

Sygn. akt **XXIII Zs 151/22**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 grudnia 2022 r.

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

Przewodniczący: sędzia Arkadiusz Kucharski

Protokolant: sekr. sądowy Dariusz Książyk

po rozpoznaniu w dniu 1 grudnia 2022 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem

zamawiającego: Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala w W.

odwołującego: (...) S.A. w K.

uczestnika (przystępującego po stronie zamawiającego w postępowaniu odwoławczym): (...) sp. z o.o. w T.

na skutek skargi odwołującego

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 4 października 2022 r., sygn. akt KIO 2549/22

1. oddała skargę,
2. zasądza (...) S.A. w K. na rzecz Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala w W. 18 767 zł (osiemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego,
3. oddała wniosek (...) sp. z o.o. w T. o zasądzenie na jej rzecz zwrotu kosztów postępowania skargowego.

sędzia Arkadiusz Kucharski

**XXIII Zs 151/22**

## UZASADNIENIE

Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala, zwany dalej „Zamawiającym” lub „NFZ”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej jako „Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „przejęcie utrzymania systemu (...) (...) oraz rozwój systemu w ramach pakietu (...). Szacunkowa wartość tego zamówienia to 10 milionów złotych i przekracza ona progi unijne. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 kwietnia 2022 r., pod nr. (...)

W dniu 27 września 2022 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej) wykonawca (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K., zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec czynności zaniechanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w T. (dalej jako (...)) mimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału

w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

2) art. 110 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), b) i c) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy (...), pomimo iż oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, ponadto przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie także art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy (...) mimo, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Natomiast na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej jako: Izba, KIO) obydwu zarzutów podstawowych i zarzutu ewentualnego opisanych powyżej Odwołujący sformułował trzy dodatkowe zarzuty ewentualne dotyczące naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy (...) do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, to jest dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej, mimo iż ze złożonych w toku postępowania dokumentów (oraz dokumentów ujawnionych już po wyborze najkorzystniejszej oferty) wynika, że Wykonawca (...) nie spełnia warunku udziału w postępowaniu,

2) art. 128 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy (...) do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów podmiotowych (tj. dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej), mimo iż ze złożonych w toku postępowania dokumentów (oraz dokumentów ujawnionych już po wyborze najkorzystniejszej oferty) wynikają co najmniej istotne wątpliwości, czy Wykonawca (...) spełnia warunki udziału w postępowaniu,

3) art. 128 ust. 5 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów - mimo, iż ze złożonych w toku postępowania dokumentów (oraz dokumentów ujawnionych już po wyborze najkorzystniejszej oferty) wynika, że w odniesieniu do okoliczności, czy Wykonawca (...) spełnia warunki udziału w postępowaniu, istnieją co najmniej poważne wątpliwości.

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert,

3) dokonanie ponownej oceny ofert, a w jej toku:

a) wykluczenie Wykonawcy (...) z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, ewentualnie - na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP,

b) wykluczenie Wykonawcy (...) z postępowania na podstawie art. 110 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), b) i c) Pzp,

c) ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego wykluczenia Wykonawcy (...) z postępowania - wezwanie Wykonawcy (...) do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów podmiotowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, zwrócenie się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez

wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów oraz wezwanie Wykonawcy (...) do uzupełnienia 3 dokumentów podmiotowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,

4) ponownej oceny ofert oraz ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba ustaliła, że rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „przejęcie utrzymania systemu (...) ( (...)) oraz rozwój systemu w ramach pakietu (...)“ nastąpiło w dniu 25 sierpnia 2022 r. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Wykonawcy (...), której Zamawiający przyznał 100 pkt. Tego samego dnia zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej zostało opublikowane i przekazane wszystkim wykonawcom za pomocą Platformy Zakupowej znajdującej się pod adresem (...)

Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z 4 października 2022 r. (sygn.: KIO 2549/22) orzekła w ten sposób, że:

- w pkt. 1 – odrzuciła odwołanie;

- w pkt. 2 – orzekła o kosztach w ten sposób, że obciążyła nimi odwołującego.

Na podstawie ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie zachodzi przeszkoda formalna do rozpoznania odwołania, wobec czego odwołanie podlega odrzuceniu.

KIO przytoczyła przepisy art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp, art. 515 ust. 1 i 2 Pzp oraz wskazała, że biorąc pod uwagę fakt, że informacja o ostatniej czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej została zamieszczona i przekazana wszystkim wykonawcom w dniu 25 sierpnia 2022 r. za pośrednictwem Platformy Zakupowej, termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie - przy uwzględnieniu regulacji art. 509 Pzp - upłynął w dniu 5 września 2022 r. Wobec tego odwołanie wykonawcy (...) S.A. w K. zostało wniesione już po upływie terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Natomiast zgodnie z art. 529 ust. 1 Pzp Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

Izba uznała zatem, że z powodu wniesienia odwołania po ustawowym terminie - na podstawie przywołanych powyżej przepisów odwołanie podlega odrzuceniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie § 8 ust. 1 rozporządzenia 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Skargę na powyższe rozstrzygnięcie Izby wniósł odwołujący (...) S.A. w K.. Zaskarżonemu w całości postanowieniu zarzucono:

1. naruszenie przepisów postępowania odwoławczego, które miało wpływ na wynik sprawy, to jest:

1) art 528 ust. 3 Pzp poprzez odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie terminu w sytuacji, w której odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, określonego w art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp;

2) art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, to jest przyjęcie, że przepis ten ma zastosowanie przy obliczaniu terminu do wniesienia odwołania w zaskarżonej sprawie, podczas gdy z opisanego w odwołaniu stanu faktycznego jednoznacznie wynika, że do obliczenia terminu do wniesienia przedmiotowego odwołania zastosowanie znajduje przepis art. 515 ust. 3 pkt. 1 Pzp, co wyraźnie zostało zaznaczone w odwołaniu;

3) art. 513 ust. 3 pkt. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie, to jest pominięcie, że w przedmiotowej sprawie termin do wniesienia odwołania powinien być liczony od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności

można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, o czym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp;

co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia:

4) art. 517 ust. 1 Pzp i art. 544 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie merytorycznego rozpoznania sprawy;

2. naruszenie prawa materialnego:

1) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie (w wyniku nierozpoznania sprawy) nakazania wykluczenia z postępowania Wykonawcy (...), mimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

2) z ostrożności art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie (w wyniku nierozpoznania sprawy) nakazania wykluczenia Wykonawcy (...), mimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zarzut podniesiony jako ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia Zarzutu nr 1);

3) art. 110 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust 1 pkt 2 lit a), b) i c) Pzp poprzez zaniechanie (w wyniku nierozpoznania sprawy) nakazania odrzucenia oferty Wykonawcy (...), pomimo iż oferta ta została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, ponadto przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

4) z ostrożności art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie (w wyniku nierozpoznania sprawy) nakazania wezwania Wykonawcy (...) do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, to jest dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej, mimo iż ze złożonych w toku postępowania dokumentów (oraz dokumentów ujawnionych już po wyborze najkorzystniejszej oferty) wynika, że Wykonawca (...) nie spełnia warunku udziału w postępowaniu (zarzut podniesiony jako ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia Zarzutu nr 1), 2) i 1) powyżej);

5) z ostrożności art. 128 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie (w wyniku nierozpoznania sprawy) nakazania wezwania Wykonawcy (...) do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów podmiotowych (tj. dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej), mimo iż ze złożonych w toku postępowania dokumentów (oraz dokumentów ujawnionych już po wyborze najkorzystniejszej oferty) wynikają co najmniej istotne wątpliwości, czy Wykonawca (...) spełnia warunki udziału w postępowaniu (zarzut podniesiony jako ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia Zarzutu nr 1), 2) i 3) powyżej);

6) z ostrożności - art. 128 ust. 5 Pzp poprzez zaniechanie (w wyniku nierozpoznania sprawy) nakazania zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów - mimo iż ze złożonych w toku postępowania dokumentów (oraz dokumentów ujawnionych już po wyborze najkorzystniejszej oferty) wynika, że w odniesieniu do okoliczności, czy Wykonawca (...) spełnia warunki udziału w postępowaniu, istnieją co najmniej poważne wątpliwości (zarzut podniesiony jako ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia Zarzutu nr 1), 2) i 3) powyżej.

Mając powyższe na względzie skarżący wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści odwołania wniesionego przez skarżącego w dniu 5 września 2022 r. wobec wyboru najkorzystniejszej oferty oraz treści odwołania wniesionego przez Skarżącego w dniu 27

września 2022 r. wobec zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania - na okoliczność, iż zakres zarzutów podniesionych wobec działania Zamawiającego w obu odwołaniach jest różny, w szczególności - iż zarzuty odnoszące się do zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania oparte zostały o inne podstawy faktyczne;

2. zmianę zaskarżonego postanowienia poprzez jego uchylenie;

3. przeprowadzenie rozprawy i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uwzględnienie odwołania (z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia wniosku o orzeczenie co do istoty sprawy - o wskazanie w treści uzasadnienia orzeczenia o obowiązku merytorycznego rozpoznania wniesionego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą w pierwszej instancji, to jest o obowiązku skierowania sprawy na rozprawę przed Krajową Izbą Odwoławczą);

4. zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę NFZ wniósł o odrzucenie skargi w części, w jakiej dotyczy zarzutów niepodniesionych w odwołaniu (art. 584 Pzp w zw. z art. 582 Pzp), oddalenie skargi oraz zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania skargowego.

Przystępujący do sprawy po stronie przeciwnika skargi (...) sp. z o.o. wniósł o oddalenie skargi oraz zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania skargowego.

#### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Na podstawie art. 15zsz<sup>1</sup> pkt 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem (...)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.

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą stanowiące podstawę odrzucenia odwołania, jak i wywody prawne zawarte w uzasadnieniu postanowienia Izby, a ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej to ograniczył się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa (art. 387 § 2<sup>1</sup> k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 pzp).

#### **Zarzut nr. 1.1**

Podstawowym zagadnieniem prawnym, wokół którego oscylują argumenty skarżącego jest nieprawidłowa wykładnia i zastosowanie art. 528 pkt 3 Pzp, co doprowadziło do odrzucenia odwołania, jako wniesionego po terminie. Przypomnieć należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych opiera się na znacznym formalizmie. Prawdą jest, że podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Niemniej jednak restrykcyjny charakter przepisów analizowanej ustawy wymaga od osób starających się o udzielenie zamówienia publicznego dużej ostrożności i staranności w działaniu. W związku z tym odwołanie w zakresie zarzutów skarżącego dotyczących oceny kryterium doświadczenia, jak słusznie wskazała w zaskarżonym postanowieniu Krajowa Izba Odwoławcza, było spóźnione i podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp. Zarzuty te były spóźnione, ponieważ dotyczyły czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 25 sierpnia 2022 r. Oznaczało to, że termin na wniesienie odwołania w zakresie dokonanej oceny oferty upłynął - jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w skarżonym postanowieniu - w dniu 5 września 2022 r. (tj. w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp).

Podkreślić należy, iż poza sporem pozostaje okoliczność, że skarżący (skutecznie) złożył INNE odwołanie od dokonanej przez Zamawiającego czynności, której przedmiotem był m.in. zarzut braku doświadczenia wykonawcy (...) w niniejszym postępowaniu. To INNE odwołanie zostało złożone w ustawowym terminie i zostało przyjęte przez KIO do merytorycznego rozpoznania - sprawa KIO 2314/22.

Powyższe oznacza, że skarżący poprzez złożenie drugiego odwołania (czyli tego, które jest przedmiotem niniejszego postępowania - sygn. akt KIO 2549/22) zmierza w istocie do próby uzupełnienia swojego stanowiska, która została już przez niego zawarte we wskazanym wyżej odwołaniu w sprawie KIO 2314/22.

Zdaniem Sądu Okręgowego jest to działanie nieuprawnione, sprzeczne z istotą terminów zawitych z art. 515 pzp oraz sprzeczne z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej. Dlatego opisywany zarzut skargi jest w sposób oczywisty niezasadny.

Kluczowa na tle niniejszego stanu faktycznego jest wspomniana wyżej zasada koncentracji środków ochrony prawnej, którą statuuje ustawa Prawo zamówień publicznych, polegająca na konieczności zgłaszania, w ściśle określonym terminie, przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących działań lub zaniechań zamawiającego, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania. Ponadto celem zasady koncentracji środków ochrony prawnej jest zapewnienie sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co sprzyja terminowemu dokonywaniu wydatków publicznych. Zasada ta ma na celu również, wespół z przepisami dotyczącymi łącznego rozpoznawania odwołań, eliminację rozbieżnych rozstrzygnięć organów rozpoznających środki ochrony prawnej, w tym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aktualny jest pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (V CA 2056/07), zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością – zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. Zachowaniem odpowiadającym profesjonalnemu charakterowi działalności skarżącego (zob. art. 355 § 2 k.c.) byłoby dążenie do zachowania swoich praw przez wniesienie odwołania w ustawowo określonym terminie. Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a tym bardziej postępowanie odwoławcze, stanowi fragment profesjonalnego obrotu gospodarczego. Uczestnictwo w nim, możliwość uzyskania zamówienia zależne jest od aktywności, przeczności i zapobiegliwości wykonawców, dokładania aktów należytej staranności w celu zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu oraz możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący, który w określonym terminie zaniedbał ochrony swoich praw w postępowaniu, nie może obecnie domagać się od zamawiającego innej oceny ofert przedstawionych przez wykonawców w zakresie kryterium doświadczenia wykonawcy (...). Działanie takie jest spóźnione. Przyjęcie poglądu prezentowanego przez skarżącego przeczyłoby elementarnej zasadzie koncentracji środków ochrony prawnej. Powyższe prowadziłoby bowiem do badania wniosku odwołującego w sytuacji, gdy zawity termin na podnoszenie zarzutów już upłynął oraz ponawianie rozstrzygnięcia w kwestii prawnej, która była już przedmiotem rozpoznania Izby. W sprzeczności z zasadą koncentracji byłoby również przyzwolenie, aby istniejące uprzednio okoliczności, co do których wykonawca powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł co najmniej powziąć wiadomość, służyły za podstawę do wnoszenia odwołania na późniejszym etapie postępowania (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 28/21). Zwłaszcza, że podkreślić należy, że terminy z art. 515 Pzp są terminami prekluzyjnymi. Zaś wynajdywanie zarzutów, w odniesieniu do informacji zawartych w dokumentach zamówienia znanych stronie postępowania, w wyniku niezadawalającego wyniku postępowania Zamawiającego mogłoby doprowadzić do paraliżu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Sądu Okręgowego przeprowadzone rozważania prowadzą w pełni do wniosku, że Krajowa Izba Odwoławcza trafnie odrzuciła odwołanie wykonawcy (...). Sąd Okręgowy nie dopatrył się przesłanek do uwzględnienia skargi w tym zakresie.

**Zarzuty nr 1.2 i 1.3 (opisane łącznie)**

Na uwzględnienie nie zasługiwały także zarzuty naruszenia art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp oraz art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp. Skarżący wskazywał, że odwołanie zostało wniesione w terminie zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp, podczas gdy Izba błędnie zastosowała przepis art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp.

Odnosząc się do przywołanej kwestii w pierwszej kolejności należy wskazać, iż terminy na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 p.z.p. są terminami zawitymi, niepodlegającym przywróceniu. Celem wprowadzenia tego rodzaju terminów jest osiągnięcie stałości i pewności w obrocie prawnym. Pełnią one rolę gwarancyjną dla wszystkich uczestników postępowania.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przepis art. 515 ust. 1 Pzp ma co do zasady zastosowanie do sytuacji, w których zamawiający poinformuje wykonawców o dokonaniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wyjaśnił, że mechanizm prawny zastosowany w tym przepisie dotyczy czynności, o których zamawiający ma obowiązek poinformowania wykonawców i ten obowiązek zrealizował, ale także będzie miał zastosowanie do czynności zamawiającego, co do których nie miał on obowiązku poinformowania wykonawcy, jeżeli zamawiający przesłał wykonawcy informację o tych czynnościach

Natomiast w myśl art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp, odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Ustawodawca wprowadził zatem w art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp terminy wnoszenia odwołania w odniesieniu do innych naruszeń niż określone w art. 515 ust. 1 i 2 Pzp (czynności zamawiającego, ogłoszenia wszczynające postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs albo wobec treści dokumentów zamówienia). W ślad za uchwałą Sądu Najwyższego z 28.2.2013 r. (III CZP 107/12, Legalis) należy przyjąć, że przepis ten znajdzie zastosowanie tylko wobec braku aktywności informacyjnej zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia w odniesieniu do czynności zaskarżalnych podjętych w toku postępowania, co do których: 1) zamawiający nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o ich dokonaniu, przy czym bez znaczenia pozostaje tu okoliczność, czy czynności te są objęte obowiązkiem informacyjnym, a jednocześnie wykonawca powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o nich; 2) nie dotyczą treści ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o konkursie lub dokumentów zamówienia.

Wynika stąd, że opisywany przepis (tj. art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp) ma zastosowanie tylko do tych zaskarżalnych czynności zamawiającego, co do których nie ma on obowiązku informować wykonawcy, oraz tych które objęte są obowiązkiem informacyjnym, jeżeli zamawiający obowiązku tego nie realizuje.

Żadna z tych sytuacji nie zaistniała w niniejszej sprawie.

Bezsporne bowiem było to, że w dniu 25 sierpnia 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy (...) sp. z o.o. (...) jako najkorzystniejszej. Niekwestionowane było również, że skarżący (...) wniósł w terminie odwołanie od tej czynności, co było przedmiotem postępowania przed KIO o sygn. akt KIO 2314/22, zakończonej wyrokiem z 20 września 2022 r. Jednocześnie wykonawca (...) wskazywał, że na skutek nowych okoliczności, o których dowiedział się 22 września 2022 r., był uprawniony do wniesienia nowego odwołania w sprawie na mocy art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp. Z powyższym nie sposób się zgodzić. Skarżący błędnie wywodzi bowiem, że dziesięciodniowy termin na wniesienia odwołania należało liczyć od daty dowiedzenia się o nowych okolicznościach zaistniałych w sprawie, które powinny stanowić podstawę do działania Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia wykonawcy (...) z postępowania. Podkreślić należy, że substratem zaskarżenia pozostają czynności Zamawiającego (w rozumieniu art. 513 p.z.p.). Jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na skargę, podstawą do wniesienia odwołania może być wyłącznie sprzeczna z przepisami p.z.p. czynność zamawiającego (art. 513 p.z.p.), termin na wniesienie odwołania na taką czynność lub jej zaniechanie biegnie bądź od czynności ujawniającej w sposób wystarczający wolę zamawiającego,

bądź od dnia poinformowania o rozstrzygnięciu postępowania. Zaś w niniejszym postępowaniu, ostatnim terminem, w którym zamawiający mógł wykonać czynność (tj. wykluczyć innego wykonawcę z postępowania) był dzień wyboru oferty, tj. 25 sierpnia 2022 r. Od tej daty należało więc liczyć termin do wniesienia odwołania jako wniesionego od daty rzekomego zaniechania Zamawiającego wykluczenia innego wykonawcy z postępowania, który upływał 5 września 2022 r. W sprawie zastosowanie znajdował tym samym przepis art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp. W konsekwencji, odwołanie wykonawcy (...) z 27 września 2022 r. zostało wniesione po terminie, co skutkowało koniecznością jego odrzucenia.

W ocenie Sądu Okręgowego, zgodzić należało się z Izłą, że w sprawie nie istniały podstawy do wywodzenia terminu na wniesienie odwołania w oparciu o przepis art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, tj. od daty dowiedzenia się przez Odwołującego o jego zdaniem nowych faktach i dowodach, które miałyby wpłynąć na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i ewentualnie skutkować wykluczeniem konkurenta z postępowania oraz odrzuceniem jego oferty. Nie można bowiem przyjąć, że każdorazowo w przypadku powzięcia przez zainteresowanego wykonawcę wiadomości o nowych okolicznościach i dowodach już po wyborze oferty najkorzystniejszej przysługiwałoby mu prawo do wnoszenia nowego odwołania w sprawie. Taka interpretacja przepisu art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp, prowadziłaby do bowiem do zastosowania - nieuregulowanej na gruncie ustawy Prawa zamówień publicznych - instytucji wznowienia postępowania wobec pojawienia się nowych okoliczności, które stronom nie były znane. Powyższe prowadziłyby zaś do paraliżu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i wykonywania umów w przedmiocie zamówienia publicznego przez wykonawców kwestionujących wybór najkorzystniejszej oferty nawet po zakończeniu postępowania.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Sądu Okręgowego, okoliczności, na które powołuje się skarżący nie można było uznać za „nowe okoliczności” stanowiące podstawę wniesienia odwołania. Jak wskazano powyżej, skarżący w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wniósł dwa odwołania. Pierwsze z nich zostało wniesione w ustawowym terminie i prowadzone przez KIO pod sygn. akt KIO 2314/22. Drugie, spóźnione, zostało zarejestrowane pod sygn. akt KIO 2549/22. Analiza zarzutów podniesionych w sprawie o sygn. akt KIO 2549/22 prowadziła zaś do uznania, że stanowiły one de facto przedmiot sprawy prowadzonej pod sygn. KIO 2314/22. Zarzuty postawione Zamawiającemu w odwołaniu z dnia 5 września 2022 r. (KIO 2314/22) były tożsame z zarzutami przywołanymi w rozpoznawanym w niniejszej sprawie odwołaniu (dotyczącymi braku wymaganego doświadczenia wykonawcy (...)). Modyfikacji uległa wyłącznie argumentacja Odwołującego dotycząca tych samych okoliczności i dowodów, a także został przedstawiony nowy dowód w postaci umowy Poczty Polskiej Usług (...) S.A. z (...) sp. z o.o. Zaś sama okoliczność, że skarżący uzyskał nowy dowód na ewentualne potwierdzenie swoich argumentów nie może stanowić podstawy do omińnięcia przepisu art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp i ustalenia terminu do wniesienia odwołania w myśl art. 515 ust. 3 pkt 1 pzp. W interesie Odwołującego było dążenie do zapoznania się z pełną treścią dokumentacji postępowania tak, aby mógł on w pełnym zakresie kwestionować czynności lub zaniechania Zamawiającego.

Próba uzupełniania przez skarżącego złożonego już przez niego odwołania poprzez składnię kolejnego odwołania opartego na de facto tych samych podstawach jest niedopuszczalna, gdyż prowadzi do zniweczenia terminów zawitych z art. 515 pzp oraz narusza zasadę koncentracji środków ochrony prawnej. Dlatego opisane wyżej zarzuty skargi nie były trafne.

#### **Zarzut nr 1.4**

W konsekwencji niezasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 517 ust. 1 Pzp i art. 544 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie merytorycznego rozpoznania sprawy. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 517 ust. 1 Pzp, wniesione odwołanie będzie podlegało rozpoznaniu przez KIO jedynie w przypadku, gdy nie zawiera braków formalnych oraz został od niego uiszczony wpis w wymaganej wysokości. Uszczegółowieniem powyższej zasady jest przepis art. 518 ust. 1 Pzp, który stanowi o braku możliwości nadania prawidłowego biegu odwołaniu (czyli skierowania do rozpoznania) m.in. wskutek niezachowania warunków formalnych odwołania. Ponadto, aby odwołanie mogło zostać rozpoznane, konieczne jest stwierdzenie, czy w sprawie nie zachodzi żadna z przesłanek negatywnych z art. 528 Pzp. Dopiero wykluczenie powyższych przesłanek uprawnia Izłą do rozpoznania merytorycznego odwołania. W niniejszej sprawie,



KIO prawidłowo uznała, że zachodzi przesłanka negatywna z art. 528 pkt 3 Pzp, co uzasadniało odstąpienie od rozpoznania sprawy i odrzucenie odwołania z przyczyn formalnych.

### **Zarzuty nr 2.1 – 2.6 (opisane łącznie)**

Z uwagi na powyższe, w sprawie nie istniała konieczność do przeprowadzenia analizy zarzutów naruszenia prawa materialnego w skardze. Skoro KIO prawidłowo odrzuciła przedmiotowe odwołanie, prowadzenie postępowania w przedmiocie przesłanek merytorycznych jego wniesienia było bezcelowe.

Mając powyższe na uwadze, działając w granicach skargi i zaskarżenia, Sąd Okręgowy orzekł jak w pkt 1. wyroku i na podstawie art. 588 ust. 1 Pzp oddalił skargę.

W pkt 2 Sąd orzekł o kosztach postępowania skargowego na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Skarżący (...) przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez przeciwnika skargi (Zamawiającego) w całości. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów (ustalonych od wskazanej w skardze wartości przedmiotu zaskarżenia), Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 2 pkt 9 w zw. z §10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za radców prawnych (Dz.U. 2015 r., poz. 1804 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi, z uwzględnieniem 75% stawki minimalnej, ponieważ pełnomocnik przeciwnika skargi nie działał przed KIO, ujawnił się dopiero w postępowaniu skargowym. W konsekwencji zasądzone koszty to 75 % z 25 000 zł (czyli 18 750 zł) oraz 17 zł opłaty skarbowej (k.144). Sąd Okręgowy stoi przy tym na stanowisku, iż niniejsze postępowania należy do spraw cywilnych, do których zastosowanie mając ogólne przepisy dotyczące stawek zastępstwa procesowego.

W pkt 3 Sąd oddalił wniosek (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w T. co do zasądzenia na jej rzecz zwrotu kosztów postępowania skargowego, bowiem w ocenie Sądu (...) nie była stroną tego postępowania w rozumieniu art. 589 ust. 1 Pzp. Z tego zaś przepisu wynika, że orzeczenie o kosztach w ramach postępowania skargowego dotyczy wyłącznie stron postępowania, zatem a contrario nie dotyczy wykonawców, którzy byli tylko przystępującymi na etapie postępowania przed KIO. Oznacza to ustawową niedopuszczalność żądania zwrotu kosztów przez uczestników postępowania nie będących stronami sporu.

W tym zakresie Sąd Okręgowy podziela pogląd prawny co do tego, iż postępowanie inicjowane skargą do sądu jest postępowaniem dwustronnym, opartym na strukturze typu procesowego. Stroną postępowania jest: skarżący (którym może być również zamawiający) oraz przeciwnik skargi (odwołujący się wykonawca albo zamawiający). Przepisy ustawy Pzp nie dają podstawy do konstruowania postępowania ze skargi jako postępowania, w którym występuje mnogość stron. W konsekwencji nie ma dostatecznego argumentu na rzecz poglądu, że przeciwnikiem skargi jest także wykonawca, który zgłosił przystąpienie na etapie postępowania przed KIO. Wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego staje się uczestnikiem tego postępowania. Byłoby też nadmiernym uproszczeniem przyjmowanie, że jest on interwenientem ubocznym w postępowaniu skargowym. Zgłoszenie przystąpienia podyktowane jest interesem prawnym wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie, niekoniecznie tożsame z interesem prawnym strony, do której przystępuje. Przystępujący wykonawca działa we własnym interesie i zajmuje samodzielną pozycję w postępowaniu. Nie jest więc tylko pomocnikiem strony, do której przystąpił (por. uchwała SN z 24.2.2009 r., III CZP 147/08). W tym zakresie podnieść zaś należy, że Sąd nie miał podstaw do ewentualnego zasądzenia na rzecz (...) kosztów postępowania skargowego w oparciu o odpowiednio stosowany art. 107 k.p.c., bowiem (...) nie złożyła interwencji ubocznej.

Sędzia Arkadiusz Kucharski