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały i dający zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) zaniechania zmiany postanowień SWZ w celu dostosowania ich do zasad ogólnych udzielania zamówień oraz pozostałych przepisów Pzp;
- 3) zaniechania wydłużenia terminu składania ofert pomimo dokonania istotnej zmiany treści SWZ;
- 4) prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości;
- 5) czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) przepisu art. 241 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp przez ustanowienie kryterium oceny ofert (kryterium nr 3 – odległość) niezwiązanego z przedmiotem zamówienia;
- 2) przepisu art. 242 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp przez ustanowienie kryterium oceny ofert, które nie ma charakteru jakościowego;
- 3) przepisu art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp przez ustanowienie kryterium oceny ofert (kryterium nr 3 – odległość) w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały i dający zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru wykonawcy;
- 4) art. 106 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp przez żądanie przedmiotowych środków dowodowych (rozd. 6 ust. 1 lit. b SWZ - dokumenty potwierdzające odległość osób oddelegowanych do realizacji zamówienia od siedziby Zamawiającego) na potwierdzenie okoliczności, które nie są niezbędne w przedmiotowym postępowaniu oraz których żądanie jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia;
- 5) przepisu art. 241 ust. 3 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z przepisem art. 353 (1) w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 8 Pzp przez działanie w sposób nadużywający pozycji dominującej przez zamawiającego oraz zmierzający do obejścia przepisów o zakazie wiązania kryteriów oceny ofert z właściwościami wykonawcy, poprzez pozorne powiązanie ich z osobami wykonującymi usługi z ramienia wykonawcy;
- 6) art. 286 ust. 1 Pzp w zw. z art. 240 oraz art. 241 w zw. z art. 266 Pzp przez zaniechanie zmiany SWZ polegającej na wykreśleniu kryterium odległości z kryteriów oceny ofert, jako niezgodnego z przepisami Pzp, co uniemożliwia wykonawcom złożenie prawidłowych i zgodnych z treścią Pzp ofert;
- 7) art. 286 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się z dokonaną zmianą SWZ oraz dostosowanie oferty do warunków tej zmiany;
- 8) art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasady proporcjonalności poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert oderwanego od przedmiotu zamówienia;
- 9) art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp oraz w zw. z art. 286 ust. 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wbrew zasadzie przejrzystości, w szczególności wskutek zaniechania wyznaczenia dodatkowego i niezbędnego czasu

na sprawdzenie i zapoznanie się# ze zmianami SWZ oraz poprzez ustanowienie kryteriów preferujących wykonawców z tej samej miejscowości co zamawiający, co utrudnia potencjalnym wykonawcom (w tym odwołującemu) dostęp do zamówienia i ogranicza krąg potencjalnych oferentów.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 Pzp odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) dokonania zmiany w treści SWZ, która spowoduje usunięcie naruszeń przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu, tj. wykreślenie z kryteriów oceny ofert kryterium nr 3 - odległość oraz w konsekwencji konieczności przedkładania przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających to kryterium;
- 2) nakazanie zamawiającemu, z uwzględnieniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji oraz zarzutów przedstawionych w niniejszym odwołaniu, wydłużenia terminu składania ofert w związku ze zmianą treści SWZ;
- 3) unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;

ewentualnie:

- 4) unieważnienia postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego

oraz

- 5) zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Postanowieniem z dnia 21 lipca 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2022 r. przez wykonawcę K. (...) Radców Prawnych z siedzibą B. przy udziale: wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: B. (...) z siedzibą w B. oraz M. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Rady Prawnego M. L. z siedzibą w B., zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego, a także wykonawcy B. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Adwokacka (...) z siedzibą w B., zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, w pkt. 1 odrzuciła odwołanie, w pkt. 2 kosztami postępowania obciążyła wykonawcę K. (...) Radców Prawnych z siedzibą B. i zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, a w pkt. 3 Izba nakazała zwrot kwoty 7 500 zł odwołującego uiszczoną tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania.

W pisemnym uzasadnieniu postanowienia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że ustaliła, iż 24 czerwca 2022 r. zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu dotyczące postępowania. W pkt 4.3.) ogłoszenia zostały określone kryteria oceny ofert. Jako kryterium nr 3 zostało wskazane kryterium pn.: Odległość. Zamawiający określił jego wagę jako 25%.

Tego samego dnia tj. 24 czerwca 2022 r. na stronie internetowej zamawiającego została opublikowana SWZ dotycząca postępowania. W rozdziale 15 SWZ zamawiający dokonał opisu kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty. W ust. 2 ww. rozdziału zostały określone kryteria oceny ofert, a wśród nich kryterium nr 3: Odległość, którego treść została przywołana w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia.

W dniu 28 czerwca 2022 r. zamawiający opublikował wyjaśnienia do treści SWZ.

Ponadto w dniu 28 czerwca 2022 r. zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Tego dnia została w Biuletynie Zamówień Publicznych zostało zamieszczone ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o numerze (...). Izba przytoczyła treść zawartą w pkt 3.4.1.)

W dniu 28 czerwca 2022 r. zamawiający opublikował także zmodyfikowaną SWZ – rozdział 15 kryterium nr 3.

Zamawiający nie zmienił terminu dotyczącego składania ofert w postępowaniu.

W dniu 1 lipca 2022 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert w postępowaniu. W postępowaniu wpłynęły trzy oferty. Odwołujący nie złożył oferty w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu postanowienia z dnia 21 lipca 2022 r. wskazała, jako podstawę rozstrzygnięcia następujące przepisy, tj. art. 528 pkt 2 Pzp, art. 528 pkt 3 Pzp, a także art. 515 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Na poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła dokumentację w postaci elektronicznej, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 12 lipca 2022 r., zapisaną na płycie CD, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, SWZ, wyjaśnienia treści SWZ z dnia 28 czerwca 2022 r., ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 28 czerwca 2022 r., zmodyfikowaną SWZ z dnia 28 czerwca 2022 r., a także informację o treści złożonych ofert z dnia 4 lipca 2022 r.

W tak ustalonym stanie faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień. W związku z tym wykonawcy Ci stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba uznała, że odwołanie podlegało odrzuceniu.

W pierwszej kolejności Izba podniosła, że przepis art. 528 Pzp obliguje do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności tam wskazanych, co podlega weryfikacji z urzędu. Zgodnie natomiast z pkt 2 i 3 ww. przepisu, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony lub po upływie terminu określonego w ustawie. Stosownie do treści art. 515 ust. 2 pkt 2 Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Następnie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu bez względu na przyczynę. Tym samym rolą wykonawcy będącego profesjonalistą, od którego wymaga się podwyższonej staranności, jest przanalizowanie całości postanowień treści specyfikacji i zakwestionowanie ich w ustawowym terminie, w przypadku gdy opublikowane dokumenty zamówienia naruszają – w ocenie wykonawcy – przepisy Pzp. Stanowisko to, w ocenie Izby znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 maja 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 28/21.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe ustalenia prawne i przenosząc je na grunt przedmiotowej sprawy Izba doszła przede wszystkim do przekonania, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W ocenie składu orzekającego z treści odwołania wynikało, że zaskarżeniu podlegało jedno z kryteriów oceny ofert, a dokładniej kryterium nr 3 – Odległość. Przedmiotowe kryterium zostało zawarte w dokumentach zamówienia (ogłoszenie o zamówieniu i SWZ), które zostały opublikowane w dniu 24 czerwca 2022 r. W zaistniałej sytuacji pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 1 lipca 2022 r. W sytuacji w której odwołanie zostało wniesione w dniu 4 lipca 2022 r., jego wniesienie nastąpiło z przekroczeniem ustawowego terminu, co winno skutkować jego odrzuceniem.

Bez znaczenia pozostawał przy tym fakt, iż jeden z wykonawców zadał pytanie odnośnie zastosowanego przez zamawiającego kryterium – skoro w wyniku jego zadania nie doszło do istotnej zmiany kryterium, która mogłaby uzasadnić, że w dniu 28 czerwca 2022 r. pojawiły się nowe okoliczności zmieniające sens, znaczenie czy też konstrukcję tego kryterium.

W ocenie składu orzekającego kryterium nr 3 już od momentu wszczęcia postępowania naruszało w rozumieniu odwołującego przepisy Pzp, skoro odwołujący przyznał, że nawet po dokonanej zmianie w dniu 28 czerwca 2022 r. miało ono charakter dyskryminujący, nieproporcjonalny, a przede wszystkim niezwiązany z przedmiotem

postępowania, to oczywistym było, że przed zmianą rodziło ono dla odwołującego takie same skutki. W związku z tym już w momencie wszczęcia postępowania i opublikowania dokumentów zamówienia tj. w dniu 24 czerwca 2022 r. odwołującemu zaczął biec termin na wniesienie odwołania w związku z treścią kryterium. Stanowisko to potwierdziła także argumentacja odwołującego zawarta w odwołaniu, która wskazywała, że istota samego kryterium nie zmieniła się nawet po modyfikacji z dnia 28 czerwca 2022 r. Odwołujący wskazał bowiem, że dokonana zmiana de facto nadal wiązała kryterium z właściwościami wykonawcy, co oznaczało, że to co się wydarzyło 28 czerwca 2022 r. nie miało żadnego znaczenia dla interpretacji treści kryterium. Przy czym odwołujący w argumentacji zawartej w piśmie procesowym złożonym w dniu 20 lipca 2022 r. próbował podkreślać i uzasadniać istotność dokonanej w dniu 28 czerwca 2022 r. modyfikacji, niemniej argumentacja ta nie zasługiwała na uwzględnienie, ponieważ w ocenie Izby została przygotowana wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego.

Niezmiernie istotne było także to, że odwołujący żądał wykreślenia spośród kryteriów oceny ofert kryterium nr 3. Przedmiotowe żądanie Izba potraktowała jako potwierdzenie uchybienia terminowi na wniesienie odwołania i w związku z tym należało uznać, że odwołanie stanowiło niedopuszczalną próbę usunięcia kryterium, które było dolegliwe dla odwołującego już od momentu wszczęcia postępowania.

Konkludując powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie jako wniesione po terminie nie mogło być przedmiotem rozpoznania i podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy konsekwencją odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp było także uznanie, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zgodnie z art. 7 pkt 30 Pzp pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł odwołanie już po upływie terminu na składanie ofert. Zważywszy na fakt, iż sam nie złożył oferty – nie przysługiwał mu status wykonawcy, nawet mimo tego iż potencjalnie mógłby ją złożyć gdyż oferuje usługi o analogicznym przedmiocie co przedmiot zamówienia. Podkreślenia wymaga, że środki ochrony prawnej służą ochronie wykonawcy w danym postępowaniu, a wykonawca dąży do pozyskania danego zamówienia. Tymczasem odwołujący nie podjął działań aby uzyskać zamówienie – mimo iż miał taką możliwość. Odwołujący nie wykazał również, iż nie miał możliwości złożenia oferty w ramach postępowania. Warto przypomnieć, że odwołujący kwestionował kryterium oceny ofert.

Tym samym Izba uznała, że odwołanie podlegało odrzuceniu także na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp. Przy czym przedmiotowy powód odrzucenia odwołania w okolicznościach niniejszej sprawy miał znaczenie drugorzędne i wynikał wyłącznie ze ziszczenia się przesłanki odrzucenia określonej w art. 528 pkt 3 Pzp. Gdyby okazało się, że odwołanie zostało wniesione w terminie i w dniu 28 czerwca 2022 r. jednak doszło do istotnej zmiany treści kryterium, która zmieniała jego znaczenie, to odwołujący byłby uprawniony do wniesienia odwołania, nawet w sytuacji upływu terminu na składanie ofert czy też wyboru najkorzystniejszej oferty, mimo niezłożenia oferty w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego kryterium nr 3 już od momentu wszczęcia postępowania naruszało w rozumieniu odwołującego przepisy Pzp, skoro odwołujący przyznał, że nawet po dokonanej zmianie w dniu 28 czerwca 2022 r. miało ono charakter dyskryminujący, nieproporcjonalny a przede wszystkim niezwiązany z przedmiotem postępowania, to oczywistym było, że przed zmianą rodziło ono dla odwołującego takie same skutki. W związku z tym już w momencie wszczęcia postępowania i opublikowania dokumentów zamówienia tj. w dniu 24 czerwca 2022 r. odwołującemu zaczął biec termin na wniesienie odwołania w związku z treścią kryterium. Stanowisko to potwierdziła także argumentacja odwołującego zawarta w odwołaniu, która wskazywała, że istota samego kryterium nie zmieniła się nawet po modyfikacji z dnia 28 czerwca 2022 r. Odwołujący wskazał bowiem, że dokonana zmiana de facto nadal wiązała kryterium z właściwościami wykonawcy, co oznaczało, że to co się wydarzyło 28 czerwca 2022 r. nie miało żadnego znaczenia dla interpretacji treści kryterium. Przy czym odwołujący w argumentacji zawartej w piśmie

procesowym złożonym w dniu 20 lipca 2022 r. próbował podkreślać i uzasadniać istotność dokonanej w dniu 28 czerwca 2022 r. modyfikacji, niemniej argumentacja ta nie zasługiwała na uwzględnienie, ponieważ w ocenie Izby została przygotowana wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego.

Niezmiernie istotne było także to, że odwołujący żądał wykreślenia spośród kryteriów oceny ofert kryterium nr 3. Przedmiotowe żądanie Izba potraktowała jako potwierdzenie uchybienia terminowi na wniesienie odwołania i w związku z tym należało uznać, że odwołanie stanowiło niedopuszczalną próbę usunięcia kryterium, które było dolegliwe dla odwołującego już od momentu wszczęcia postępowania.

Konkludując powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie jako wniesione po terminie nie mogło być przedmiotem rozpoznania i podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy konsekwencją odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp było także uznanie, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Odnosząc się do treści art. 7 pkt 30 Pzp Izba podniosła, że odwołujący sam nie złożył oferty – nie przysługiwał mu zatem status wykonawcy, nawet mimo tego iż potencjalnie mógłby ją złożyć gdyż oferuje usługi o analogicznym przedmiocie co przedmiot zamówienia. Podkreślenia w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wymagało, że środki ochrony prawnej służą ochronie wykonawcy w danym postępowaniu, a wykonawca dąży do pozyskania danego zamówienia. Tymczasem odwołujący nie podjął działań aby uzyskać zamówienie – mimo iż miał taką możliwość. Odwołujący nie wykazał również, iż nie miał możliwości złożenia oferty w ramach postępowania. Warto przypomnieć, że odwołujący kwestionował kryterium oceny ofert.

Tym samym Izba uznała, że odwołanie podlegało odrzuceniu także na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp. Przy czym przedmiotowy powód odrzucenia odwołania w okolicznościach niniejszej sprawy miał znaczenie drugorzędne i wynikał wyłącznie ze ziszczenia się przesłanki odrzucenia określonej w art. 528 pkt 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Skargę od powyższego rozstrzygnięcia wywiódł odwołujący, zaskarżając w całości postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2022 r. oraz zarzucając:

- 1) naruszenie następujących przepisów postępowania, które miały istotny wpływ na wynik sprawy:
 - a) art. 529 ust. 1 p.z.p. w związku z § 15 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453 z późn. zm.) polegające na rozpoznaniu istoty sprawy, tj. rozstrzygnięciu, iż zmiana dokumentów zamówienia dokonana przez zamawiającego miała charakter nieistotny, na posiedzeniu, podczas gdy istota sprawy (merytoryczne zarzuty odwołania) winna być rozpoznawana na rozprawie,
 - b) art 528 pkt 3 p.z.p. w związku z art. 515 ust. 2 pkt 2 p.z.p., polegające na odrzuceniu odwołania z powodu wniesienia go po terminie, podczas gdy odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu wynikającego z obowiązujących przepisów,
 - c) art 528 pkt 2 p.z.p. w związku z art. 7 pkt 30 p.z.p., polegające na odrzuceniu odwołania z powodu wniesienia go przez podmiot nieuprawniony podczas gdy skarżący w świetle obowiązujących przepisów p.z.p. posiada status wykonawcy przedmiotowego postępowania,
- 2) naruszenie przepisów prawa materialnego:

- a) przepisu art. 241 ust. 1 i 2 p.z.p. w związku z art 266 p.z.p. poprzez usankcjonowanie ustanowionego przez zamawiającego kryterium oceny ofert (kryterium nr 3 - odległość) niezwiązanego z przedmiotem zamówienia,
- b) przepisu art. 242 ust 1 i 2 p.z.p. w związku z art 266 p.z.p. poprzez usankcjonowanie ustanowionego przez zamawiającego kryterium oceny ofert, które nie ma charakteru jakościowego,
- c) przepisu art 240 ust 1 i 2 p.z.p. w związku z art 266 p.z.p. poprzez usankcjonowanie ustanowionego przez zamawiającego kryterium oceny ofert (kryterium nr 3 - odległość) w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały i dający zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru wykonawcy,
- d) art. 106 ust 1 i 2 p.z.p. w związku z art 266 p.z.p. poprzez usankcjonowanie żądania ustanowionego przez zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych (rozdz. 6 ust. 1 lit b SWZ - dokumenty potwierdzające odległość osób oddelegowanych do realizacji zamówienia od siedziby zamawiającego) na potwierdzenie okoliczności, które nie są niezbędne w przedmiotowym postępowaniu oraz których żądanie jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a także jest niemożliwe do uzyskania
- e) przepisu art. 241 ust 3 p.z.p. w związku z art. 266 p.z.p. w związku z przepisem art 353¹ w związku z art. 58 K.c. w związku z art 8 p.z.p. poprzez usankcjonowanie ustanowionego przez zamawiającego działania w sposób nadużywający pozycji dominującej przez zamawiającego oraz zmierzający do obejścia przepisów o zakazie wiązania kryteriów oceny ofert z właściwościami wykonawcy poprzez pozorne powiązanie ich z osobami wykonującymi usługi z ramienia wykonawcy,
- f) art. 286 ust. 1 p.z.p. w związku z art 240 p.z.p. oraz art. 241 p.z.p. w związku z art, 266 p.z.p. poprzez zaniechanie nakazania zmiany SWZ polegającej na wykreśleniu kryterium odległości z kryteriów oceny ofert, jako niezgodnego z przepisami p.z.p., co uniemożliwiłoby wykonawcom złożenie prawidłowych i zgodnych z treścią p.z.p. ofert;
- g) art. 286 ust. 3 p.z.p, poprzez zaniechanie nakazania wydłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się z dokonaną istotną zmianą SWZ oraz dostosowanie oferty do warunków tej zmiany
- h) art. 16 pkt 3 p.z.p. w związku z art 241 ust. 1 i 2 p.z.p. w związku z art. 266 p.z.p. poprzez usankcjonowanie prowadzenia przez zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasady proporcjonalności poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert oderwanego od przedmiotu zamówienia,
- i) art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. w związku z art. 241 ust. 1 i 2 p.z.p. w związku z art. 266 p.z.p. oraz w związku z art. 286 ust. 3 p.z.p. usankcjonowanie prowadzenia przez zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wbrew zasadzie przejrzystości, w szczególności wskutek zaniechania wyznaczenia dodatkowego i niezbędnego czasu na sprawdzenie i zapoznanie się ze zmianami SWZ oraz poprzez ustanowienie kryteriów preferujących wykonawców z tej samej miejscowości co zamawiający, co utrudnia potencjalnym wykonawcom (w tym skarżącemu) dostęp do niniejszego zamówienia i ogranicza krąg potencjalnych oferentów.

Mając powyższe zarzuty na uwadze, skarżący wniósł o:

- 1) uchylenie zaskarżonego postanowienia w całości, uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
 - a) dokonania zmiany w treści SWZ, która spowoduje usunięcie naruszeń przepisów p.z.p. wskazanych w odwołaniu, tj. wykreślenie z kryteriów oceny ofert kryterium nr 3 - odległość oraz w konsekwencji konieczności przedkładania przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających to kryterium,
 - b) nakazanie zamawiającemu, z uwzględnieniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji oraz zarzutów przedstawionych w niniejszym odwołaniu, wydłużenia terminu składania ofert w związku ze zmianą treści SWZ,

c) unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty,

ewentualnie,

d) unieważnienie postępowania w przedmiotowej sprawie,

e) unieważnienie zawartej umowy, w wypadku stwierdzenia zaistnienia przesłanki z art. 457 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w związku z art. 577 p.z.p.,

lub

f) na podstawie art. 554 ust 3 pkt 1 lit. a) p.z.p. w związku z art. 255 pkt 6 p.z.p. nakazanie wykonania czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na to, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

2) rozpoznanie niniejszej skargi na rozprawie,

3) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 575 p.z.p. w związku z art. 589 ust. 2 p.z.p.,

4) zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych/według załączonego spisu kosztów.

Zamawiający, w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie, a także zasądzenie od skarżącego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W piśmie z dnia 23 września (data nadania w UP k. 113v) skarżący rozszerzył skargę o wniosek w przedmiocie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, o którym mowa w art. 554 ust. 3 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 588 ust. 2 p.z.p. i wniósł o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 6 651,03 zł zgodnie z załączonymi fakturami.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Na podstawie art. 15zsz¹ pkt 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym z dniem 3 lipca 2021 r. sprawa podlegała rozpoznaniu przez Sąd odwoławczy w składzie 1-osobowym.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2¹ k.p.c. (który na art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczy się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Sąd Okręgowy w całości uznaje za prawidłowe odrzucenie odwołania wniesionego przez wykonawcę K. (...) Radców Prawnych z siedzibą B. - z obu przyczyn wymienionych w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia.

Podkreślić trzeba, że choć skarżący podnosił zarówno zarzuty dotyczące naruszenia przepisów prawa materialnego, jak i postępowania w istocie większość z nich sprowadzała się do kwestionowania stanowiska Izby o niedopuszczalności odwołania w niniejszej sprawie.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy wskazuje, iż odrzucenie odwołania jest jednym ze sposobów zakończenia postępowania odwoławczego i oznacza, że odwołanie nie będzie rozpoznawane przez Izbę merytorycznie. Przepis art.

528 p.z.p. zawiera katalog zamknięty przesłanki odrzucenia odwołania. Co również istotne Krajowa Izba Odwoławcza bada z urzędu, czy w danej sprawie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania.

Natomiast w świetle art. 515 ust. 2 pkt 2 p.z.p. odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Przechodząc do oceny zasadności podniesionych zarzutów, Sąd Okręgowy wskazuje, iż nie podziela stanowiska skarżącego, jakoby termin na wniesienie odwołania biegł od 28 czerwca 2022 r., kiedy to zamawiający w związku z pytaniem zadany przez wykonawcę, zmodyfikował treść jednego z kryterium oceny ofert. Mimo, że treść kryterium nr 3 po modyfikacji SWZ nie była tożsama z brzmieniem tego kryterium na dzień opublikowania, to nie sposób uznać, że zmiana ta dotyczyła meritum. Skarżący w złożonym środku ochrony prawnej podnosi, iż modyfikacja SWZ nadała kwestionowanemu kryterium nową treść. Tymczasem K. (...) Radców Prawnych z siedzibą B., jak słusznie zauważa zamawiający w złożonej odpowiedzi na skargę, od dnia opublikowania przez Szpital (...) im. dr. W. G. w G., tj. od dnia 24 czerwca 2022 r. – ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ miał możliwość zapoznania się z treścią kryterium nr 3 – odległość. Należy mieć również na uwadze, iż omawiane kryterium, co słusznie podniosła Izba w uzasadnieniu postanowienia z dnia 21 lipca 2022 r., już od momentu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego naruszało w ocenie skarżącego przepisy prawa zamówień publicznych. Jak wynika z treści pisma złożonego przez odwołującego z dnia 20 lipca 2022 r. nawet po dokonanej zmianie w jego ocenie, kryterium oceny ofert w postaci odległości miejsca pracy osób wykonujących czynności z ramienia wykonawcy od siedziby zamawiającego, miało charakter dyskryminujący, nieproporcjonalny, a przede wszystkim niezwiązany z przedmiotem postępowania.

Reasumując tę część rozważań Sądu Okręgowego, zasadnym jest wskazanie, iż istota samego kryterium nie zmieniła się po modyfikacji dokonanej przez zamawiającego w dniu 28 czerwca 2022 r., a argumentacja skarżącego w tym zakresie nie może zasługiwać na uwzględnienie. Jak już bowiem zostało wskazane powyżej, omawiane kryterium było dolegliwe dla odwołującego już od momentu wszczęcia postępowania, a złożone odwołanie nastąpiło z uchybieniem terminu na jego wniesienie określonego w art. 515 ust.2 pkt 2 p.z.p. W przedmiotowym postępowaniu bowiem pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 29 czerwca 2022 r. W sytuacji, w której wniesiono odwołanie w dniu 4 lipca

2022 r., prawidłowo stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza, iż podlegało ono odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 p.z.p. i nie mogło być przedmiotem merytorycznego rozpoznania.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 529 ust. 1 p.z.p. w związku z § 15 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą, polegające na rozpoznaniu istoty sprawy, tj. rozstrzygnięciu, iż zmiana dokumentów zamówienia dokonana przez zamawiającego miała charakter nieistotny, na posiedzeniu, podczas gdy istota sprawy (merytoryczne zarzuty odwołania) winna być rozpoznawana na rozprawie.

Zauważyć należy, iż Krajowa Izba Odwoławcza w toku postępowania toczącego się na skutek odwołania, nie badała zgodności kryterium z przepisami prawa zamówień publicznych, zarówno w pierwotnym brzmieniu, jak i po doprecyzowaniu tego kryterium na skutek jednego z wykonawców. Krajowa Izba Odwoławcza, musiała z urzędu zbadać, czy w danej sprawie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania przed rozpoznaniem sprawy na rozprawie. Art. 529 ust. 1 p.z.p. wprowadza natomiast możliwość wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania na posiedzeniu niejawnym. W przepisie tym chodzi bowiem głównie o sytuację, w których konieczne jest wyjaśnienie okoliczności sprawy lub wątpliwości dotyczących okoliczności sprawy, wiążących się z przesłankami odrzucenia odwołania. Wobec powyższego podnoszony przez skarżącego zarzut rozpoznania istoty sprawy na posiedzeniu, należy uznać za niezasadny. Odwołanie nie zostało rozpoznane – rozpoznawano okoliczności związane z oceną terminowości jego wniesienia oraz kręgu podmiotów do tego uprawnionych w chwili wniesienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 528 pkt. 2 p.z.p. w zw. z art. 7 pkt. 30 p.z.p. należy wskazać, iż również on nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 7 pkt 30 p.z.p. ilekroć w ustawie jest mowa o wykonawcy, należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu (vide: P. Granecki; Prawo zamówień publicznych, Komentarz do ustawy nPZP, Legalis), to wskazana definicja wykonawcy ujednocila pojęcie uczestnika postępowania na każdym etapie postępowania. Wykonawcą, jak opisuje trafnie autor komentarza, będziemy więc nazywać podmiot, który w jakikolwiek sposób uzewnętrzniał wolę uczestniczenia w postępowaniu. Definicja wykonawcy jest zatem dynamiczna i będzie zmieniała się w zależności od etapu, na jakim postępowanie się znajduje. Na pierwszym etapie postępowania będą to podmioty, które m.in. pobrały SWZ lub złożyły wniosek w przetargu ograniczonym lub w negocjacjach z ogłoszeniem, następnie podmiot, który złożył ofertę, a potem podmiot, który podpisał umowę z zamawiającym. Jeżeli odwołujący nie ma statusu wykonawcy, to nie ma uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej.

W okolicznościach faktycznych sprawy, skarżący wniósł odwołanie już po upływie terminu na składanie ofert, gdy sam nie złożył oferty. K. (...) Radców Prawnych z siedzibą B. nie podjęła działań, aby uzyskać zamówienie mimo, iż odwołujący oferuje usługi o analogicznym przedmiocie co przedmiot zamówienia. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia, skarżący nie wykazał, iż nie miał możliwości złożenia oferty w ramach postępowania. Tym samym skarżącemu nie przysługiwał status wykonawcy.

Reasumując, Sąd Okręgowy rozpoznając przedmiotowy środek ochrony prawnej wskazuje, iż prawidłowo w postanowieniu z dnia 21 lipca 2022 r. sygn. akt KIO 1777/22 Izba odrzuciła wniesione odwołanie, a Sąd II instancji nie podzielił argumentacji skarżącego, co skutkowałoby zmianą zaskarżonego rozstrzygnięcia. W konsekwencji podniesiono zarzuty okazały się bezzasadne.

Powyższe zaś stanowiło o bezzasadności skargi, co było podstawą jej oddalenia w oparciu o art. 588 ust. 1 p.z.p.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 589 ust.1 p.z.p. Ponieważ postępowanie to zostało w całości przegrane przez skarżącego - zasadnym było zasądzenie kosztów od tego podmiotu na rzecz przeciwnika skargi. Na koszty poniesione przez zamawiającego w toku postępowania skargowego złożyły się koszty zastępstwa prawnego ustalone na podstawie § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015, poz. 1804 ze zm.) z uwzględnieniem 50 % stawki minimalnej, ponieważ pełnomocnik reprezentował zamawiającego również w postępowaniu odwoławczym. Zasądzeniu podlegała także kwota 17 zł tytułem opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

Odnosnie do stawki wynagrodzenia pełnomocnika, to uzupełniająco należy wskazać, że Sąd Okręgowy w składzie orzekającym w niniejszej uznaje, że nie ma prawnych podstaw do stosowania stawek obowiązujących w postępowaniu odwoławczym przed KIO w sytuacji gdy tylko ww. rozporządzenie określa stawki przed organami wymiaru sprawiedliwości. Należy też podkreślić, że w kognicji tutejszego Sądu nie ma kategorii spraw podobnych do skargi na orzeczenie KIO. Z tych względów jedynym wyznacznikiem stawki wynagrodzenia musi być wartość przedmiotu zamówienia – zaskarżenia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji wyroku.

Sędzia Anna Krawczyk