Sygn. akt XXIII Ga 1894/15

ODPIS

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA
Dak-KIO-4431/16
2016 -04- 08
WPŁYNĘŁO

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 05 stycznia 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:
Przewodniczący – SSO Bernard Litwiniec
Sędziowie: SO Wiktor Piber (sprawozdawca)
SO Aneta Łazarska

Protokolant sądowy: Michał Lutrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2015 r., w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego [redacted]

odwołującego się [redacted]

wykonawców [redacted]

na skutek skargi **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych**

w zakresie pkt. 1 oraz 2 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2015 r.,

sygn. akt KIO [redacted]

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt. 1 i oddala w całości odwołanie [redacted];

II. zmienia zaskarżony wyrok w pkt. 2 i obciąża w całości odwołującego kosztami postępowania;

III. zasądza od [redacted] na rzecz [redacted] kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym;

IV. obciąża [redacted] na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Warszawie kosztami nieuiszczonej opłaty od skargi w wysokości 75 000,00 zł (siedemdziesiąt pięć tysięcy złotych).

SSO Wiktor Piber

SSO Bernard Litwiniec

SSO Aneta Łazarska

SĄD OKRĘGOWY W WARSZAWIE XXIII

NA ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY
za zgodność
Sekretarz

Sygn. akt XXIII Ga 1894/15

UZASADNIENIE

Zamawiający, [redacted] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „[redacted]”

Dnia 23 września 2015 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przeprowadzonej oferty wniosków.

W dniu 2 października 2015 r. wykonawca [redacted] wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czynności zamawiającego, któremu zarzucił:

1. naruszenie art. 7 w zw. z art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo Zamówień Publicznych (PZP), poprzez bezpodstawne przyznanie wykonawcom [redacted] punktów za dostawy wykazane na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w stopniu wyższym, niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełniania warunków w postępowaniu;

2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP oraz zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania [redacted] do uzupełnienia pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenia czynności przyznania ocen spełniania tych warunków;

- przyznanie niższej oceny za spełnianie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do wykonawców: [redacted] tj. w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;

- dokonania wezwania wnioskodawcy [redacted] do uzupełnienia pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili, po stronie zamawiającego, wykonawcy: [redacted]

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Wyrokiem z dnia 15 października 2015r. Krajowa Izba Odwoławcza:

1. uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 w zw. z art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy PZP, poprzez bezpodstawne przyznanie wykonawcom: [redacted] punktów za dostawy wykazane na podstawie

zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełniania warunków w postępowaniu i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności przyznania ocen spełniania tych warunków;

1a. w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie;

2. kosztami postępowania obciążyła zamawiającego – [redacted] i:

2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600 zł, stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy PZP.

Przedmiot zamówienia obejmował swoim zakresem specjalistyczną dostawę i usługi, które wiązały się z koniecznością posiadania przez wykonawców dostępu do informacji niejawnych i miały być weryfikowane na podstawie szczegółowych przepisów.

W celu wykazania spełnienia przez wykonawców warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający wymagał, aby wykonawca wykonał w należyty sposób co najmniej jedną dostawę urządzenia będącego przedmiotem niniejszego zamówienia o wartości nie mniejszej niż 3.000.000 zł brutto.

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – wykonywanych głównych dostaw w okresie 5 lat przed upływem terminu do składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub w okresie krótszym, jeżeli krótszy był okres prowadzenia przez wykonawcę działalności. Przy czym jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie przedmiotowych warunków polegał na zasobach innych podmiotów, a podmioty te miały brać udział w realizacji części zamówienia, wykonawca miał przedstawić w odniesieniu do tych przedmiotów oświadczenie, zgodnie z ust. 3 pkt 1.

Zamawiający wskazywał na możliwość ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert lub do udziału w postępowaniu do pięciu, na podstawie dokonanej klasyfikacji wykonawców w oparciu o wykaz dokonanych dostaw.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przyznawanie przez zamawiającego punktów za dostawy wykazane na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełnienia minimalnych warunków w postępowaniu, nie znajdowało zastosowania w niniejszym postępowaniu.

Celem oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu było bowiem dokonanie badania, czy dany podmiot, może w ogóle zostać dopuszczony do wzięcia w nim udziału, ocena punktowa wprowadzała natomiast klasyfikację wniosków od najlepszego do najgorszego oraz wskazanie, którzy z wykonawców może zostać dopuszczony do dalszego etapu postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przyznawanie wykonawcy jakichkolwiek punktów za potencjał podmiotu trzeciego, który nie zamierzał w ogóle brać udziału w postępowaniu, mijało się z systemem prekwalifikacji. Ocena prawna, a przede wszystkim charakter przedmiotu zamówienia wykluczał – zdaniem KIO – możliwość uwzględnienia przy kwalifikacji zasobów podmiotów trzecich w stopniu wyższym niż potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby, nie sposób było uznać, że wykonawca, który w ogóle nie posiadał własnego doświadczenia lub posiadał go w stopniu niewystarczającym, dawał lepszą rękojmię należytego wykonania zamówienia niż wykonawca posiadający własne doświadczenie.

Za bezzasadny Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP oraz zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

Odnośnie zarzutu dotyczącego niewskazania, jaka wiedza i doświadczenie były przedmiotem użyczenia wskazano, że z zobowiązania Pro Nautus wynikało, że użyczający przekazał wiedzę i doświadczenie uzyskane z prawie 15 letniej realizacji dostaw, a zakres wiedzy i doświadczenia wynikał wprost z wykazu wykonanych dostaw. Użyczający wskazał, że będzie wspierał firmę [redacted] w zakresie realizacji zamówienia oraz udzieli niezbędnego wsparcia technicznego.

W zakresie zarzutu braku wskazania charakteru stosunku łączącego wykonawcę z innym podmiotem Izba wskazała, że z treści zobowiązania wynikało, że użyczający pozostaje w stosunku zobowiązaniowym z wykonawcą. Na rozprawie natomiast wskazano, że strony wiąże umowa cywilnoprawna.

Co się zaś tyczy zarzutu odnoszącego się do tłumaczenia, Izba stwierdziła, że najbardziej wiarygodnym dokumentem było zobowiązanie sporządzone w języku angielskim, a pojawienie się w angielskim tłumaczeniu nazwy podmiotu [redacted] należało traktować jako oczywistą omyłkę.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Od powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej skargę wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaskarżając w części, to jest w zakresie punktu 1 sentencji, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i zarzucając naruszenie następujących przepisów:

1) art. 26 ust. 2b ustawy PZP poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji uznanie, że ww. przepis uprawnia wykonawcę do polegania na zasobach należących do podmiotu trzeciego wyłącznie w celu wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego, podczas, gdy prawidłowa interpretacja ww. przepisu prowadzi do wniosku, że dopuszczalne jest posłużenie się przez wykonawcę zasobami udostępnionymi przez podmioty trzecie w celu wykazania nie tylko minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w przypadku, gdy miałoby to skutkować uzyskaniem wyższej punktacji przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym zwiększeniu szans wykonawcy w uzyskaniu zaproszenia do złożenia oferty;

2) art. 26 ust. 2b ustawy PZP poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu przez Izbę, że charakter przedmiotu zamówienia może wykluczać możliwość

uwzględniania przy kwalifikacji wykonawców zasobów podmiotów trzecich w stopniu wyższym, niż potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, podczas, gdy brzmienie ww. przepisu nie pozwala na wyłączenie możliwości uwzględnienia przy kwalifikacji zasobów podmiotów trzecich w stopniu wyższym niż wykazanie spełniania warunków udziału w postępowania zarówno co do zasady, jak i z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia;

3) art. 26 ust. 2b ustawy PZP w zw. z art. 7 ustawy PZP poprzez ich błędną interpretację, polegającą na uznaniu przez Izbę, że działania zamawiającego polegające na dopuszczeniu posłużenia się przez wykonawcę zasobami udostępnionymi przez podmioty trzecie w celu wykazania nie tylko minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w celu uzyskania wyższej punktacji przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu naruszały zasady uczciwej konkurencji, podczas, gdy ww. działanie zamawiającego było zgodne z przepisami ustawy PZP i zapewniało konkurencję w postępowaniu w jak największym zakresie;

4) art. 192 ust. 2 ustawy PZP poprzez uwzględnienie odwołania i błędne stwierdzenie przez Izbę, że zamawiający naruszył przepisów ustawy, tj. art. 7 w zw. z art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy PZP, poprzez bezpodstawne przyznanie wykonawcom: [redacted] punktów za dostawy wykazane na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełniania warunków w postępowaniu, w sytuacji gdy do takiego naruszenia nie doszło;

5) art. 190 ust. 7 ustawy PZP poprzez błędną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, przejawiającą się uznaniem przez Izbę, wbrew jednoznacznym oświadczeniom podmiotu [redacted] i zamawiającego odnośnie zakresu współdziałania podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, że ww. podmiot nie zamierza brać udziału w realizacji zamówienia, podczas, gdy ww. podmiot deklarował, że będzie brał bezpośredni udział w realizacji zamówienia, co miało taki wpływ na wynik postępowania, że Izba uznała, iż przyznawanie wykonawcy jakichkolwiek punktów za potencjał podmiotu trzeciego, który nie zamierza w ogóle brać udziału w realizacji części zamówienia, mija się z celem systemu prekwalifikacji.

Wskazując na powyższe, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez odwołującego, a nadto rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy PZP oraz nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego, zgodnie z art. 102 k.p.c.

Uzasadnienie skargi stanowiło rozwinięcie postawionych w niej zarzutów.

Na rozprawie skarżący sprecyzował swoje stanowisko, wskazując że zaskarża także rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie kosztów postępowania.

W odpowiedzi na skargę, odwołujący wniósł o jej oddalenie w całości i nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego, zgodnie z art. 102 k.p.c.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 30 grudnia 2015r. zamawiający poparł skargę i wniósł o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Przystępujący po stronie zamawiającego wykonawcy [redacted] w [redacted] oraz [redacted] wnieśli o uwzględnienie skargi.

Rozważania Sądu Okręgowego

Skarga Prezesa Urzędu Publicznych była w pełni zasadna.

Zgodnie z art. 198f ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (PZP) w przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy.

W konsekwencji, wobec uznania za uzasadnione zarzutów skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Sąd Okręgowy orzekł co do istoty sprawy, a więc w przedmiocie odwołania [redacted], w części dotyczącej zarzutów uwzględnionych przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zaskarżonym wyrokiem, Izba uwzględniła odwołanie wyłącznie w zakresie dotyczącym zarzutu naruszenia art. 7 w zw. z art. 51 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy PZP.

Przepis art. 7 ustawy PZP reguluje zasady uczciwej konkurencji. Zgodnie z jego treścią zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Na podstawie art. 51 ust. 1 i 2 ustawy PZP, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy PZP, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zamawiający dopuścił się naruszenia powyższych przepisów ustawy, bowiem bezpodstawnie przyznał wykonawcom [redacted] punkty za dostawy, które wykonawcy zobowiązani byli wskazać, jako warunek wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia, wykazane w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełnienia warunków wskazanych w zamówieniu.

Powyższe stanowisko nie zasługiwało na aprobatę Sądu Okręgowego.

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w ocenie Sądu Okręgowego, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała błędnej wykładni art. 26 ust. 2b ustawy PZP.

Wykładnia literalna przepisu art. 26 ust. 2b ustawy PZP nie mogła prowadzić do uwzględnienia stanowiska odwołującego, który podnosił, że w oparciu o nią (wykładnię) podmiot trzeci może udostępnić zasoby wyłącznie w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia. Przepis ten bowiem w swej treści nigdzie nie zawiera takiego sformułowania. Odwołujący wadliwie rozumie pojęcie „literalne" brzmienie. Literalnie to inaczej dosłownie – co do słowa. Wykładnia literalna nie może przypisywać słowa, którego w tekście nie ma.

W ocenie Sądu Okręgowego prawidłowa interpretacja art. 26 ust. 2b winna prowadzić do wniosku, że wykonawca może korzystać z zasobów podmiotów trzecich, które udostępniły wykonawcy swój potencjał na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Celem powołania się na zasoby podmiotu trzeciego jest wykazanie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przy czym wykonawca ma prawo skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego zarówno w celu wykazania minimalnych warunków, których spełnienie uprawnia go do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w celu wzmocnienia swojej pozycji, tj. wykazania spełnienia warunków zamawiającego w wyższym, pełniejszym zakresie niż inni wykonawcy.

Należało podzielić stanowisko skarżącego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż zawarte w ww. przepisie sformułowanie „zasoby niezbędne" nie uprawniało do uznania, że chodzi o minimalne zasoby. W żaden sposób bowiem nie można uznać, by przymiotnik niezbędny jest synonimem przymiotnika minimalny.

Reasumując tę część wywodu, wykonawca może posiłkować się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie co najmniej koniecznym do spełnienia warunków zamówienia. Istnieje zatem dolna granica (niezbędna do wykonania zamówienia) lecz nie ma granicy górnej.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy PZP nie różnicuje także w żaden sposób wykonawcy, który korzysta z wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia, zdolności finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów od wykonawcy, który polega na własnej wiedzy i doświadczeniu, własnym potencjale technicznym, własnych osobach zdolnych do wykonania zamówienia, własnych zdolnościach finansowych lub ekonomicznych.

Wynika to wyraźnie z brzmienia przedmiotowego przepisu. Krajowa Izba Odwoławcza tymczasem uznała, iż większy „potencjał podmiotu trzeciego", którym dysponuje wykonawca nie jest nawet równy mniejszemu „potencjałowi własnemu" innego wykonawcy. Takie rozumowanie – w świetle cytowanego przepisu ustawy – jest dyskryminujące.

W konsekwencji, w ocenie Sądu Okręgowego, przepis art. 26 ust. 2b ustawy PZP nie wprowadza żadnych ograniczeń co do zakresu powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dlatego też – wbrew zarzutom odwołania – zamawiający nie naruszył także art. 51 ust. 1 i 2 ustawy PZP.

Przepis ten określa sposób kwalifikacji wykonawców w dwóch etapach. W pierwszym zamawiający dokonuje wyboru wykonawców spełniających wymogi zamówienia i jeżeli okaże się, że ich liczba jest większa niż liczba wykonawców, którzy zgodnie z ogłoszeniem mają być zaproszeni do składania ofert (od 5 do 20, w niniejszej sprawie 5 wykonawców), zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminujący. Drugi etap kwalifikacji, w przypadku większej liczby wykonawców spełniających wymogi formalne niż liczba wynikająca z ogłoszenia polega zatem na dokonaniu oceny spełniania przez wykonawców warunków określonych w zamówieniu i wyborze tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny w tym zakresie.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, zamawiający w ogłoszeniu dopuścił możliwość korzystania przez wykonawców przystępujących do postępowania z zasobów podmiotów trzecich, przy czym nie tylko w celu wykazania spełnienia minimalnych warunków określonych w ogłoszeniu, ale także w celu uzyskania dodatkowej punktacji.

W związku z tym, zamawiający prawidłowo następnie zaprosił do składania ofert pięciu wykonawców, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu i uzyskali najwyższą punktację.

Podkreślenia wymagał przy tym fakt, iż kryterium wykazu dostaw, podlegające ocenie, było obiektywne i niedyskryminacyjne, bowiem było ono dostępne dla wszystkich, w tym również odwołującego, który także mógł skorzystać zarówno z własnych zasobów, jak i z zasobów podmiotów trzecich.

Wreszcie, wbrew zarzutom odwołania, nie doszło również do naruszenia art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych. Zamawiający prawidłowo i w sposób zapewniający przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji przygotował i przeprowadził niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Sąd Okręgowy nie znalazł żadnych uchybień w zakresie kwestionowanym przez odwołującego. Wręcz odwrotnie, postępowanie zamawiającego było wzorcowe w tym aspekcie. Warunki niezbędne zostały tak sformułowane (jedna dostawa na poziomie minimum 3 mln zł brutto), aby umożliwić realne konkurowanie jak największej ilości oferentów, przy jednoczesnym zapewnieniu posiadania stosownego doświadczenia. Trudno bowiem byłoby racjonalne założyć, iż wymóg doświadczenia jest spełniony jeśli dotychczas nie wykonało się żadnej dostawy lub też jedną dostawę lecz o niższej wartości, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia.

Dyskryminujące mogłoby być natomiast określenie warunków minimalnych na poziomie wyższym niż to zostało wskazane w ogłoszeniu zamówienia. Gwoli jedynie przykładu - czterech dostaw i wartości 12 mln zł brutto.

W takim wypadku, z definicji odwołujący nie mógłby spełnić tych wymogów, natomiast liczba wszystkich pozostałych na rynku potencjalnych oferentów, spełniających ten wyśrubowany warunek mogłaby być mniejsza niż 5. Oznaczałoby to fikcję spełnienia warunków z art. 51 ust. 1 PZP. Niemożliwym byłoby bowiem osiągnięcie przewidywanej w ustawie minimalnej liczby konkurujących ze sobą wykonawców, tym samym ewentualne dalsze postępowanie zamawiającego stanowiłoby także naruszenie art. 51 ust. 3 PZP.

W konsekwencji powyższych rozważań, Sąd Okręgowy uznał, iż odwołanie [redacted] w zakresie dotyczącym naruszenia art. 7 w zw. z art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy PZP winno zostać oddalone w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała błędnej wykładni ww. przepisów ustawy, skutkowało to naruszeniem art. 192 ust. 2 ustawy PZP.

Na aprobatę zasługiwały w związku z tym wszystkie zarzuty podniesione w skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy PZP zmienił w zaskarżonym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej i oddalił złożone w sprawie odwołanie w całości.

Zmiana wyroku Izby prowadziła do zmiany rozstrzygnięcia dotyczącego kosztów postępowania odwoławczego. Kosztami tymi należało obciążyć, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania, w całości odwołującego. Koszty te zostały już przez [redacted] poniesione, bowiem odwołujący uiścił opłatę od odwołania, a strona przeciwna nie żądała zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. Sąd Okręgowy wskazał w związku z tym wyłącznie zasadę ponoszenia kosztów, nie określając ich wysokości kwotowo.

Odnośnie kosztów postępowania skargowego, żądanie ich zasądzenia zgłosił zamawiający.

W ocenie Sądu Okręgowego, w postępowaniu skargowym nie znajduje zastosowania, wnioskowana zarówno przez skarżącego jak i odwołującego zasada słuszności wyrażona w art. 102 k.p.c.

Zgodnie bowiem z art. 198a ust. 2 ustawy PZP, w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji jeżeli przepisy rozdziału ustawy dotyczącego postępowania skargowego nie stanowią inaczej.

Przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych zawierają natomiast szczególne regulacje dotyczące kosztów postępowania skargowego, które wyłączają stosowanie przepisów k.p.c.

Zgodnie bowiem art. 198f ust. 5 PZP, strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku. Określając wysokość kosztów w treści orzeczenia, sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania. Przepis ten ustala zatem **wyłącznie zasadę odpowiedzialności za wynik procesu.**

W niniejszej sprawie przegrywającym postępowanie w całości był odwołujący, jego zatem należało obciążyć wszystkimi kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym.

Na koszty te składało się wynagrodzenie pełnomocnika strony zamawiającej, obliczone na podstawie 3 pkt 2 b 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. 2010.41.238), jak również koszt opłaty od skargi w wysokości obliczonej zgodnie z art. 34 ust. 1 u.o.k.s., której skarżący nie miał obowiązku uiścić, mając na uwadze odpowiednio stosowany art. 113 u.o.k.s.

NA ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY
za zgodność
Sekretarz sądowy
Sekretarz

SSO Wiktor Piber SSO Bernard Litwiniec SSO Aneta Łazarska