

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 5 stycznia 2017 r. wydanym w sprawie KIO 2445/16 Krajowa Izba Odwoławcza w W. (dalej jako KIO, Izba), po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez wykonawcę - Przedsiębiorstwo (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez (...) – (...) E. w E. (Zamawiający) przy udziale wykonawcy (...) Spółka Akcyjna w(...) (Przystępujący, Wykonawca), który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w punkcie 1 (pierwszym) odrzuciła odwołanie, w punkcie 2 (drugim) kosztami postępowania obciążyła Przedsiębiorstwo (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w(...) i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł uiszczoną przez Przedsiębiorstwo (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...) w(...) tytułem wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu (...) wskazała, iż skarżący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy (...) Spółki Akcyjnej w K. i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.; dalej jako: Pzp) w zw. z art. 22a ust.4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty (...) mimo tego, że jest ona sprzeczna z ustawą,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty (...) Spółki Akcyjnej w(...) mimo tego, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 46 ust.4a Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty (...) Spółki Akcyjnej w K. mimo tego, że wniesione przez niego wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej Towarzystwa (...) SA. z 15.11.2016 jest nieprawidłowe,
4. naruszenie art. 7 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny oferty złożonej przez (...) Spółkę Akcyjnej w K. i w konsekwencji jej odrzucenie, powtórzenia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Izba uznała, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp.

Zdaniem składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczyło czynności, wobec których ustawodawca wyłączył prawo zaskarżenia decyzji zamawiającego. Odwołanie dotyczyło zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą z powodu jej niezgodności z zapisami SIWZ, a taka czynność nie została wymieniona w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy i wobec zastrzeżenia sformułowanego w art 189 ust. 2 ustawy - nie przysługiwała ochrona prawna w postaci odwołania od takiego rozstrzygnięcia. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej pod pojęciem „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” nie mieściło się zaniechanie czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy. Izba wskazała na językową wykładnię tego przepisu. Dodała też, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy był przepisem ustanawiającym wyjątek od ogólnej zasady, według której w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne odwoalnie nie przysługiwało, dlatego pojęcie „wyboru najkorzystniejszej oferty” użyte w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy nie może być przedmiotem wykładni rozszerzającej i oznacza wyłącznie niedokonanie wyboru oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. W wyniku nowelizacji art. 180 ust 2 katalog podstaw do odwołania został rozszerzony między innymi o wybór najkorzystniejszej oferty, jednak pkt 3 i 4, dotyczące odwołania wyłącznie od czynności wykluczenia odwołującego bądź odrzucenia jego oferty nie zostały

zmienione. Nadto Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że katalog przesłanek z art. 180 ust. 2 ustawy zawsze miał charakter pozytywny i obejmował zachowania zamawiającego o charakterze czynnym, a nie jego zaniechania, przy czym dokonała analizy porównawczej treści art. 92 ust. 1 ustawy w brzmieniu sprzed i po nowelizacji ustawy dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020 – nazywanej dalej „ustawą nowelizującą”) i zwróciła uwagę, że skoro obecnie zamawiający nie ma obowiązku jednoczesnego informowania wykonawców o czynnościach wyboru najkorzystniejszej oferty, ofertach odrzuconych i wykonawcach wykluczonych, to czynności te zostały przez ustawodawcę wyraźnie wyodrębnione. Izby podkreśliła nadto fazowość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wskazała, że dopuszczalność wniesienia odwołania po wyborze oferty najkorzystniejszej spowodowałoby weryfikację zakończonych etapów postępowania i otwarcie na nowo terminów do wniesienia odwołania, co doprowadziłoby do zaprzepaszczenia zalet postępowań dwuetapowych.

Skargę na powyższe rozstrzygnięcie złożył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (Skarżący), zaskarżając ją w całości, zarzucając Izbie naruszenie:

1. art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż zakres odwołania w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp powoduje niemożność przyjęcia, iż zaskarżeniu odwołaniem podlega wybór najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu lub która winna była zostać przez zamawiającego odrzucona, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlega niezgodny z przepisami ustawy Pzp wybór najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy, który taką ofertę złożył lub na zaniechaniu odrzucenia oferty, która winna była zostać przez zamawiającego odrzucona;

2. art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania z powodu błędnego przyjęcia, iż odwołanie wniesione od czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który powinien być uprzednio wykluczony z udziału w postępowaniu, a złożona przez niego oferta winna była zostać przez zamawiającego odrzucona, dotyczy innych okoliczności niż określone w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K..

Jednocześnie, wniósł o:

1) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp;

2) nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

W odpowiedzi na skargę Zamawiający wniósł o jej oddalenie, ewentualnie o zmianę postanowienia w punkcie 1 (pierwszym) i oddalenie odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie skargi w całości. W związku z powyższym, wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia KIO z 25 stycznia 2017 sygn. akt KIO 2445/16 i merytoryczne rozpoznanie odwołania, a w ślad za nim, nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i w konsekwencji jej odrzucenie,

2. powtórzenia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, którą po odrzuceniu oferty Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, będzie oferta Odwołującego,

3. względnie - powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i w konsekwencji wykluczenia Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z postępowania;

4. powtórzenia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty;

Gdyby okazało się że umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta to wniósł o:

5. unieważnienie umowy, albo:

6. unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu, albo:

7. nałożenie kary finansowej albo orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, względnie:

8. gdyby okazało się, że umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie - o stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy,

a także o:

9. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust 5 in fine ustawy -Prawo zamówień publicznych;

Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, solidarnie od Zamawiającego i Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego na rzecz Odwołującego według norm prawem przepisanych.

Przystępujący po stronie zamawiającego (...) Spółka Akcyjna w K. wniósł o oddalenie skargi, ewentualnie oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

Przy rozpoznawaniu przez Sąd Okręgowy w Gdańsku skargi Prezesa UZP od postanowienia KIO z dnia 25 stycznia 2017 r. powstały poważne wątpliwości, które Sąd ten postanowieniem z dnia 11 maja 2017 r. przedstawił do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu. Mianowicie, Sąd Okręgowy postanowił przedstawić do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu następujące zagadnienia prawne:

1. "Czy w pojęciu "wybór najkorzystniejszej oferty" z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) mieści się prawo wniesienia odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega na zaniechaniu odrzucenia oferty podlegającej odrzuceniu?"

2. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie 1, czy art. 198f ust. 2 zd. 4 ustawy wyłącza możliwość uchylecia zaskarżonego postanowienia przez sąd okręgowy rozpoznający skargę na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej o odrzuceniu odwołania w razie stwierdzenia, iż nie zachodziły przesłanki do odrzucenia?"

Po rozstrzygnięciu zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Gdańsku Sąd Najwyższy w dniu 17 listopada 2017r. w sprawie oznaczonej sygnatura akt III CZP 58/17 podjął uchwałę o następującej treści:

1. Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.

2. Artykuł 198f ust. 2 zdanie czwarte ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) wyłącza możliwość uchylenia przez sąd okręgowy na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej o odrzuceniu odwołania.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 7 marca 2018 roku przed Sądem Okręgowym w Gdańsku :

a/ pełnomocnik skarżącego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał skargę w całości i wniósł o merytoryczne rozpoznanie sprawy; nadto wniósł o orzeczenie o kosztach postępowania przy uwzględnieniu przepisu art. 102 k.p.c.,

b/ pełnomocnik odwołującego Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., wobec zmiany okoliczności faktycznych sprawy tj. zawarcia umowy i wykonania przedmiotu umowy zamówienia publicznego przez innego wykonawcę, wniósł o:

- na zasadzie art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp, stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego się kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, według norm przepisanych,

c/ pełnomocnik zamawiającego Gminy M. E. oświadczył, że umowa, której dotyczyło zamówienie publiczne została wykonana w październiku 2017 roku, przedmiot tej umowy został wydany w dniu 12 października 2017 roku; w związku z tym pełnomocnik zamawiającego wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 355 § 1 k.p.c.,

d/ pełnomocnik przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K. wniósł o odrzucenie skargi z uwagi na to, że została wniesiona po terminie, gdyż skarga została złożona do Sądu Okręgowego w Elblągu, a dopiero później skierowana do Sądu Okręgowego w Gdańsku, ewentualnie o oddalenie skargi jako bezzasadnej; nadto wniósł o zasądzenie na swoją rzecz od skarżącego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu przed Sądem Okręgowym, a w przypadku uznania przez Sąd Odwoławczy, że nie ma ku temu podstaw – wniósł o zasądzenie na swoją rzecz od odwołującego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu przed Sądem Okręgowym.

Z kolei na rozprawie apelacyjnej w dniu 24 kwietnia 2018 roku przed Sądem Okręgowym w Gdańsku :

a/ pełnomocnik skarżącego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – nie stawiał się, przy czym o terminie rozprawy był zawiadomiony prawidłowo,

b/ pełnomocnik odwołującego Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. wniósł o:

- zmianę zaskarżonego orzeczenia i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego - na podstawie art. 198f ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp,
- zasądzenie od zamawiającego i przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego na rzecz odwołującego się kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, według norm przepisanych,

c/ pełnomocnik zamawiającego Gminy M. E. wniósł o umorzenie postępowania z uwagi na wykonanie przedmiotu umowy; przy czym przedłożył do akt sprawy protokół odbioru końcowego z dnia 12 października 2017r.

d/ pełnomocnik przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K. wniósł jak dotychczas.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje :

W pierwszym rzędzie wskazać należy, że z uwagi na treść uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017r., III CZP 58/17, rolą Sądu Okręgowego było wydanie orzeczenia merytorycznego w oparciu o treść art. 198f ust. 2 Pzp. W myśl tego przepisu Sąd oddał skargę wyrokiem, jeżeli jest ona bezzasadna. W przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie. Przepisy art. 192-195 stosuje się odpowiednio. Przepisu art. 386 § 4 ustawy z dnia 17 listopada 1964r. – Kodeks postępowania cywilnego nie stosuje się.

Wskazać również trzeba, że zgodnie z art. 316 k.p.c., który ma w postępowaniu apelacyjnym odpowiednie zastosowanie (art. 391 § 1 k.p.c.) sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. W rozumieniu tego przepisu stanem rzeczy są zarówno okoliczności faktyczne sprawy, jak również przepisy prawne. W kontekście powyższego zauważyć trzeba, że na obecnym etapie postępowania doszło do zmiany stanu faktycznego, gdyż okazało się, że w wyniku postępowania o zamówienie publiczne została zawarta w dniu 27 stycznia 2017r. umowa nr (...) z wykonawcą (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w K. w okolicznościach dopuszczonych w ustawie. Fakt ten powoduje, że zdezaktualizowały się wnioski pierwotnie zawarte w odwołaniu, albowiem Sąd Okręgowy uwzględniając odwołanie mógłby jedynie wydać rozstrzygnięcie przewidziane w art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp, czyli stwierdzić, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, o co zresztą wnosił Odwołujący na rozprawach apelacyjnych w dn. 7 marca i 24 kwietnia 2018 roku. Natomiast w przypadku uznania skargi za bezzasadną Sąd Okręgowy powinien był oddalić skargę wyrokiem. Przesądza o tym brzmienie art. 198f ust. 2 zdanie trzecie Pzp, o następującej treści: „Przepisy art. 192-195 stosuje się odpowiednio”. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 3 pkt 2 Pzp, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 Pzp, Sąd Okręgowy może :

a/ unieważnić umowę; albo

b/ unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo

c/ nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Natomiast w myśl art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie – stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

W niniejszej sprawie nie budziło wątpliwości Sądu Okręgowego, że nie zaistniała żadna przesłanka z art. 146 ust. 1 Pzp. Zaznaczyć przy tym należy, że kwestia ta nie była podnoszona także przez Odwołującego.

Umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, nastąpiło to bowiem po wydaniu postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2017 r. w sprawie KIO 2445/16, mocą którego odwołanie wniesione przez wykonawcę Przedsiębiorstwo (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. w postępowaniu prowadzonym przez (...) – (...) E. w E. przy udziale wykonawcy (...) Spółka Akcyjna w K., który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zostało odrzucone. W tej sytuacji faktycznej Zamawiający nie był ograniczony żadnym przepisem ustawy Prawo zamówień publicznych, który mógłby wstrzymać decyzję o zawarciu umowy z wybranym oferentem. Zauważyć należy, że kwestia szacowania ryzyka biznesowego związanego z ewentualnym przegraniem niniejszego sporu przed Sądem Okręgowym, wywołanego wniesieniem skargi, wykraczała poza kognicję sądową i nie miała wpływu na treść rozstrzygnięcia.

W ocenie Sądu Okręgowego, brak było podstaw prawnych do zastosowania art. 198f ust. 3 Pzp, tj. umorzenia postępowania skargowego. Wbrew stanowisku Zamawiającego, postępowanie wywołane skargą nie stało się bezprzedmiotowe z uwagi na zawarcie umowy z Wykonawcą i niemożność spełnienia pierwotnych wniosków sformułowanych w odwołaniu.

Ponadto, wbrew twierdzeniom Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, tj. (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w K. skarga nie mogła zostać odrzucona jako wniesiona po terminie. Z akt sprawy jednoznacznie bowiem wynika, że skarżący Prezes Urzędu Zamówień Publicznych złożył skargę w ustawowym terminie.

W związku z tym, że Sąd Okręgowy mając na względzie wyżej cytowaną uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017r., III CZP 58/17, uznał za zasadną skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na postanowienie z dnia 5 stycznia 2017 r. wydane w sprawie KIO 2445/16 przez Krajową Izbę Odwoławczą w W. o odrzuceniu odwołania wniesionego przez wykonawcę - Przedsiębiorstwo (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., Sąd Okręgowy rozpoznał merytorycznie to odwołanie i orzekł wyrokiem co do istoty sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności zobowiązany był do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowania czynności Zamawiającego. Okoliczności te mają charakter przesłanek materialnoprawnych, czyli przesłanek zasadności wnoszonego środka. Ich zaistnienie nie wpływa na możliwość wszczęcia procedur odwoławczych, lecz warunkuje uwzględnienie wniesionego środka ochrony prawnej. Brak interesu w uzyskaniu zamówienia albo nienaruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie oznacza bowiem, że postępowanie odwoławcze nie może się rozpocząć, lecz jedynie że odwołanie wniesione w takich warunkach zostanie oddalone.

Przesłanki materialnoprawne należy odróżnić od przesłanek formalnych, czyli okoliczności, których istnienie lub nieistnienie decyduje o możliwości rozpoznania w określonym postępowaniu danej sprawy. Przesłankami takimi będą: legitymacja do wniesienia środka, dochowanie terminów do wniesienia poszczególnych środków odwoławczych, a także forma pisma procesowego i opłacenie wpisu. Brak wypełnienia przesłanki formalnej uniemożliwia merytoryczne rozpoznanie środka odwoławczego i skutkuje jego odrzuceniem.

W odniesieniu do wykonawców ustawa Prawo zamówień publicznych w przepisie art. 179 ust. 1 uzależnia możliwość skutecznego wnoszenia środków odwoławczych od jednoczesnego zaistnienia poniższych okoliczności:

1/ naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy; przesłanką zasadności środków ochrony prawnej jest dokonanie czynności przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy albo zaniechanie czynności pomimo obowiązku jej dokonania wynikającego z ustawy. Na równi z naruszeniem przepisów ustawy należy traktować naruszenie przepisów wydanych na podstawie upoważnienia ustawowego.

2/ posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania zamówienia. W orzecznictwie co do zasady ugruntowany jest pogląd o szerokim rozumieniu pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010r., III CZP 25/10, LEX nr 602808; wyrok KIO z dnia 11 lipca 2011 r., KIO 1389/11, LEX nr 602808). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, iż „interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi «danego» zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego” (por. wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2011 r., KIO 759/11, LEX nr 798082). W duchu tego poglądu prawnego Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 lipca 2016 r., KIO 1102/16, LEX nr 2143909, przyjęła, że: „Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez odwołującego tego konkretnego zamówienia. Interes odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem w uzyskaniu zamówienia w danym

postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku naruszenia przepisów ustawy”. Z kolei w wyroku z dnia 10 lutego 2016r., KIO 106/16, LEX nr 1979738, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że: „Interes wykonawcy musi być związany z uzyskaniem danego zamówienia, co oznacza, że odwołujący winien wykazać, że ma potrzebę uzyskania zamówienia publicznego w konkretnym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Żądanie unieważnienia postępowania pozostaje w kolizji z możliwością uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu. Zawarte w art. 179 ust. 1 p.z.d. sformułowanie: «ma lub miał interes» nie oznacza możliwości udzielenia ochrony prawnej wykonawcom niezainteresowanym w dacie składania odwołania uzyskaniem danego zamówienia”.

Istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia oceniane jest na moment wniesienia odwołania, a nie na moment rozpoznawania odwołania (por. wyrok KIO z dnia 18 lipca 2011r., KIO 1388/11, LEX nr 863609).

3/ poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Szkada jako przesłanka środka odwoławczego powinna być rozumiana w sposób cywilistyczny, tj. zarówno jako strata (*damnum emergens*), jak i jako utracone korzyści (*lucrum cessans*), przy czym w praktyce przeważa ten drugi rodzaj szkody, zaś utracone korzyści to utracone przez wykonawcę (lub inną osobę) przychody z uzyskanego zamówienia. Szkada, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, nie musi mieć wymiaru majątkowego. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 lutego 2011 r., KIO 246/11, LEX nr 798082, zauważyła, że: „Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania”. Zazwyczaj szkoda przybiera postać pozbawienia wykonawcy możliwości uzyskania określonego zysku w następstwie uniemożliwienia mu wzięcia udziału w postępowaniu bądź w następstwie uniemożliwienia wyboru jego oferty. Do wniesienia odwołania wystarczająca jest jednak sama możliwość poniesienia szkody jako prawdopodobne następstwo naruszenia przez zamawiającego przepisów. Wystąpienie szkody jako takiej nie jest warunkiem *sine qua non* zasadności środka odwoławczego. Rozwiązanie to umożliwia wnoszenie środków ochrony prawnej już wobec pierwszych czynności zamawiającego dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (np. odwołanie od postanowień ogłoszenia o zamówieniu) czy też wobec oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu bądź ofert wstępnych bez konieczności wykazywania realnego uszczerbku po stronie wykonawcy. Trudno bowiem sobie wyobrazić, jak można wykazać faktyczne poniesienie szkody np. w przypadku wykluczenia wykonawcy na skutek oceny jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy nie wiadomo jeszcze, jakie oferty złożono w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że pomimo dość szerokiego ujęcia szkody jako przesłanki zasadności odwołania szkoda lub ryzyko jej poniesienia musi mieć wymiar realny. Jak podkreśliła to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 grudnia 2015 r., KIO 2533/15, LEX nr 1978056: „Przyjęcie, że wystarczające dla wykazania szkody byłoby przyjęcie hipotetycznej możliwości ponownego rozpisania przetargu i udziału w tym przetargu wykonawcy żądającego unieważnienia postępowania obecnego, prowadziłyby do uznania, że dla spełnienia przesłanki szkody z art. 179 ust. 1 p.z.p. wystarczające jest zasygnalizowanie szkody, której powstanie bądź możliwość poniesienia wymaga zaistnienia w dalszym toku postępowania szeregu zdarzeń szczególnych, przy tym zdarzeń przyszłych i niepewnych. Powyższe stanowisko pozostawałoby w opozycji do sposobu rozumienia pojęcia normalnego związku przyczynowo - skutkowego, czyniąc w konsekwencji iluzorycznym warunek wykazania przesłanki szkody, zgodnie z wymogami art. 179 ust. 1 p.z.p.”

Zaznaczyć też trzeba, że szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy (por. wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2010 r., KI/UZP 2678/10, LEX nr 707583). W jeszcze większym stopniu przesłanka szkody wiąże się z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia. W orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej daje się dostrzec, iż wystąpienie szkody jest traktowane jako okoliczność zawężająca, co do zasady szerokie, rozumienie przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia. Jak wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 października 2010 r., KI/UZP 2109/10, LEX nr 686614: „Należy jednak zwrócić uwagę, że szeroko rozumiany interes nie jest wystarczającą przesłanką legitymacji czynnej, ponieważ w koniunkcji z interesem wykonawca musi wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę (rozumianej wyłącznie jako

szkoda majątkowa, a więc nie obejmującej krzywdy, stanowiącej szkodę niemajątkową) w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”.

zob. komentarz do art. 179 Pzp [w:] 1. Jarosław Jerzykowski [w:] Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wydanie VII, WKP 2018 – komentarz do art. 179 Pzp oraz 2. Irena Skubiszak – Kalinowska [w:] Skubiszak – Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych.

W świetle przytoczonych regulacji Sąd Okręgowy uznał, że Odwołujący posiada status wykonawcy i złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była przebudowa drogi wojewódzkiej nr (...), etap II – budowa torowiska i trakcji tramwajowej w ul. (...). Grotą R. i ul. (...) w E.. Kwestionowane czynności Zamawiającego polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez (...) S.A. w K. i zaniechaniu jej odrzucenia, prowadziły do pominięcia oferty Odwołującego, która została umieszczona na pozycji drugiej na liście ofert wedle ich korzystności, a zatem miała realne szanse na wybór. Tym samym przyjęć należy, że szkoda Odwołującego miała wynikać z pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia publicznego, zaś wniesienie odwołania zmierzało do stworzenia dla Wykonawcy ponownie, realnej szansy na wygranie przetargu, której został – jak twierdził – pozbawiony wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Szkodę, w przypadku nie uzyskania zamówienia, traktuje się jako naturalny skutek nie uzyskania wynagrodzenia wskutek braku możliwości wykonania zamówienia. W związku z tym w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą co do zasady nie wymaga się od odwołujących wykazywania szkody jako elementu odwołania. W związku z tym argumentacja Przystępującego po stronie Zamawiającego zawarta w odpowiedzi na skargę oraz w piśmie procesowym z dnia 22 marca 2017r., o nie wykazaniu przez Odwołującego poniesienia szkody, jest bezprzedmiotowa przy ustalaniu prawa do wniesienia przez niego odwołania. Dlatego też Sąd Okręgowy uznał, że Odwołujący posiada prawo do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Sąd Okręgowy ustalił, że w postanowieniach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: SIWZ), w tym w zakresie Warunków udziału w postępowaniu, w rozdziale V, litera D, punkt 3, podpunkt 2, litera i/, Zamawiający postawił warunek zgodnie z którym warunkiem udziału w postępowaniu było m.in. dysponowanie następującymi osobami, które zostaną skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia tj. m.in. kierownikiem robót telekomunikacyjnych posiadającym:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej lub równoważnej bez ograniczeń,
- doświadczenie zawodowe w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót na co najmniej dwóch ukończonych budowach lub przebudowach lub remontach infrastruktury podziemnej w zakresie sieci telekomunikacyjnej, w tym, co najmniej 1 w zakresie sieci światłowodowej.

Ponadto, w UWAGACH znajdujących się poniżej tego zapisu, w punkcie 4, powtórzono treść przepisu art. 22a ust. 4 Pzp, a mianowicie: „w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”.

Zamawiający, odpowiadając na pytania uczestników postępowania w piśmie z dnia 29 września 2016r., oświadczył, co następuje: Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”. W związku z powyższym Zamawiający nie zmienia treści Załącznika nr 4 do SIWZ” (odpowiedź 2 na pytanie2).

(...) Spółka Akcyjna w K. wraz z ofertą złożył zobowiązanie podmiotu Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe (...) - B. R. M., z treści którego wynika, że podmiot ten oddaje do dyspozycji Wykonawcy niezbędne zasoby, tj. osobę zdolną do pełnienia funkcji Kierownika robót telekomunikacyjnych na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Wskazana w zobowiązaniu osoba będzie pełniła funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych – sprawowała nadzór nad realizacją przedmiotowego zadania w części związanej z wykonaniem robót branży telekomunikacyjnej przez okres niezbędny do prawidłowego wykonania zamówienia. Jednocześnie w złożonym na wezwanie Zamawiającego „Wykazie osób” Wykonawca wskazał jako podstawę do dysponowania tą osobą „Zobowiązanie do współpracy. Dysponowanie na podstawie odrębnej umowy cywilno – prawnej. Pracownik firmy: Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe (...)”.

(...) S.A., na pytanie Zamawiającego zawarte w „Zobowiązaniu podmiotu do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia” (załącznik nr 4 do oferty złożonej przez (...) S.A.) o następującej treści: „Czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą?” zaznaczył krzyżykiem odpowiedź „nie”.

Zdaniem Odwołującego, dokument w postaci załącznika nr 4 do oferty złożonej przez (...) S.A. - „Zobowiązanie podmiotu do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia” stanowi wprost zaprzeczenie wymagania stawianego przez SIWZ w rozdziale V Warunki udziału w postępowaniu, literze D, punkcie 3, podpunkcie 2, litera i/ oraz w Uwadze zawartej pod tym zapisem w punkcie 4. Zgodnie bowiem z załącznikiem nr 4 do oferty (...), wskazany podmiot wprost oświadczył, że nie będzie uczestniczył w realizacji robót objętych zamówieniem. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że oferta złożona przez (...) S.A. podlegała bezsprzecznie odrzuceniu, na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp (jako sprzeczna z ustawą) oraz na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (jako, że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ, tj. rozdział V Warunki udziału w postępowaniu, litera D, punkt 3, podpunkt 2, litera i/ oraz Uwadze zawartej pod tym zapisem w punkcie 4), gdyż nie dysponuje osobą w tym zamówieniu, na której kwalifikacji polegała, a zarzut naruszenia w/wym przepisów poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) jest zasadny.

Sąd Okręgowy nie podzielił zarzutów Odwołującego o naruszeniu przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp oraz przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w wyżej przedstawionym zakresie.

Zgodnie z treścią art. 22a ust. 1 Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Z kolei zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Jeśli chodzi o zawarte w art. 22a ust. 4 Pzp sformułowanie „podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi”, to wskazać należy, że jest ono pojęciem węższym od udziału tych podmiotów w realizacji zamówienia. Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego. Może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności itp. Najdalej idącą formą zaangażowania w realizację zamówienia jest podwykonawstwo, które przed zmianami prawa zamówień publicznych z 2016r. nie było przez przepisy bezwzględnie wymagane. W orzecznictwie i doktrynie wskazywano jednak, że zwłaszcza w przypadku robót budowlanych, ale też skomplikowanych, wyspecjalizowanych usług, zasób integralnie związany z określonym podmiotem (w szczególności jego doświadczenie) może być przekazany wyłącznie przez osobisty udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. Dopuszczono przy tym różne formy tego udziału, w zależności od specyfiki konkretnego zamówienia, przyjmując jednak jako optymalną formę właśnie podwykonawstwo. Obecny wymóg zrealizowania części zamówienia, z którym wiąże się udostępnianie zasób, należy rozumieć jako

obowiązek faktycznego zrealizowania przez podmiot trzeci tej części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników do bezpośredniej realizacji zamówienia (zob. Marzena Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją r.p.r. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, str. 186 – 195).

Odnosząc powyższe uwagi do realiów rozpoznawanej sprawy przyjąć należy, że zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego (...)–B. R. M., było prawidłowe. (...) S.A. wykazał, że dysponuje kierownikiem robót branży telekomunikacyjnej, wskazanym z imienia i nazwiska, który sprawował będzie nadzór nad realizacją przedmiotowego zadania w części związanej z wykonaniem robót branży telekomunikacyjnej przez okres niezbędny do prawidłowego wykonania zamówienia (zobowiązanie zatrudniającego go pracodawcy) oraz przez wskazanie w Wykazie osób dysponowania tą osobą na podstawie odrębnej umowy cywilno – prawnej. W związku z tym, że wykonawca w formularzu oferty nie wskazał, że roboty branży telekomunikacyjnej zamierza powierzyć podwykonawcom, wymóg zrealizowania części zamówienia, z którym wiąże się udostępniany zasób, w okolicznościach niniejszej sprawy należy rozumieć właśnie jako obowiązek faktycznego zrealizowania przez podmiot trzeci tej części zamówienia wspólnie z wykonawcą, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swojego pracownika (tu: kierownika robót branży telekomunikacyjnej) do bezpośredniej realizacji zamówienia. W tej sytuacji, zaznaczenie przez Wykonawcę krzyżykiem odpowiedzi „nie” na pytanie Zamawiającego zawarte w „Zobowiązaniu podmiotu do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia” (załącznik nr 4 do oferty złożonej przez (...) S.A.) nie stanowiło – zdaniem Sądu Okręgowego – o niezgodności oferty (...) S.A. z ustawą, a tym bardziej – nie stało w żadnej sprzeczności z treścią SIWZ.

Zauważyć również należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia charakteryzuje się tym, że w sytuacji, gdyby zaistniał określony błąd, obowiązkiem zamawiającego jest wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów poświadczających, że podmiot taki, który został wskazany jako podmiot, na którego zasobach wykonawca zamierza oprzeć się przy wykonaniu zamówienia, przedstawił właściwe zobowiązanie, co wynika wprost z art. 26 ust. 3 Pzp. Jednocześnie uznaje się, że wykonawca wezwany może wyjaśnić pozorną sprzeczność, dostarczyć dokumenty, które poświadczą, że spełniał on określony warunek, a nawet przedstawić oświadczenie innego podmiotu czy też wykazać, że posiada on własne, wystarczające „zasoby” (por. wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2010 r., sygn. akt. KIO 1026/10; wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2848/15; uchwała z dnia 7 września 2015 r., KIO/KD 50/15; wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2015 r., KIO 1668/15).

Sąd Okręgowy ocenił jako nieuprawniony zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 46 ust. 4a Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty (...) S.A. mimo tego, że wniesione przez niego wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej Towarzystwa (...) S.A. z dnia 15 listopada 2016r., według Odwołującego, jest nieprawidłowe. Odwołujący podniósł, że oświadczenie zawarte w punkcie 4 gwarancji odwołuje się do treści tekstu jednolitego ustawy z dnia 26 listopada 2015r. z bliżej nieokreślonymi zmianami, ale nie wskazuje w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości czy obejmuje ono treść art. 46 ust. 4a sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016r. czy też treść po tej nowelizacji. Zdaniem Odwołującego, poprawnie wystawiona gwarancja winna przewidywać wszystkie sytuacje pozwalające zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp najlepiej przez ich wymienienie, aby nie było wątpliwości czy oświadczenie dotyczy treści tego postanowienia sprzed czy po nowelizacji. W przeciwnym razie, gwarancje o treści przedstawionej przez (...) S.A. nie stanowi realnego zabezpieczenia interesów zamawiającego i dlatego oferta (...) S.A. powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał wniesienia wadium (pkt VIII SIWZ oraz w sekcji IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu). Zamawiający żądał od wykonawcy wniesienia wadium w wysokości 200.000,- zł, przy czym wadium należało wnieść przed upływem terminu składania ofert. Wadium mogło być wnoszone w jednej lub kilku formach, zgodnie z przepisem art. 45 ust. 6 Pzp.

(...) S.A. złożył w przedmiotowym postępowaniu gwarancję przetargową wystawioną w dniu 15 listopada 2016r. przez Towarzystwo (...) S.A., gwarancja wystawiona została na wymaganą przez Zamawiającego kwotę, jak również gwarancja została złożona u Zamawiającego przed upływem składania ofert. Ważność gwarancji obejmuje okres

związania ofertą. W celu określenia okoliczności, w których powstanie roszczenie o zapłatę gwarant zawarł w punkcie 4 zapis o treści: „Roszczenie o wypłatę z niniejszej gwarancji powstaje w przypadku wystąpienia którejkolwiek okoliczności spośród wymienionych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015r. poz. 2164, z późn. zm.)”.

Wskazać należy, że nowelizacją z 2016r. nadano przepisowi art. 46 ust. 4 a Pzp jego aktualne brzmienie, przy czym wadium w niniejszym postępowaniu miało uwzględniać takie właśnie brzmienie tego przepisu. Ustawodawca wprowadził ostatni tekst jednolity ustawy Prawo zamówień publicznych w dniu 26 listopada 2015 r., Dz.U.2015.2164. Pierwszą zmianą wprowadzoną do ustawy po wydaniu tekstu jednolitego była zmiana wprowadzona nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016r. (pomiędzy ogłoszeniem tekstu jednolitego a wprowadzeniem przedmiotowej zmiany nie było innych zmian ustawy).

Skoro zatem wadium odwoływało się do tekstu ustawy opublik. w Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm., a po tekście opublikowanym w tymże Dzienniku Ustaw była tylko jedna zmiana wprowadzająca wymaganą treść art. 46 ust. 4a), to nie ma żadnych podstaw by uznać, że teść wadium „nie wskazywała w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości czy obejmuje ono treść art. 46 ust. 4a sprzed nowelizacji z dnia 22.06.2016 czy też treść po nowelizacji”.

Dodać też trzeba, że w gwarancji wadialnej nie ma potrzeby przytaczać brzmienia przepisów, a w zupełności wystarcza odesłanie do odpowiedniego artykułu (tak m.in. KIO w wyroku z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn. KIO 1645/12; w wyroku z dnia 4 maja 2015 r., sygn. KIO 821/15, czy w wyroku z dnia 14 października 2014 r., sygn. KIO 2016/14).

Z powyższych względów zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 46 ust. 4a Pzp należało ocenić jako bezzasadny.

Podobnie należało ocenić zarzut naruszenia art. 7 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej według Odwołującego - odrzuceniu. W ocenie Sądu Okręgowego, zważywszy na powyższe wywody uznać należało, że Odwołujący nie wykazał aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze wyżej przedstawioną argumentację, Sąd Okręgowy na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych orzekł jak w punkcie I. sentencji.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 198f ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem sąd rozstrzygał o kosztach postępowania między stronami, którymi byli wyłącznie Zamawiający i Odwołujący. Stroną nie był natomiast Przystępujący, który w postępowaniu skargowym jest odpowiednikiem interwenienta ubocznego występującego w postępowaniu cywilnym.

Na podstawie art. 113 ust. 4 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn. Dz.U.2016.623) Sąd Okręgowy odstąpił od obciążania Odwołującego nieuiszczonymi kosztami sądowymi w postępowaniu skargowym z uwagi na to, że skargę wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych działając w interesie publicznym i pomimo tego, że wynik postępowania był dla niego korzystny, to jednak nie można obciążać wykonawcy kosztami postępowania skargowego, które zostało wywołane wadliwym orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej.

SSO Ewa Górniak SSO Jolanta Safader – Skwarlińska SSO Mirosława Tułodziecki