

Sygn. akt *XXIII Zs 100/21*

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 października 2021 r.

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

Przewodniczący:	sędzia Monika Skalska
Protokolant:	Karolina Szymońska

po rozpoznaniu w dniu 6 października 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

ze skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w C.

z udziałem

- przeciwnika skargi: Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ś. oraz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P.

- uczestnika zamawiającego Spółki (...) spółki akcyjnej w B.

na skutek skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 24 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1010/21

I. oddala skargę:

II. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w C. na rzecz przeciwnika skargi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ś. oraz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. 12 500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego;

III. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w C. na rzecz Spółki (...) spółki akcyjnej w B. 12 500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

SSO Monika Skalska

UZASADNIENIE

Zamawiający Spółka (...) spółka akcyjna z siedzibą B. prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem była: „Rozbiórka wieży szybu IV wraz z wykonaniem płyty zamykającej szyb w (...) S.A Oddział (...) w Z.”. Szacunkowa wartości przedmiotu zamówienia była mniejsza niż kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

Prawo zamówień publicznych (dalej: dPzp”) Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem (...) z dnia 16 grudnia 2020 r.

Konsorcjum w składzie: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ś. (lider) oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. (partner) wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności zamawiającego polegających na: zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C.; dokonaniu wyboru oferty wykonawcy (...) sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 3 dPzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. z 2020 poz. 1913) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021, poz. 2750) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten wszedł

w niegodne z prawem porozumienie z innym wykonawcą biorącym udział w postępowaniu - W. C. (1), prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...) w C., co w konsekwencji skutkowało wyborem oferty (...) sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;

- art. 7 ust 1 ustawy dPzp poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechania obligatoryjnych działań przez zamawiającego i w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty odwołujący wniósł o:uwzględnienie odwołania w całości; unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez (...) sp. z o.o.; odrzucenie oferty wykonawcy (...) sp. z o.o.; powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem ofert niepodlegających odrzuceniu; zasądzenie od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Wyrokiem z dnia 24 czerwca 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza w punkcie 1 – uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy (...) sp. z o.o. z siedzibą w C. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 dPzp; w punkcie 2 – kosztami postępowania obciążyła zamawiającego i zaliczyła w poczet kosztów postępowania kwotę 10.000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania (pkt 2.1) oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13.600 zł stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu Izba wskazała, że niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., dlatego było prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.). Zaznaczyła, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 dPzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba przywołała treść art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów wskazując, że oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu, w sytuacji gdy spełnione są łącznie następujące przesłanki:

- a) miało miejsce zawarcie przez wykonawcę porozumienia z innymi wykonawcami,
- b) zawarte porozumienie musi mieć na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu,
- c) zamawiający musi wykazać te okoliczności przy pomocy stosownych środków dowodowych.

W ocenie Izby zgromadzony i przedstawiony w sprawie materiał dowodowy przemawia za tym, że (...) sp. z o.o. oraz W. C. (1) mogli zawrzeć między sobą porozumienie. Nawet jeżeli nie miało ono charakteru formalnego, to jest potwierdzonego na piśmie, to odwołujący przedstawił najbardziej prawdopodobny i logiczny scenariusz przebiegu udziału tych podmiotów w postępowaniu. Izba wskazała, że przystępujący nie zaprezentował żadnych argumentów

i wyjaśnień, z których wynikałoby, że wszystkie działania w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie z jego strony miały charakter samodzielny, nie obejmowały udziału podmiotów trzecich w konstrukcji treści oferty.

Izba zwróciła uwagę na podobieństwo w konstrukcji ofert, co do przedstawienia ceny ofertowej wskazując, że oba podmioty jako jedyne w postępowaniu wskazały pierwotną cenę na bardzo wysokim poziomie, znacznie odbiegającym od cen innych ofert i znacząco odbiegającym od budżetu zamawiającego, podczas gdy ceny pozostałych ofert oscylowały na poziomie około 20.000.00,00 zł. Zdaniem Izby zbieżność ta nie ma charakteru przypadkowego, zaś ani zamawiający ani przystępujący nie zdecydowali się na przedstawienie racjonalnego wyjaśnienia, dlaczego oba podmioty zaoferowały wstępną cenę na tak wysokim, a zarazem podobnym poziomie, odbiegającym od pozostałych cen i szacunków jednostki zamawiającej.

Izba zwróciła także uwagę na to, że oba podmioty korzystały z tych samych zasobów udostępnionych przez jeden podmiot trzeci, a także wzajemnie z posiadanych zasobów technicznych. Zdaniem Izby, aby wzajemnie udostępnić sobie zasoby podmioty musiały porozumieć się ze sobą, co najmniej w zakresie sposobu wykorzystania i zgłoszenia w ofercie danego potencjału oraz przede wszystkim zasad udostępnienia, także tych o charakterze cenowym. Takie ustalenia pozwalają już niejako na pośredni wpływ na kształt drugiej oferty i znajomość warunków, w jakich taka oferta zostanie złożona.

Izba podkreśliła, że całokształt okoliczności w przebiegu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zachowanie W. C. (1) w toku i po aukcji elektronicznej, a także sposób działania obu podmiotów w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego zamawiającego obrazuje już pewien przyjęty model (wzór) zachowania (działania) określonych podmiotów wykonujących działalność gospodarczą o tożsamym zakresie. Jest to w ocenie Izby dowód o charakterze pośrednim wskazujący na wystąpienie niedozwolonego porozumienia między wykonawcami.

Zdaniem Izby nie do przyjęcia jest argumentacja przedstawiona przez przystępującego, że W. C. (2) „zapomniał się” w trakcie aukcji i doprowadził poziom ceny swojej oferty do tak niskiego progu, że wątpliwą wydaje się możliwość realizacji w sposób należyty przedmiotu zamówienia za taką cenę. W ocenie Izby takie zaniechania i zachowania mogą prowadzić tylko do wniosku, że rolą jednego z podmiotów uczestniczących w postępowaniu było zniżenie ceny w aukcji, tak by drugi z podmiotów mógł uzyskać zamówienie za wyższą cenę.

W świetle poczynionych ustaleń i przedstawionego materiału dowodowego, Izba uznała, że łączne wystąpienie wszystkich wymienionych okoliczności przy uwzględnieniu powiązań osobowo-kapitałowych między W. C. (2) a (...) sp. z o.o. prowadzi do oczywistego wniosku, że w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego doszło do zakłócenia konkurencji.

Z tych powodów Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie procesu badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 dPzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019, dalej jako: nPzp), a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.).

(...) sp. z o. o. zaskarżył w całości wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2021 r. (sygn. akt: KIO 1010/21), zarzucając zaskarżonemu orzeczeniu:

I. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 528 pkt 1 nPzp, poprzez jego niezastosowanie skutkujące zaniechaniem odrzucenia odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ś. i (...)sp. z o.o. z siedzibą w P., w sytuacji gdy w związku z art. 132 ust. 1 dPzp w sprawie nie mają

zastosowania przepisy ustawy, albowiem przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy do kategorii zamówień sektorowych, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy;

II. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 530 w zw. z art. 553 nPzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na skierowaniu sprawy do merytorycznego rozpoznania na rozprawie, podczas gdy w sytuacji zaistnienia przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 nPzp Krajowa Izba Odwoławcza wydaje postanowienie kończące postępowanie odwoławcze, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy;

III. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 132 ust. 1 dPzp poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, skutkujące pominięciem, że przedmiotowe zamówienie publiczne jest udzielane w celu wykonywania działalności regulowanej polegającej na wydobywaniu węgla kamiennego, która na terenie (...) w Z. wykonywana jest przez Spółkę (...) S.A. na podstawie koncesji nr (...) na wydobywanie węgla kamiennego ze złoża węgla kamiennego (...) udzielonej (...) S.A. decyzją Ministra Ochrony Środowiska Zasobów Naturalnych i Leśnictwa z dnia 27 lipca 1994 r. (nr (...)) obowiązującej do dnia 31 grudnia 2043 r., które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy;

IV. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 554 ust. 1 nPzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uwzględnieniu odwołania i nakazaniu zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty (...) sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 dPzp, podczas gdy złożenie oferty przez skarżącego nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy;

V. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 89 ust. 1 pkt 3 dPzp, poprzez jego błędne zastosowanie polegające na ustaleniu, że oferta skarżącego podlega odrzuceniu, podczas gdy złożenie oferty przez skarżącego nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy;

VI. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez jego błędne zastosowanie polegające na uznaniu, że skarżący zawarł z innym wykonawcą bezprawne porozumienie ograniczające konkurencję, podczas gdy taka sytuacja nie miała miejsca, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez odrzucenie odwołania lub (w przypadku ustalenia braku podstaw do odrzucenia odwołania) oddalenie odwołania w całości. Nadto wniósł o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego poprzez obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, a także obciążenie kosztami postępowania skargowego odwołującego poprzez zasądzenie od (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ś. i (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. na rzecz (...) sp. z o. o. z siedzibą w C. zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Skarżący wniósł także o:

I. przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka p. W. C. (1) dla wykazania następujących faktów: powodów nie złożenia odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w postępowaniu na „Rozbiórkę wieży szybu IV wraz z wykonaniem płyty zamykającej szyb w (...) S.A. Oddział (...)w Z.”,

II. przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron M. C. - Prezesa Zarządu skarżącego na okoliczność; braku zawarcia z W. C. (1) porozumienia mającego na celu ustalenie cen ofert składanych przez niego lub skarżącego w postępowaniu,

III. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do skargi na okoliczność braku zawarcia przez skarżącego z W. C. (1) porozumienia mającego na celu ustalenie cen składanych ofert oraz na okoliczność ustalenia typowych zachowań wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne u zamawiającego, w tym zachowań podejmowanych przez wykonawców wnoszących odwołanie.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi konsorcjum w składzie: (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. wniósł o: oddalenie skargi w całości; oddalenie wniosków dowodowych skarżącego; zasądzenie od skarżącego na swoją rzecz zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Zamawiający także wniósł o oddalenie skargi w całości, oddalenie wniosków dowodowych skarżącego, zasądzenie od skarżącego na swoją rzecz zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. Nadto zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odpowiedzi na odwołanie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy na zmiany i zakres obowiązywania w tej sprawie przepisów „Prawa zamówień publicznych”. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: wprowPZP), z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: dPzp), która zastąpiona została ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019, dalej jako: nPzp). Zgodnie z art 90 ust. 1 wprowPZP, do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie dPzp, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Przepis art. 92 ust. 1 ustawy wprowPZP stanowi natomiast, że do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu 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. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy wprowPZP do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w uchylanej ustawie dPzp, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy nPzp. W niniejszej sprawie wprowadził wyrok Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 24 czerwca 2021 r., zaś skarga na ten wyrok została złożona w dniu 30 lipca 2021 r., niemniej postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r. Z tych względów w zakresie prawa materialnego stosuje się przepisy ustawy dPzp. Jednocześnie, z uwagi na treść powołanego art. 92 ust. 2 wprowPZP do postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, stosuje się przepisy ustawy nPzp.

Przed przystąpieniem do rozważań w zakresie podniesionych w skardze zarzutów wyjaśnić jednak należy przyczyny pominięcia zgłoszonych na obecnym etapie postępowania wniosków dowodowych. Zgodnie z art. 381 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 nPzp sąd pomija nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. W niniejszej sprawie wnioskowane przez skarżącego dowody, w ocenie Sądu Okręgowego, mogły być powołane już na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Co istotne okoliczności, które miały zostać wykazane tymi dowodami stanowiły przedmiot sporu na etapie postępowania odwoławczego. Już wówczas skarżący prezentował stanowisko dotyczące tych okoliczności, przy czym na ówczesnym etapie postępowania nie powoływał żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Jednocześnie nie wykazał, że nie mógł ich powołać oraz, że potrzeba ich powołania powstała dopiero na etapie postępowania skargowego przed Sądem. Z uwagi na powyższe wnioski dowodowe zgłoszone w skardze zostały oddalone.

Odnosząc się już wprost do zarzutów skargi w pierwszej kolejności wskazać należy, że nie miał racji skarżący podnosząc, że przedmiotowe zamówienie miało charakter sektorowy, w konsekwencji czego do postępowania o jego udzielenie nie miały zastosowania przepisy ustawy Pzp, a zatem aby zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania. Dochodząc do powyższej konstatacji Sąd Okręgowy w tut. składzie w całości podzielił stanowisko wyrażone przez inny skład tut. Sądu w wyroku z dnia 27 sierpnia 2021 r. (XXIII Zs 63/21) i obszerną argumentację przedstawioną na jego poparcie. Powielając wywody zawarte w tym orzeczeniu wyjaśnić należy, że choć Spółka (...) S.A. jest podmiotem, który co do zasady, zgodnie z postanowieniami Statutu, może wykonywać działalność wymienioną w art. 132 ust. 1 pkt 1 ustawy dPzp (tj. polegającą na wydobyciu węgla kamiennego, w oparciu o udzieloną koncesję), to z treści art.

3 ust. 1 pkt 4 dPzp wynika, że ustawę Prawo zamówień publicznych stosuje się do udzielania zamówień publicznych, przez inne niż określone w pkt 1-3a podmioty, jeśli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych. Podstawowa przesłanka wynikająca z ww. przepisu pozwalająca uznać podmiot udzielający zamówienia za spełniający dyspozycję tego przepisu, to okoliczność, iż dane zamówienie jest udzielane w celu wykonania jednego z rodzajów działalności wymienionych w art. 132 dPzp, w tym działalności polegającej na poszukiwaniu lub wydobyciu węgla brunatnego, kamiennego lub innych paliw stałych (art. 132 ust. 1 dPzp). Jednocześnie ww. działalność ma być wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych. Prawami szczególnymi lub wyłącznymi zgodnie z definicją z art. 3 ust. 2 dPzp są zaś prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej. Chodzi tu o ustawy, koncesje, zezwolenia, które ograniczają liczbę podmiotów uprawnionych do prowadzenia danej działalności. Odwołując się z kolei do Statutu Spółki (...) S.A. wskazać należy, iż zgodnie z §4 spółka działa na podstawie ustawy ksh, ustawy prawo geologiczne i górnicze i ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego oraz statutu. Z kolei w myśl § 6 przedmiot działalności spółki to między innymi: działalność usługowa wspomagająca pozostałe górnictwo i wydobywanie (symbol PKD 09.90.Z), wydobywanie węgla kamiennego (symbol PKD 05.10.Z), rozbiórka i burzenie obiektów budowlanych (symbol PKD 43.11. Z). Stosownie do § 5 Statutu spółka jest przedsiębiorstwem górnictwem w rozumieniu art. 2 pkt 1 lit a ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego powołanym zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy o funkcjonowaniu węgla kamiennego do prowadzenia likwidacji kopalń, zabezpieczenia kopalń sąsiednich przed zagrożeniem wodnym, gazowym oraz pożarowym, w trakcie i po zakończeniu likwidacji kopalń, zagospodarowywania majątku likwidowanych kopalń, zbędnego majątku przedsiębiorstw górnictw, tworzenia nowych miejsc pracy, w szczególności dla pracowników likwidowanych kopalń. Natomiast w § 8 pkt 1 wskazano, że wszystkie akcje, wymienione w § 7 objął Skarb Państwa.

Według art. 2 pkt 1 lit a wymienionej w Statucie zamawiającego ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego przedsiębiorstwo górnictw to spółka węglowa - jednoosobowa spółka Skarbu Państwa, która prowadzi wydobywanie węgla kamiennego na podstawie koncesji lub która prowadzi likwidację zakładu górnictw oraz działania polikwidacyjne na terenach górnictw.

Przenosząc przytoczone wyżej regulacje na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż Spółka (...) S.A. jest przedsiębiorstwem górnictwem w rozumieniu art. 2 pkt 1 lit a ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego powołanym zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy o funkcjonowaniu węgla kamiennego do prowadzenia likwidacji kopalń, zabezpieczenia kopalń sąsiednich przed zagrożeniem wodnym, gazowym oraz pożarowym, w trakcie i po zakończeniu likwidacji kopalń, zagospodarowywania majątku likwidowanych kopalń, zbędnego majątku przedsiębiorstw górnictw, tworzenia nowych miejsc pracy, w szczególności dla pracowników likwidowanych kopalń. Sam cel utworzenia tej spółki ewidentnie wskazuje na działania inne niż poszukiwanie i wydobywanie węgla kamiennego, a mianowicie na działania zabezpieczające, pomocowe, oraz likwidacyjne i polikwidacyjne na terenach górnictw. Także z literalnego brzmienia zaskarżonej części przedmiotu zamówienia nie wynika, aby zamówienie obejmowało wydobywanie węgla kamiennego. Przedmiotem zamówienia jest bowiem: „Rozbiórka wieży szybu IV wraz z wykonaniem płyty zamykającej szyb w (...) S.A Oddział (...) w Z.”. Zatem chociaż do działań statutowych zamawiającego należy między innymi także działalność polegająca na wydobyciu węgla kamiennego i jako przedsiębiorstwo górnictw – zamawiająca spółka mogłaby prowadzić działalność wydobywania węgla kamiennego (pod warunkiem uzyskania koncesji), to z całą pewnością przedmiotem tego konkretnego zamówienia nie była działalność mająca na celu wydobywanie węgla kamiennego, ale wykonanie robót budowlanych i rozbiórkowych, zatem działalność polegająca na likwidacji przedsiębiorstwa zajmującego się wydobyciem; działalność wspomagająca górnictw, po zakończeniu działalności kopalni. Powyższa ocena wynika nie tylko z literalnego brzmienia treści zamówienia, ale także znajduje potwierdzenie w treści ogłoszenia nr (...) w którym jako rodzaj zamówienia wskazano: roboty budowlane. Ocenę tę umacnia definicja wydobywania węgla kamiennego zaprezentowana przez komentatorów prawa zamówień publicznych, w myśl której pod pojęciem „wydobywania węgla kamiennego” w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 1 dPzp rozumie się pozyskanie kopaliny ze złoża (Komentarz do ustawy prawo zamówień publicznych. A. Kowalczyk, A. Szymańska, Lex 2011).

Powyższe stanowisko znajduje również potwierdzenie w decyzji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 października 2008 r. (Nr (...)) odnoszącej się wprawdzie do innego zagadnienia, niemniej jednak zawierającej także ocenę reżimu prawnego, według którego należy kwalifikować działalność Spółki (...) S.A. Zgodnie z treścią ww. decyzji: Spółka (...) S.A. została utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym (ogólnym), nie mającym charakteru przemysłowego ani handlowego (...) należy stwierdzić, że Spółka (...) S.A. odpowiada charakterystyce zamawiającego określonej przez art. 3 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych i jest zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 tej ustawy zobowiązanym do stosowania jej przepisów przy udzielaniu zamówień. Jednocześnie (...) należy wykluczyć możliwość stosowania przez Spółkę (...) S.A. ustawy Prawo zamówień publicznych dla zamówień sektorowych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 4, gdyż celem udzielanych przez nią zamówień nie jest wykonywanie jednego z rodzajów działalności określonych w art. 132 ust.1 ustawy, w tym w szczególności art. 132 ust.1 pkt 1, ale likwidacja przedsiębiorstw zajmujących się taką działalnością. Do Spółki nie ma także zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, gdyż dotyczy on wykonywania koncesji na roboty budowlane, a więc udzielania zamówień w oparciu o posiadaną koncesję na roboty budowlane, co nie odpowiada charakterystyce działań podejmowanych przez Spółkę. Z treści przytoczonej wyżej decyzji wynika zatem, że zamawiający powinien zostać zakwalifikowany jako podmiot zdefiniowany w art. 3 ust. 1 pkt 3 dPzp, zatem inny niż określone w pkt 1 osoby prawne, utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego (jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot finansują je w ponad 50%) – (a więc nie jako podmiot z art. 3 ust. 4), a to dlatego – że celem udzielanych przez niego zamówień (zgodnie z zapisami Statutu) nie jest wykonywanie jednego z rodzajów działalności określonych w art. 132 ust.1 ustawy, w tym w szczególności art. 132 ust.1 pkt 1, ale likwidacja przedsiębiorstw zajmujących się taką działalnością.

Ponadto stosownie do treści art. 132 ust. 1 pkt 1 dPzp w zw. z art. 133 dPzp, aby zamówienie można było zakwalifikować do sektorowego, jego przedmiotem musiałoby być wykonanie działalności polegającej na wydobyciu węgla kamiennego na podstawie koncesji, tymczasem Spółka (...) S.A. posiada wprawdzie koncesje na wydobycie węgla kamiennego, ale nie obejmują one swoim zasięgiem terytorialnym obiektów zlokalizowanych w miejscach objętych przedmiotem zamówienia.

Pomimo zatem, że przedmiotem działalności Spółki (...) S.A. może być wydobycie węgla kamiennego, to spółka została utworzona w celu innym niż poszukiwanie i wydobycie węgla kamiennego, to jest w celu realizacji działań polikwidacyjnych, co uzasadnia zakwalifikowanie zamawiającego jako podmiotu z art. 3 ust. 1 pkt 3 dPzp.

W świetle powyższego chybione okazały się zarzuty skarżącego, że odwołanie winno zostać odrzucone, albowiem w stosunku do zamawiającego – jako podmiotu określonego w art. 3 ust.1 pkt 3 dPzp – zastosowanie znajdują przepisy ustawy dPzp w reżimie klasycznym, jako że przedmiot zamówienia publicznego objętego skargą nie wpisuje się w działalność sektorową.

Przechodząc do zarzutów merytorycznych wskazać należy, że i one nie zasługiwały na uwzględnienie. Zdaniem Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza dokonała wnikliwej, kompleksowej analizy materiału dowodowego, co doprowadziło ją do trafnego wniosku, że w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego doszło do spełnienia się przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 dPzp. W myśl tego przepisu zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ślad za Izbą należy powtórzyć, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). W orzecznictwie przyjmuje się przy tym, że nawet nie sam fakt zagrożenia lub powstania straty po stronie innego przedsiębiorcy lecz sposób realizacji mechanizmu rywalizacji pomiędzy konkurentami podlegać musi rozważeniu przy ocenianiu działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 maja 2014 r., I ACa 222/14).

Czynem nieuczciwej konkurencji jest także tzw. zмова przetargowa. Jej ustawowa definicja została określona w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.). Zgodnie z tym przepisem zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Celem takiego działania jest doprowadzenie do udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej słusznie zauważa się, że z uwagi na to, że porozumienia o charakterze zminy przetargowej zazwyczaj są zawierane przez zaufany krąg osób utrzymujących kontakty biznesowe, czy też towarzyskie, wykrycie zminy przetargowej w oparciu o reguły dowodowe wynikające z art. 6 k.c. byłoby najczęściej niemożliwie. Z tych względów udowodnienie jej zaistnienia w większości przypadków opierało się będzie na dowodach i okolicznościach wskazujących na powyższe pośrednio. Tym samym na podstawie nagromadzenia pewnych faktów, które wystąpią w odpowiednich wadze i ilości, można przyjąć i wywnioskować, istnienie faktów innych - w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców umawiających się, co do swojego udziału w przetargu i kształtu swoich ofert. Powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zminy przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu, stanowiące podstawę do odrzucenia oferty (wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r., KIO 517/13; z dnia 3 marca 2014 r., KIO 309/14).

Wprawdzie uznanie faktów za niewytłumaczalne bez wcześniejszej zminy, musi następować na podstawie całokształtu okoliczności, a nie pojedynczej, choćby najistotniejszej przesłanki, jednakże gdy po dokonaniu oceny dowodów pośrednich okaże się, w kontekście całokształtu tych okoliczności, że wniosek o zawarcie niedozwolonego porozumienia jest jedynym możliwym do wyprowadzenia, należy przyjąć zawarcie porozumienia z udowodnione (wyrok SOKiK z 31.8.2008 r., XVII AmA 142/07).

Występowanie pomiędzy przedsiębiorcami ścisłych więzi rodzinnych, posługiwanie się wspólnym numerem faksu, wspólny adres, przystępowania do tych samych przetargów, nie jest wprawdzie zabronione, niemniej jednak wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych i może sugerować, iż przy wystąpieniu dodatkowych okoliczności uzasadnione jest podejrzenie naruszenia prawa konkurencji. Z pewnością wyszczególnione wyżej okoliczności mogą świadczyć o bardzo ograniczonej lub nawet o całkowitym braku konkurencji między przedsiębiorcami. Dla uznania istnienia zminy przetargowej pomiędzy przedsiębiorcami nie jest przy tym konieczne wykazanie istnienia wcześniejszych porozumień pomiędzy przedsiębiorcami. Zachowanie przedsiębiorców w poprzednich postępowaniach może być jedną z okoliczności faktycznych mających znaczenia dla rozstrzygnięcia zaistnienia zminy przetargowej, ale z pewnością nie może stanowić samodzielnej przesłanki do uznania braku zaistnienia zminy w danym postępowaniu przetargowym (wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r., KIO 648/16).

Sąd Okręgowy podzielił stanowisko Izby, że z całokształtu okoliczności niniejszej sprawy można wyprowadzić wniosek, że (...) sp. z o.o. wszedł w niegodne z prawem porozumienie z innym wykonawcą biorącym udział w postępowaniu - W. C. (1), prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...) w C..

Zwrócić bowiem należy uwagę na to, że pomiędzy ww. podmiotami występują powiązania rodzinne. Co więcej oba podmioty korzystały z tych samych zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci, a także wzajemnie z własnych zasobów technicznych. Nadto ich oferty w zakresie ceny są zbliżone konstrukcyjnie. Nie bez znaczenia pozostaje również to, że oba te podmioty wielokrotnie brały udział w tych samych postępowaniach przetargowych prowadzonych przez Spółkę (...) spółkę akcyjną z siedzibą B., a ich działania były każdorazowo nastawione na to, aby zamówienie otrzymał (...) sp. z o.o.

W świetle powyższego wniosek wyprowadzony przez Izbę o istnieniu pomiędzy tymi podmiotami zminy przetargowej jawi się jako uzasadniony.

Dowód na istnienie tego rodzaju praktyk uzgodnionych może być rzecz jasna obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmowy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk. Takich dowodów skarżący jednak nie przedstawił. Z tych względów skarga nie mogła zasługiwać na uwzględnienie.

Niezależnie jednak od powyższego, nawet gdyby zarzuty skarżącego okazały się uprawnione to i tak nie mogłyby skutkować uwzględnieniem skargi. W stanie faktycznym niniejszej sprawy, po wydaniu wyroku przez KIO nastąpiła bowiem zmiana okoliczności faktycznych. W dniu 30 sierpnia 2021 r. została zawarta umowa między zamawiającym a konsorcjum (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ś. (lider) oraz (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. (partner). Z tych względów żądania zwarte w skardze utraciły swoją aktualność.

W tym kontekście należy wskazać, że zgodnie z art. 581 nPzp skarga powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, przytoczenie zarzutów, związane ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wnioski o uchylenie orzeczenia lub o zmianę orzeczenia w całości lub w części. Zgodnie z art. 579 ust. 2 nPzp w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy k.p.c. o apelacji, jeżeli przepisy rozdziału trzeciego, regulującego skargę do sądu nie stanowią inaczej. Oznacza to, że odpowiednie zastosowanie dotyczyć może przepisów objętych rozdziałem pierwszym działu V, tytułu VI księgi pierwszej k.p.c.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy bada, czy spełnia ona wymogi przewidziane dla pisma procesowego, jakim jest apelacja, tj. m.in., czy zawiera wniosek o zmianę lub o uchylenie wyroku z zaznaczeniem zakresu żądanej zmiany lub uchylenia. Zgodnie zaś z art. 582 nPzp w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami. Należy zauważyć, że zawarty ww. przepisie zakaz rozszerzania żądania odwołania lub występowania z nowymi żądaniami ma charakter bezwzględny. W postępowaniu apelacyjnym również nie można rozszerzyć żądania pozwu ani występować z nowymi roszczeniami. Jednak w razie zmiany okoliczności można żądać zamiast pierwotnego przedmiotu sporu jego wartości lub innego przedmiotu, a w sprawach o świadczenie powtarzające się można nadto rozszerzyć żądanie pozwu o świadczenia za dalsze okresy (art. 383 k.p.c.). Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 grudnia 2016 r. (I CSK 19/16), ponieważ przepisy rozdziału trzeciego Pzp nie regulują problemu zmiany okoliczności sprawy zaistniałych po wydaniu wyroku przez Izbę i jej wpływu na postępowanie zainicjowane skargą, koniecznym jest w przypadku zaistnienia takiej zmiany sięgnięcie do art. 383 k.p.c. Mając na względzie powyższe orzeczenie, jak i zbieżne z nim poglądy doktryny przyjąć należy, że na skutek zmiany okoliczności faktycznych możliwa jest zmiana wniosku skargi w zakresie żądania wydania jednego z rozstrzygnięć, o których mowa w art. 588 ust. 2 i 3 w zw. z art. 554 ust. 1-3 nPzp. W przypadku bowiem, kiedy umowa zostanie zawarta po ogłoszeniu wyroku przez Izbę a po wniesieniu skargi (czyli w okolicznościach dopuszczonych w Pzp), sąd rozpoznający sprawę w postępowaniu skargowym może – w przypadku uznania jej zasadności – stwierdzić jedynie naruszenie przepisów Pzp (Komentarz do art. 582 Pzp, red. Jaworska 2021, wyd. 2/M. Jaworska, Legalis 2021).

Odnosząc powyższe uwagi do niniejszej sprawy należy wskazać, że po powzięciu informacji o zawarciu umowy strona skarżąca winna była zmienić żądanie skargi, bądź chociażby wystąpić z żądaniami ewentualnymi, a także podnieść nowe zarzuty w zakresie tych żądań, podtrzymując skargę w zakresie zarzutów w niej opisanych. Takich kroków strona skarżąca nie poczyniła. Określenie rodzaju i zakresu ochrony prawnej jest zaś rzeczą skarżącego. Związanie Sądu żądaniem skarżącego uniemożliwiało, bez jego oświadczenia, mającego na celu zmianę żądania pierwotnie wskazanego, orzeczenie w odniesieniu do innego przedmiotu, a konsekwencji ewentualne i uwzględnienie skargi.

Z przedstawionych względów już powyższa okoliczność stanowiła samodzielną podstawę do oddalenia skargi.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy na podstawie art. 588 ust. 1 nPzp orzekł jak w punkcie I sentencji wyroku.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 589 ust. 1 nPzp obciążając obowiązkiem ich zwrotu skarżącego (...) sp. z o. o., którego skarga została w całości oddalona. Zgodnie z tym przepisem strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez przeciwnika skargi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. sprowadzają się do wynagrodzenia reprezentującego go radcy prawnego w kwocie 12.500 zł ustalonego od wartości przedmiotu zaskarżenia na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U z 2018 r., poz. 265 ze zm.), z uwzględnieniem okoliczności, iż pełnomocnik ten prowadził sprawę również przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. 50% stawki minimalnej. Koszty postępowania poniesione przez zawiązującego również ograniczały się do wynagrodzenia reprezentującego go pełnomocnika, z tym że w osobie adwokata, także w kwocie 12.500 zł ustalonego od wartości przedmiotu zaskarżenia na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (t.j. Dz.U z 2015 r., poz. 1800 ze zm.), z uwzględnieniem okoliczności, iż pełnomocnik ten prowadził sprawę również przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. 50% stawki minimalnej.

Wypada zauważyć, że żaden przepis ww. rozporządzenia nie określa wysokości wynagrodzenia radcy prawnego w sprawach ze skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Brak jest również podstaw by poszukiwać dalekich analogii z innymi przepisami określającymi wysokość stawki w poszczególnych rodzajach spraw. Dlatego zdaniem Sądu zastosowanie powinny tu znaleźć postanowienia § 2 ww. rozporządzeń określające w sposób najbardziej ogólny stawki minimalne uzależniające ich wysokość od wartości przedmiotu sprawy (tu zaskarżenia).

SSO Monika Skalska