

Sygn. akt XXIII Zs 95/21

POSTANOWIENIE

Dnia 9 listopada 2021 r.

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

Przewodniczący: Sędzia Anna Żuława

po rozpoznaniu w dniu 9 listopada 2021 r. w Warszawie

na posiedzeniu niejawnym

sprawy ze skargi wykonawcy A. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w M.

z udziałem przeciwnika skargi zamawiającego Gminy R.

na postanowienie o kosztach postępowania odwoławczego zawarte w pkt. 4. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1669/21

postanawia:

oddalić skargę.

sędzia Anna Żuława

Sygn. akt XXIII Zs 95/21

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 5 lipca 2021 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1669/21 Krajowa Izba Odwoławcza:

1. umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 241 ust. 1 i 3 i art. 16 ustawy Pzp, art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z §9 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, art. 353⁽¹⁾ w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy Pzp i nakazała zamawiającemu Gminie R. zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) poprzez:
 - zmianę Rozdziału VI pkt 4 lit. c) SWZ dot. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej poprzez jego doprecyzowanie i wskazanie liczby i parametrów minimalnych wymaganych pojazdów oraz wykreślenie żądania zawartego w załączniku nr 6 do SWZ pn. „Wykaz posiadanych pojazdów wykonujących zamówienie” pod tabelą o treści „Do wykazu należy załączyć stosowne dokumenty potwierdzające dopuszczenie pojazdu do ruchu drogowego (kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem);
 - wykreślenie z Rozdziału XVII SWZ kryterium oceny ofert nr II pn. ilość wykonanych usług;
 - wykreślenie § 10 ust. 2 lit. e) Załącznika nr 2 do SWZ wzór umowy lub jego zmianę poprzez odniesienie możliwości rozwiązania umowy z Wykonawcą bez zachowania okresu wypowiedzenia do stwierdzenia realizacji usługi przez Wykonawcę w sposób sprzeczny z istotnymi postanowieniami umowy oraz zdefiniowanie tych istotnych postanowień umowy;

3. w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie;

4. kosztami postępowania obciążyła zamawiającego - Gminę R. w części 3/4 i odwołującego A. F. prowadzący działalności gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą w M. w części 1/4 i:

4.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł

stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 485 zł 60 gr stanowiącą koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 291 zł 23 gr stanowiącą uzasadnione koszty noclegu pełnomocnika odwołującego, kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 374 zł 64 gr stanowiącą koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego na posiedzenie i rozprawę,

4.2. zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 844 zł,

4.2. koszty wynagrodzenia pełnomocników oraz koszty ich dojazdu na posiedzenie i rozprawę zniósła wzajemnie.

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. Odwołujący na rozprawie oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. Według Izby w przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należało uznać zdaniem Izby, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. Izba stwierdziła, że związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

W pozostałym zakresie odwołanie zasługiwało, zadaniem Izby, na częściowe uwzględnienie. Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 241 ust. 1 i 3 i art. 16 ustawy Pzp ustawy poprzez wskazanie w rozdziale XVII. SWZ - Kryterium II - ilość

wykonanych usług dowozu (...), pomimo jego zmiany w toku postępowania odwoławczego przez zamawiającego - zmiana dokonana przez zamawiającego nie zmieniła kwestionowanej przez odwołującego istoty kryterium, tj. jego powiązania z podmiotowością wykonawcy, a nie z przedmiotem zamówienia jak tego wymaga ustawa Pzp. Izba uznała, iż zarzut ten podlega rozpatrzeniu ze względu na utrzymanie kryterium z zakresie niezmienionym co do jego charakteru oraz ze względu na niewykonanie żądania odwołującego. Podkreśliła, iż kryteria mają umożliwiać wybór najkorzystniejszej oferty i takiego wykonawcy, który w lepszy sposób będzie wykonywał zamówienie. Nadmieniała, iż brzmienie kryterium po zmianie SWZ dokonanej przez zamawiającego w dniu 22 czerwca 2021 r. odbiega od brzmienia, które zamawiający wskazywał w odpowiedzi na odwołanie. Niemniej jednak Kryterium nr II - ilość wykonanych usług dowozu w ciągu ostatnich 3 lat poprzedzających złożenie oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - każda, wraz z referencjami lub innymi dokumentami sporządzonymi przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane: minimum 2 usługi (0 pkt), 3 usługi (10 pkt), 4 usługi

(20 pkt), 5 usług (30 pkt), 6 i powyżej (40 pkt), niewątpliwie odnosi się do właściwości wykonawcy i jako takie jest niedopuszczalne w świetle ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 241 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez określenie kryterium tzw. podmiotowego, do czego zamawiający nie był uprawniony wobec brzmienia tych przepisów. Art. 241 ust. 1 wskazuje, iż kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Ponadto art. 241 ust. 3 ustawy Pzp doprecyzowuje, iż kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Z treści tego przepisu wprost wynika zakaz stosowania kryteriów o charakterze podmiotowym, odnoszących się do właściwości wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę konstrukcję tego przepisu Izba uznała, iż wyliczone w nim kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy mają charakter przykładowy. Do kategorii kryteriów tzw. podmiotowych należy zdaniem Izby zaliczyć również doświadczenie wykonawcy, gdyż dotyczy właściwości podmiotu, a nie cech przedmiotowych zamówienia które wykonawca ma zrealizować. Skoro zamawiający zamierza oceniać ilość wykonanych usług dowozu, to niewątpliwie tak ustalone kryterium wpisuje się w podmiotową ocenę wykonawcy, która jest niedozwolona w zakresie kryteriów oceny ofert i narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, wobec czego zarzut ten zasługiwał na uwzględnienie.

Dostrzeżenia, w aspekcie tego zarzutu jak i zarzutu kolejnego, tj. naruszenia art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wymagało stanowisko zamawiającego w trakcie udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców i udzielania wyjaśnień SWZ z dn. 1 czerwca 2021 r., gdzie wykonawca wskazywał m.in. na sformułowanie Kryterium nr II z naruszeniem zasad uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie wyrażając zgody na zmianę tego kryterium przedstawił wywód w którym wskazał jak prawidłowo należy rozumieć cele jakie przed warunkami udziału w postępowaniu oraz kryteriami oceny ofert stawia ustawa Pzp i w jaki sposób należy je formułować w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że „Warunki udziału w postępowaniu dotyczą właściwości podmiotowych wykonawcy i należy je odróżnić od kryteriów oceny ofert, które odnoszą się do przedmiotu zamówienia. Co za tym idzie, należy rozróżnić etap kwalifikacji podmiotowej wykonawców i etap oceny złożonych przez nich ofert. Podczas pierwszego etapu ocenie podlega spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, czyli minimalnego zakresu wymagań, które muszą spełnić wykonawcy, aby mogli ubiegać się o dane zamówienie publiczne. Ocena spełniania tych wymagań ma charakter zerojedynkowy, co oznacza, że można je spełniać lub nie, a spełnianie wymogów w stopniu wyższym niż minimalny nie jest na tym etapie co do zasady dodatkowo punktowane (z wyjątkiem tzw. kryteriów selekcji). Podczas etapu oceny ofert ocenie nie podlegają już właściwości wykonawców, lecz złożone przez nich oferty. Inaczej niż przy ocenie warunków udziału w postępowaniu, ofertom przyznawana jest różna liczba punktów zgodnie ze wskazaną przez zamawiającego skalą punktacji. Kryteria oceny ofert służą m.in. zagwarantowaniu lepszej jakości oferowanego przedmiotu zamówienia, co wiąże się z możliwością punktowania przez instytucje zamawiające na tym etapie spełnienia przez wykonawców wymagań wyższych niż minimalne. Zasadnicza różnica między kryteriami oceny ofert a warunkami udziału w postępowaniu jest taka, że warunki dotyczą właściwości wykonawcy, a kryteria oceny ofert -przedmiotu zamówienia.” Izba w pełni podziela pogląd zamawiającego wyrażony powyżej i stwierdza, iż tym bardziej budzi zdumienie sformułowanie kryterium nr II w SWZ w odniesieniu do właściwości wykonawcy oraz kwestionowanego przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu bez określenia minimalnego zakresu wymagań, które stoją w sprzeczności z przytoczonym powyżej stanowiskiem zamawiającego.

Ze słusznego stanowiska zamawiającego przytoczonego powyżej wynika zdaniem Izby, iż warunki udziału w postępowaniu określają minimalny zakres wymagań, które muszą spełnić wykonawcy, aby mogli ubiegać się o dane zamówienie publiczne. Ocena spełniania tych wymagań ma charakter zerojedynkowy, co oznacza, że można je spełniać lub nie, a spełnianie wymogów w stopniu wyższym niż minimalny nie jest na tym etapie co do zasady dodatkowo punktowane (z wyjątkiem tzw. kryteriów selekcji). Izba stwierdziła, iż warunek zdolności technicznej określony w Rozdziale VI pkt 4 lit c) SWZ w brzmieniu „Wykonawca wykaże, że dysponuje pojazdami lub będzie dysponować pojazdami w okresie wykonywania zamówienia, które skieruje do jego realizacji” został określony wadliwie. Warunek udziału w postępowaniu winien umożliwić zamawiającemu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania

przedmiotu zamówienia, w szczególności wyrażać minimalne poziomy tej zdolności dające podstawę do uznania, iż wykonawca posiada zasoby pozwalające na stwierdzenie, iż podoła on realizacji zamówienia. Natomiast warunek określony przez zamawiającego nie spełnia tej funkcji tj. nie daje gwarancji prawidłowej realizacji zamówienia przez podmiot zweryfikowany w oparciu o ten warunek. Ponadto takie sformułowanie warunku nie daje wykonawcom pewności co do sposobu i zakresu informacji podlegających ocenie w zakresie wykazania spełniania tego warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego Izba uznała, iż kwestionowany przez odwołującego warunek został skonstruowany wadliwie. Nie zasługuje również na akceptację stanowisko zamawiającego, iż przedmiotowy warunek udziału należy czytać przez pryzmat minimalnych parametrów⁷ pojazdów określonych we wzorze umowy, w sytuacji gdy brzmienie warunku nie odnosi się do tych postanowień. Należy zwrócić uwagę, iż zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż z całą świadomością nie określał ilości pojazdów, chcąc aby to wykonawca w optymalny sposób, biorąc pod uwagę liczbę i specyfikę tras skierował do realizacji odpowiednią ilość pojazdów⁷. Taka argumentacja w ocenie Izby jest błędna w odniesieniu do określenia warunku udziału w postępowaniu jak i do oceny jego spełniania. Jak już wskazano powyżej warunek, w szczególności ma wyrażać minimalne poziomy zdolności wykonawcy dające podstawy do uznania, iż wykonawca posiada zasoby pozwalające na stwierdzenie, iż podoła on realizacji zamówienia, a contrario brak określenia przez zamawiającego minimalnej liczby pojazdów czy też ich parametrów nie daje zamawiającemu możliwości stwierdzenia spełnienia warunku przez wykonawcę. Warunki te powinny być jasno skonkretyzowane, tak aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, czy je spełniają i czy wybór wykonawcy nastąpi między uczestnikami, którzy rzeczywiście spełniają konieczne wymagania, jak wskazał sam zamawiający w odpowiedzi z 1 czerwca 2021 r. ocena spełniania tych wymagań ma charakter zerojedynkowy, co oznacza, że można je spełniać lub nie. W sytuacji braku skonkretyzowania warunku taka ocena jest niemożliwa.

Odnośnie drugiego aspektu tego zarzutu, tj. naruszenia przez zamawiającego § 9 ust. 1 pkt 10 rozp. dok poprzez żądanie załączenia do wykazu stosownych dokumentów potwierdzających dopuszczenie pojazdu do ruchu drogowego (kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem), Izba stwierdziła, iż jest on zasadny.

Za zasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 353¹ w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy Pzp poprzez przyznanie zamawiającemu uprawnienia do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego realizacji usługi przez wykonawcę w sposób sprzeczny z jakimkolwiek postanowieniem umowy. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO 2280/16, przywołany przez odwołującego, iż zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia

warunków umowy, które zabezpieczają jego interes w wykonaniu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodziła się z twierdzeniami, że uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c. W ocenie Izby, kwestionowane postanowienie wzoru umowy tj. § 10 ust. 2 lit. e), jest nadmiernie sankcyjne dla wykonawców, nie odnosi się realizacji istotnych postanowień umowy i dając zamawiającemu kompetencję rozwiązania umowy w bardzo szerokim zakresie, nawet z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę, prowadzi do niepewności co do trwałości stosunku zobowiązaniowego, czym w ocenie Izby narusza zasady współżycia społecznego.

Natomiast, w ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia art 433 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Izba zauważyła również, że istotnym elementem przy odwołaniach na treść SWZ mającym wpływ na sformułowanie treści sentencji orzeczenia, jest przepis art. 554 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

Izba uznała zatem, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 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).

Od powyższego wyroku KIO skargę w zakresie punktów 4.1, 4.2, 4.3 wniósł A. F.. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj.:

a) art. 542 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i dokonanie jej w sposób dowolny wyrażający się w przekonaniu, że M. K. spełnia przesłanki uznania go za pełnomocnika zamawiającego w postępowaniu odwoławczym zgodnie z art. 510 ust. 1 Pzp, podczas gdy wskazany nie pozostaje z zamawiającym w stosunku zlecenia, lecz według jego twierdzeń w stosunku takim pozostaje kancelaria prawna, w której jest

zatrudniony, a zatem nie mógł występować w niniejszym postępowaniu w charakterze pełnomocnika zamawiającego, ponadto M. K. nie jest pełnomocnikiem zawodowym (adwokatem ani radcą prawnym), zatem nie mógł uwierzytelnić odpisów przedłożonych dokumentów, wobec tego nie wykazał umocowania J. F. do reprezentowania zamawiającego i udzielenia pełnomocnictwa M. K.; jak również w przyjęciu, że wynagrodzenie M. K. z tytułu reprezentacji przed KIO oraz dojazd na rozprawę wyniosło 3.974,64 zł podczas gdy M. K. nie złożył rachunku/faktury (faktura pochodzi od podmiotu trzeciego nie występującego w niniejszym postępowaniu);

b) art. 511 ust. 3 Pzp w zw. z art. 510 ust. 1 Pzp poprzez ich bezpodstawne zastosowanie i w rezultacie warunkowe dopuszczenie M. K. jako pełnomocnika zamawiającego do udziału w postępowaniu odwoławczym, podczas gdy M. K. nie pozostaje bezpośrednio z zamawiającym w stosunku zlecenia, lecz według jego twierdzeń w stosunku takim pozostaje kancelaria prawna, w której jest zatrudniony, a zatem nie spełnia przesłanek pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym, wobec czego zastosowanie tego przepisu w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie powinno mieć miejsca; art. 557 w zw. z art. 575 Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 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, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kwoty 374,64 zł tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika zamawiającego na posiedzenie i rozprawę, podczas gdy występujący w sprawie M. K. nie spełnia przesłanek uznania go za pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym, a zatem brak było podstaw do zaliczenia w poczet kosztów postępowania odwoławczego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i kosztów jego dojazdu na posiedzenie i rozprawę, a w konsekwencji również brak było podstaw do wzajemnego zniesienia między stronami kosztów wynagrodzenia pełnomocników oraz ich dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

c) art. 559 ust. 2 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na niewskazaniu podstaw faktycznych, które legły u podstaw orzeczenia o kosztach postępowania odwoławczego, w tym wzajemnego zniesienia między stronami kosztów wynagrodzenia pełnomocników oraz kosztów ich dojazdu na rozprawę i posiedzenie, podczas gdy było to niezbędne dla zrozumienia toku wyводу Krajowej Izby Odwoławczej oraz uniemożliwiło kontrolę instancyjną orzeczenia w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, na podstawie art. 581 ustawy Pzp, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w:

1. pkt 4.1. - poprzez nieuwzględnienie w zakresie kosztów postępowania odwoławczego kwoty 3.600 zł tytułem poniesionych przez zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwoty 374,64 zł tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika zamawiającego na posiedzenie i rozprawę;

2. pkt 4.2. - poprzez zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 8.907,62 zł (słownie: osiem tysięcy dziewięćset siedem złotych 62/100) stanowiącej uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego

tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę oraz koszty noclegu pełnomocnika odwołującego z uwzględnieniem wyniku postępowania;

3. pkt 4.3. - poprzez jego uchylenie w całości.

Ponadto, wniósł o zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie zgodnie z art. 98 §1 i §2 k.p.c.

Zamawiający Miasto i Gmina R. w odpowiedzi na skargę wskazał, iż skarżący pod zarzutem skierowanym co do kosztów postępowania faktycznie skarży meritum sprawy, obchodząc przepisy określające wysokość opłaty sądowej. Skarżący podnosi kwestię opłaty za skargę, jakoby wpis miał wynosić 40,00 zł ponieważ mamy do czynienia z zażaleniem dotyczącym wysokości kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym, podczas gdy w rzeczywistości całe uzasadnienie opiera się na twierdzeniu jakoby pełnomocnik został nienależycie umocowany (co stanowi zarzut merytoryczny). Takie zachowanie należy traktować jako próbę obejścia przepisów prawa. W związku z powyższym Skarżący powinien

uiścić pełen wpis od Skargi.

Z ostrożności procesowej przeciwnik skargi podniósł, że przepisy ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych nie odnoszą się w kwestii odwołań do stosowania na rozprawie przed KIO przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, na który powołuje się skarżący. Gdyby tak było to prawodawca ująłby to w ustawie Pzp tak jak ma to miejsce w przypadku postępowania skargowego przed Sądem Okręgowym w Warszawie (art. 579 ust. 2 ustawy Pzp).

Pełnomocnik Zamawiającego nie musiał uwierzytelniać odpisu pełnomocnictwa Miasta i Gminy R., udzielonego mu przez Burmistrza, gdyż takowe zostało w dniu 15 czerwca 2021 r. złożone w oryginale, tj. podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym i przesłane do Krajowej Izby Odwoławczej. Dalej w dniu 22 lipca 2021 r. zamawiający odpowiadając odwołującemu na odwołanie przesłał to samo pełnomocnictwo.

Ponadto przeciwnik skargi podniósł, że dyspozycja art. 510 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) stanowi, że pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania oraz osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. Z powyższego przepisu jasno wynika, że pełnomocnik ma pozostawać z zamawiającym w stosunku zlecenia. Nie znaczy to oczywiście że ma to być umowa zlecenia, ponieważ prawodawca, użyłby sformułowania umowa cywilnoprawna, gdyby chodziło o umowę zlecenia. Z udzielonego pełnomocnictwa jasno wynika, że Burmistrz Miasta i Gminy R. upoważnia (zleca) panu M. K. zatrudnionemu w Kancelarii (...) s.c, ul. (...), (...) (...) O., do reprezentowania go przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz we wszelkich kontaktach z Wykonawcami, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dowóz uczniów do szkół w R. na podstawie biletów miesięcznych”. Dodatkowo przepis ten mówi wprost, że pełnomocnikiem może być także inna osoba niż pełnomocnik zawodowy. Mając powyższe na uwadze przeciwnik skargi wniósł o odrzucenie skargi jako bezzasadnej.

Sąd Okręgowy - Sąd Zamówień publicznych ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż stosownie do treści przepisów wprowadzających ustawę Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) w art. 89 traci moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, natomiast do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89,

wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe (art. 90). W myśl art. 92 ust. 1 z kolei ww. ustawy do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi

do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 92, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Według ust. 2 art. 92 do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się dotychczasowe przepisy ustawy. W konsekwencji do postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak również do przedmiotowego postępowania znajdują przepisy ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (dalej także jako: „pzp”).

Przechodząc zaś do zarzutów skargi podnieść należy, iż po pierwsze zamawiający (przeciwnik skargi) wykazał umocowanie J. F. do reprezentowania zamawiającego jako Burmistrz Miasta i Gminy R. (k. 30 akt). J. F. mógł zatem udzielić M. K. pełnomocnictwa. Nawet zaś w przypadku uznania, że M. K. nie mógł poświadczyć za zgodność z oryginałem dokumentów wskazujących na umocowanie J. F. (jako że M. K. nie jest pełnomocnikiem zawodowym), to wiedza o pełnieniu przez J. F. funkcji burmistrza jest powszechnie dostępną i jawną, którą zarówno Krajowa Izba Odwoławcza, jak i Sąd, mogły zweryfikować we własnym zakresie.

W kontekście podnoszonych przez odwołującego wątpliwości wynikających z treści art. 510 ust. 1 pzp należy uznać, że istniało pełnomocnictwo dla M. K., co wprost wynika z treści złożonego pełnomocnictwa (k. 28 akt). Trzeba wziąć pod uwagę, że zgodnie z cytowanym przepisem pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania, oraz osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. Przy czym inaczej niż w art. 87 § 1 kpc (którego nie stosuje się odpowiednio w postępowaniu odwoławczym przed KIO) mowa jest tu o zleceniu, a nie stałym zleceniu. Zatem na gruncie postępowania odwoławczego zlecenie może być także pojedyncze, okazjonalne. Nie ulega wątpliwości, że informacja, iż M. K. jest zatrudniony w kancelarii prawnej znajduje się w treści pełnomocnictwa. Z kolei z jawnego dla wszystkich zainteresowanych odpisu z CEiDG kancelarii wynika, że działalność kancelarii polega na działalności prawniczej. Powyższe uwiarygadnia możliwość pozostawania w

stosunku zlecenia z zamawiającym w ramach stałej obsługi prawnej. M. K., jako pracownik kancelarii, która posiada stały stosunek zlecenia, jest nim zatem objęty. Okoliczność tę potwierdza dodatkowo fakt wystawienia faktury VAT nr (...) celem wykazania poniesionych w postępowaniu kosztów właśnie przez Kancelarię (...) s.c, w ramach której zatrudniony był M. K. (k. 82 akt pomocniczych). Oczywiście pożądanym jest, aby pełnomocnik, pozostający w stosunku zlecenia, był w stanie ten fakt wykazać w sytuacji, gdy pojawią się wątpliwości, co do istnienia tego stosunku czy jego charakteru, jednakże brak jest przepisu obligującego pełnomocnika zwłaszcza w postępowaniu odwoławczym do wykazywania istnienia tego stosunku (por. wyr. KIO 18.2.2021 r., KIO 189/21; Legalis).

Jeśli natomiast KIO poweźmie wątpliwość, czy dana osoba znajduje się w kręgu osób, o którym mowa w art. 510 pzp, jest uprawniona i zobowiązana do wezwania jej, aby wykazała się stosownymi dokumentami. W niniejszej sprawie KIO, nawet pomimo złożenia zarzutów przez odwołującego w tym zakresie, oraz podjęcia czynności wyjaśniających, ostatecznie nie miała takich wątpliwości. Niezrozumiałe jest więc kwestionowanie tego przez odwołującego dodatkowo przed sądem. Zwłaszcza, że koszty wynagrodzenia pełnomocników, ich koszty dojazdu czy też noclegu zostały wzajemnie zniesione, zatem skarżący nie został obciążony tymi kosztami.

Do czasu zamknięcia rozprawy strona, uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw lub ich pełnomocnicy mogą złożyć wniosek dotyczący kosztów postępowania odwoławczego. Omawiany przepis nie wyłącza możliwości zgłoszenia takiego żądania już w samym odwołaniu, czy odpowiedzi na odwołanie. Wniosek taki można zgłosić formie pisemnej lub ustnie do protokołu. Zamawiający złożył wniosek ustnie do protokołu k. 136. Na okoliczność zasadności i wysokości poniesionych kosztów została złożona faktura VAT nr (...) (k. 82 akt pomocniczych), a tym samym że pełnomocnik koszty wykazał.

Jeśli zaś chodzi o zarzut niewskazania przez Izbę podstaw faktycznych, które legły u podstaw orzeczenia o kosztach postępowania odwoławczego, w tym wzajemnego zniesienia kosztów wynagrodzenia pełnomocników oraz kosztów

ich dojazdów na rozprawę i posiedzenie, to podnieść należy, iż w pełni wystarczające było wskazanie przez Izbę podstawy prawnej. Powołane przez Izbę przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b w zw. z §7 ust. 2 pkt 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) w sposób jednoznaczny stanowią o sposobie rozliczenia kosztów w przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów na skutek

odwołania. Z § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części (a tak było w przedmiotowej sprawie), koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. W takim przypadku stosownie do §7 ust. 3 pkt 1 Izba rozdziela: wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Natomiast stosownie do §7 ust. 3 pkt 2 koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 (zatem między innymi koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające kwoty 3.600 złotych), znosi się wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw. Pomimo zatem, iż w istocie Izba poza powołaniem przepisu, nie rozwinęła części uzasadnienia odnoszącej się do kosztów postępowania odwoławczego, to orzekła o kwestionowanych kosztach stosując się do zasad dotyczących ich rozliczenia zawartych w treści ww. przepisu, zatem ten zarzut skargi nie mógł doprowadzić do wzruszenia zaskarżonego orzeczenia KIO.

W konsekwencji skarga - jako bezzasadna - na podstawie art. 588 ust. 1 i 2 podlegała oddaleniu.

sędzia Anna Żuława