

Sąd Okręgowy w Katowicach

XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy

ul. Francuska 38

40-028 Katowice

60-70-495,493 ,, 461, fax: 496

Sygn. akt I instancji: KIO 432/14

Sygn. akt: XIX Ga 216/14

Data: 25/06/2014 r.

Urząd Zamówień Publicznych

Departament Odwołań
ul. Postępu (Adgar Plaża) 17a
02-676 Warszawa

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy zwraca akta
pomocnicze po rozpoznaniu skargi zamawiającego

Załączone odpisy orzeczenia: 1

Odpis wyroku z dnia 2 czerwca 2014r. wraz z uzasadnieniem

wysłano pełnomocnikom stron dnia 25.06.2014r.

Prze^c^pF&zq^dniczącego

Odwoławczego

.S .0. (ni anka Zorębska

Sygn. akt XIX Ga 216/14

1 : y:'V ■. t'' ' L.'i v\^trObjJ^iV

2(m -B8- 3 0

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 czerwca 2014 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Blanka Zorębska (spr.)

Sędziowie: SO Grażyna Jeziorowska

SO Dariusz Chrapoński

st.sekr.sądowy Agnieszka Nowak
Protokolant:

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2014 r. w Katowicach

sprawy z odwołania Konsorcjum: "CZ.P.B.P, PRZEMYSŁÓWKA" Spółki Akcyjnej
w Częstochowie i "Budowlani" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie

przeciwko Komendzie Wojewódzkiej Policji w Katowicach

z udziałem przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego Mariana Krotli
prowadzącego działalność pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy Import
Export "KORMAR" Marian Krotla w Starokrzepicach
o udzielenie zamówienia publicznego
na skutek skargi zamawiającego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 21 marca 2014 r.

sygn. akt KIO 432/14

I. oddala skargę;

II. zasądza od wnoszącego skargę na rzecz przeciwnika skargi kwotę 3.600 zł (trzy
tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu
skargowym.

Na oryginale właściwe pośpfe
ORYGINAŁEM

eiwiaydzctm

JSEKRfeTARZ

EąDtOKoIaiR sądowy

XIX Ga 216/14

Uzasadnienie

Zamawiający Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18.09.2013,2013/S 181-311586 zamieścił ogłoszenie o zamówieniu publicznym, którego przedmiotem było „Zaprojektowanie i wybudowanie w ramach zadania inwestycyjnego pn. Nadbudowa i rozbudowa siedziby Komendy Miejskiej Policji w Dąbrowie Górniczej przy ul. Piłsudskiego 11”.

Zamawiający 24.02.2014r. przesłał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Następnie w dniu 6.03.2014r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. CZ.P.B.P. „PRZEMYSŁÓWKA” S.A., PUPH „Budowlani” sp. z o.o. w Częstochowie wnieśli od powyższej decyzji odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Po przeprowadzeniu postępowania KIO w dniu 21.03.2014r, wydała w sprawie wyrok, mocą którego uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu; unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy Mariana Krotla prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno - Usługowo - Handlowy Import Export „KROMAR” Marian Krotla z siedzibą w Starokrzepicach do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz kosztami postępowania obejmującymi opłatę wpisową od odwołania w kwocie 20.000zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600zł obciążyła zamawiającego Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach.

W uzasadnieniu orzeczenia KIO wskazała, iż:

Wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie odwołali się od:

- niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy Import-Export „Kromar” Marian Krotla ul. Oleska 280,42-161 Starokrzepice, ul. Bór 143/157, 42-200 Częstochowa (dalej „Kromar”), który podlegał wykluczeniu;
- zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp polegającej na wykluczeniu z postępowania wykonawcy Kromar, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie i) (Jzy i doświadczenia;
- zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp polegającej na wykluczeniu z postępowania wykonawcy Kromar, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp polegającej na wykluczeniu z postępowania wykonawcy Kromar w związku ze złożeniem przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Kromar, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia,

- art. 22 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Kromar, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Kromar składającego nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Kromar, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

W ocenie odwołującego powyższe naruszenia spowodowały błędną ocenę ofert oraz doprowadziły do wyboru wykonawcy, który na mocy ustawy Pzp powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona.

W oparciu o powyższe odwołujący domagał się uwzględnienia odwołania w całości i

nakazania zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Kromar, jako najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownego czynności badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny ofert,
3. wykluczenia wykonawcy Kromar z postępowania,
4. odrzucenia oferty wykonawcy Kromar,
5. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
6. zwrotu na rzecz odwołującego kosztów, spowodowanych wniesieniem niniejszego odwołania w szczególności kosztów wpisu od odwołania.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Marian Krotla prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy Import Export "KROMAR" w Starokrzepicach.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż uwzględni jeden z zarzutów odwołania w pozostałym zakresie wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy

- Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdz. III ust. 1 wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1Pzp, a w szczególności: „1.1. Posiadają wiedzę i doświadczenie 1.1.1

Zamawiający żąda, aby wykonawca wykazał się wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonania: a) jednego projektu w zakresie zaprojektowania wykonania roboty polegającej na remoncie lub przebudowie budynku na kwotę co najmniej 200.000 zł netto oraz b) jednej roboty ogólnobudowlanej w zakresie wykonania roboty polegającej na remoncie lub przebudowie budynku na kwotę 4.800.000zł netto lub c) jednego zadania w formie „zaprojektuj i wybuduj” polegającego na zaprojektowaniu i wykonaniu roboty polegającej na remoncie lub przebudowie budynku na kwotę co najmniej 5.000.000 zł netto.

Przystępujący składając ofertę nie przedłożył wykazu robót oraz wykazu osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia. Wykaz ten stanowiący załącznik nr 4 s.i.w.z. złożył dopiero na wezwanie zamawiającego wraz z referencjami, zobowiązaniem innego podmiotu, oraz wykazem osób (załącznik Nr 5).

Zamawiający w rozdziale III ust. 1 pkt 1.2 s.i.w.z. zażądał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będącymi odpowiedzialnymi za projektowanie i posiadającymi odpowiednie uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz posiadającymi co najmniej 5 letni staż pracy w pełnieniu wskazanej funkcji tj.- projektantów koordynatorów opracowań projektowych oraz kierujących nadzorem autorskim, projektanta i sprawdzającego w branży konstrukcyjno-budowlanej, w branży instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych; projektanta i sprawdzającego w branży instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, projektanta i sprawdzającego w specjalności telekomunikacyjnej oraz kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz kierowników robót w pozostałych branżach.

Zamawiający zażądał także aby:

- projektant i jednocześnie kierujący nadzorem autorskim musiał posiadać dostęp do informacji niejawnych oznaczony klauzulą zastrzeżone (posiadać poświadczenie bezpieczeństwa osobowego upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą minimum zastrzeżone lub upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej) oraz posiadać zaświadczenie o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych rozdz. II ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 lit. a) ppkt a.I) s.i.w.z.,
- projektant i sprawdzający w specjalności telekomunikacyjnej musieli posiadać dostęp do informacji niejawnych oznaczony klauzulą zastrzeżone (posiadać poświadczenie bezpieczeństwa osobowego upoważniające do dostępu do informacji niejawnych

oznaczonych klauzulą minimum zastrzeżone lub upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej) oraz posiadać zaświadczenie o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych rozdz. II ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 lit. a) - ppkt a. 5) s.i.w.z.,

- kierownik robót w specjalności telekomunikacyjnej musiał posiadać dostęp do informacji niejawnych oznaczony klauzulą zastrzeżone (posiadać poświadczenie bezpieczeństwa osobowego upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą minimum zastrzeżone lub upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej) oraz posiadać zaświadczenie o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych rozdz. II ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 lit. b) - ppkt b.4) s.i.w.z.

Przystępujący w wykazie osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował ujął jako:

- sprawdzającego w specjalności telekomunikacyjnej (póz. 10 wykazu) oraz
- kierownika robót w specjalności telekomunikacyjnej (póz. 14 wykazu) p. (...) wskazując w wykazie, że posiada on poświadczenia bezpieczeństwa osobowego Nr (...) wystawione w dniu 21.11.2008 r. przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego oraz przeszkolenie z dnia 21.11.2008 r. przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego.

Z uwagi na zgodność dat wystawienia poświadczenia i szkolenia, co nie jest regułą w służbach wszelkiego rodzaju, odwołujący faksem z dnia 4.03.2014r. zwrócił się do Służby Kontrwywiadu Wojskowego o potwierdzenie tych okoliczności skąd faksem z dnia 5.03.2014r. otrzymał odpowiedź, że p. (...) wystawiono poświadczenie o wskazanym numerze i dacie, jednak przeszkolenie odbywał on w roku 2004 w Wojskowych Służbach Informacyjnych i nie posiada innych informacji o przeszkoleniu.

W ocenie odwołującego ważność przeszkolenia p. (...), która jest warunkiem dopuszczenia do informacji niejawnych wygłasza zatem w roku 2009, z uwagi na 5 letni termin ważności tego przeszkolenia. Termin ważności przeszkolenia wynika z treści art. 19 ust. 3 ustawy z dnia 5.08.2010 r. o ochronie informacji niejawnych, zgodnie z którym szkolenie przeprowadza się nie rzadziej niż raz na 5 lat. Można odstąpić od przeprowadzenia szkolenia, jeżeli osoba podejmująca pracę lub rozpoczynająca pełnienie służby albo wykonywanie czynności zleconych przedstawi pełnomocnikowi ochrony aktualne zaświadczenie o odbyciu szkolenia. Na okoliczność odbycia przeszkolenia osoba szkoląca -właściwa służba (AB W lub SKW) lub pełnomocnik ds. ochrony informacji niejawnych wystawia zaświadczenie zgodnie z art. 20. ustawy o ochronie informacji niejawnych.

Nadto odwołujący zwrócił uwagę, że z powodu nieważności szkolenia tej samej osoby przystępujący został już wykluczony z przetargu Nr ZP-2380-869-87/7157/2013 realizowanego przez Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach, a dotyczącą Komedy Miejskiej Policji w Częstochowie.

Mając na uwadze powyższe zdaniem odwołującego na dzień składania ofert przystępujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, a jego oświadczenie w zakresie posiadania przez jedną z osób, które będą wykonywać zamówienie, ważnego przeszkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych było nieprawdziwe i miało wpływ na wynik postępowania z uwagi na niewykluczenie przystępującego niespełniającego warunków udziału i wybór tego wykonawcy.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, iż w zakresie zarzutu dotyczącego wiedzy i doświadczenia należy uznać odwołanie za całkowicie bezzasadne i w związku z tym wniósł o jego oddalenie, natomiast w zakresie zarzutu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia uznał zasadność odwołania.

Uzasadniając swoje stanowisko, co do zarzutu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający wskazał, iż na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia, w pkt. III. 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby wykonawca wykazał się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zakres dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz uprawnienia, którymi te osoby powinny dysponować został szczegółowo wskazany zarówno w tym punkcie s.i.w.z., jak i w wykazie osób, którego załączenia zamawiający wymagał zgodnie z pkt. IV A. 1.3 s.i.w.z. Wzór wykazu osób stanowił załącznik nr 5 do s.i.w.z. i zawierał w szczególności zakres wykonywanych czynności oraz uprawnienia, którymi wskazane w wykazie osoby muszą dysponować. Tym samym wykonawcy zobowiązani byli do załączenia do oferty wypełnionego według załącznika nr 5 do s.i.w.z. wykazu osób i podania w nim żądanych informacji na temat posiadanych uprawnień

przez wskazane osoby.

Oprócz informacji dotyczących kwalifikacji zawodowych w zakresie uprawnień budowlanych oraz podstawy dysponowania wskazanymi w wykazie osobami, zamawiający wymagał informacji na temat posiadanego dostępu do informacji niejawnych w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych dla wskazanych w wykazie osób pełniących funkcje, a które to osoby z tytułu wykonywanych czynności na etapie realizacji zamówienia będą miały dostęp do informacji niejawnych w rozumieniu przywołanej wyżej ustawy o ochronie informacji niejawnych. Ponadto w wykazie osób stanowiącym załącznik nr 5 do s.i.w.z. zamawiający zamieścił oświadczenie, którego wymagał zgodnie z pkt. IV A. 1.4 s.i.w.z., a dotyczącego posiadania uprawnień przez osoby biorące udział w realizacji zadania.

Ponieważ wykonawca Kromar nie załączył ww. dokumentu zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał przystępującego pismem z dnia 2.12.2013 r. o uzupełnienie wskazanych dokumentów zgodnie z wymogiem określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyznaczonym terminie wykonawca uzupełnił żądane dokumenty, a oprócz nich również pozostałe dokumenty dotyczące dysponowania potencjałem osób trzecich. Odwołujący podniósł, że wskazany w ofercie przystępującego w poz. 10 i poz. 14 wykazu osób, p. (...) nie posiada aktualnego przeszkolenia z zakresu ochrony informacji niejawnych. Zamawiający był zobowiązany do sprawdzenia uzupełnionego dokumentu tj. wykazu osób wraz z zawartymi w nim oświadczeniami. Na etapie badania ofert i rozstrzygnięcia prowadzonego postępowania zamawiający nie posiadał wiedzy w zakresie informacji udzielonej przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego w Warszawie, którą odwołujący przedstawił dopiero w formie załącznika do wniesionego odwołania.

W wyniku złożenia informacji Służby Kontrwywiadu Wojskowego w Warszawie powstały istotne wątpliwości, co do prawdziwości oświadczeń przystępującego w przedmiotowym zakresie. Zaznaczył zamawiający, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych jak również przepisy aktów wykonawczych przewidują weryfikację złożonych oświadczeń, nie dając możliwości żądania dokumentów potwierdzających posiadanie poświadczenia bezpieczeństwa czy też przeszkolenia w zakresie informacji niejawnych. Natomiast na etapie badania i oceny ofert oraz rozstrzygnięcia postępowania złożone przez przystępującego oświadczenia nie budziły wątpliwości i w związku z powyższym musiały zostać uznane za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, w ocenie zamawiającego zachodzi konieczność uznania odwołania w tym zakresie i w efekcie powrót do czynności badania i oceny oferty.

Odnosząc się do wykluczenia wykonawcy w rozstrzygnięciu innego postępowania prowadzonego przez zamawiającego tj. Komenda Miejska Policji w Częstochowie - remont kompleksowy budynku administracyjnego i kasyna, zamawiający podał, że p, (...) nie posiada aktualnego przeszkolenia z zakresu ochrony informacji niejawnych pomimo dysponowania tym samym przeszkoleniem jak w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący pominął jednak w formułowanym zarzucie, że zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

P. (...) został przeszkolony przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego w dniu 21.11.2008 r., przy czym przeszkolenie z zakresu ochrony informacji niejawnych jest ważne przez 5 lat. Uwzględniając wyliczenie terminów zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego termin ważności odbytego przeszkolenia upływa z dniem 21.11.2013 r. Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 21.11.2013 r., a więc na dzień składania ofert p. (...) posiadał aktualne przeszkolenie, co skutkuje koniecznością uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem termin składania ofert w postępowaniu „Komenda Miejska Policji w Częstochowie - remont kompleksowy budynku administracyjnego i kasyna” upłynął w dniu 28.11.2013 r., a więc po upływie terminu ważności przeszkolenia. Tym samym zamawiający nie mógł uznać za spełniony warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Z uwagi na powyższe w ocenie zamawiającego wskazany zarzut należy uznać za zasadny.

Przystępujący - po stronie zamawiającego wykonawca poparł stanowisko zamawiającego.

W ocenie KIO argumentacja zamawiającego, odnosząca się do postawionych przez odwołującego zarzutów była prawidłowa.

Izba wskazała, że w zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia przez przystępującego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który mógłby potwierdzać okoliczności wskazywane w odwołaniu. A to na odwołującym, jako stronie, która wywodzi określone skutki prane spoczywa ciężar dowodu (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp).

Tym samym uznała, że przypuszczenia i domniemania odwołującego nieoparte o jakikolwiek dowód, jedynie wywodzone przez hipotezy nie mogły się ostać, dlatego też Izba zarzut powyższy uznała za niezasadny.

Odnosząc się zaś do zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunku udziału dotyczącego potencjału osobowego, Izba stwierdziła, że odwołujący w sposób dostateczny uprawdopodobnił okoliczność, iż przystępujący mógł złożyć informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Dlatego też stanowisko zamawiającego, iż będzie zobligowany do wezwania przystępującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do wyjaśnienia złożonego oświadczenia, Izba uznała za prawidłowe, jako odzwierciedlające ustalony stan faktyczny sprawy. Dopiero bowiem w wyniku przeprowadzenia pełnej procedury uzupełnienia dokumentów (która już miała miejsce) oraz wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) zamawiający będzie mógł, w sposób pełny i ostateczny stwierdzić jaki jest faktyczny stan informacji przekazanych przez przystępującego, tj. czy przystępujący składając stosowne oświadczenia w sposób świadomy i celowy wprowadził zamawiającego w błąd, przedstawiając mu informacje nieprawdziwe (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), które miały wpływ na wynik postępowania, tj. doprowadziły w sposób sprzeczny z prawem do wyboru oferty przystępującego - jako najkorzystniejszej.

Dlatego też zamawiający, wobec uzyskanych od odwołującego informacji, prawidłowo nie zachował się w sposób bierny uznając, iż konieczne jest wyjaśnienie powyższej kwestii.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że już na obecnym etapie postępowania konieczne jest wykluczenie przystępującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo Sądów Okręgowych, które jednolicie orzekają w zakresie konieczności udowodnienia, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest potwierdzenie działania polegającego na umyślnym wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Wobec powyższego wskazać należy, że tylko umyślne podanie nieprawdziwych informacji będzie sankcjonowane wykluczeniem wykonawcy na podstawie przywołanego uregulowania, a bez wskazywanej wyżej procedury uzupełniania i wyjaśnienia nie sposób takich sankcji wywieść.

O kosztach postępowania KIO orzekła stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15.03.2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Skargę na powyższe orzeczenie KIO wniósł zamawiający, domagając się uchylenia zaskarżonego wyroku w całości i oddalenia odwołania wniesionego przez stronę przeciwną skargi oraz obciążenia kosztami postępowania odwoławczego stroną przeciwną skargi jak również obciążenia kosztami postępowania strony przeciwnej skargi wedle norm przepisanych oraz zastępstwa procesowego w przypadku ich zaistnienia.

Zamawiający zarzucił naruszenie:

-art. 180 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez rozpatrzenie odwołania w zakresie, w którym nie przysługiwało ono stronie przeciwnej skargi i orzeczenie w tym zakresie w sprawie, pomimo że skarżący nie podjął żadnej niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności ani nie zaniechał żadnej czynności, do której podjęcia był zobowiązany;

-art. 192 ust. 2 ustawy Pzp przez uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania pomimo braku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp przy jednoczesnym stwierdzeniu prawidłowości działania skarżącego.

W ocenie skarżącego posiada on interes prawny we wniesieniu skargi ponieważ wyrok KIO uwzględniający odwołanie i uznający je za zasadne skutkuje obowiązkiem poniesienia przez skarżącego kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp.

Skarżący pismem z 14.03.2014r. l.dz. ZP-2380-594-121/13/746/2014 wniósł odpowiedź na odwołanie, w której w zakresie zarzutu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wniósł o uznanie zarzutu za niezasadny i takie też stanowisko zajęła KIO w tym zakresie.

Odmienne stanowisko zostało przedstawione przez skarżącego w zakresie zarzutu dotyczącego spełnienia warunku dysponowania osobami posiadającymi określone w SIWZ kwalifikacje zawodowe. Zarzut odwołującego dotyczył braku uprawnień do dostępu do informacji niejawnych przez Pana Zdzisława Wojciechowskiego z uwagi na brak aktualnego

przeszkolenia w tym zakresie, które warunkuje uzyskanie stosownych uprawnień. Brak aktualnego przeszkolenia z zakresu ochrony informacji skutkuje bezwzględną utratą uprawnień do dostępu do tych informacji. Skarżący w ocenie spełnienia warunku opierał się zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp i przepisami wykonawczymi na oświadczeniu wykonawcy, w tym na wskazanej przez niego dacie przeszkolenia. Zgodnie z oświadczeniem wykonawcy Pan Zdzisław Wojciechowski posiadał przeszkolenie z zakresu ochrony informacji niejawnymi wykonane przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego w dniu 21.11.2008r, a więc aktualne na dzień składania ofert, co było wystarczające do uznania warunku udziału w postępowaniu za spełniony. Strona przeciwna skardze natomiast do złożonego odwołania załączyła pismo z dnia 05.03.2014r. otrzymane ze Służby Kontrwywiadu Wojskowego, a informujące, że Pan Zdzisław Wojciechowski został przeszkolony przez SKW w 2004 roku i brak jest jakichkolwiek informacji o przeszkoleniu go przez SKW w roku 2008. Skarżący otrzymał pismo ze Służby Kontrwywiadu Wojskowego dopiero w dniu 05.03.2014r., a więc po rozstrzygnięciu postępowania przetargowego i na dzień przed upływem terminu do złożenia odwołania. Skarżący wskazaną informację otrzymał dopiero wraz ze złożonym odwołaniem i nie mógł podjąć stosownych czynności wyjaśniających jak również wrócić w tym celu do badania i oceny ofert z uwagi na zawieszenie z mocy prawa postępowania z chwilą wniesienia odwołania. Jedynym możliwym działaniem było więc uznanie przez skarżącego odwołania w zakresie tego zarzutu za zasadny z uwagi na istotne wątpliwości, które budziła informacja udzielona przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego.

Zaskarżony wyrok KIO jednoznacznie wskazuje na uwzględnienie odwołania jako zasadnego. Jednocześnie jednak sentencja zaskarżonego wyroku pozostaje w sprzeczności z uzasadnieniem, w którym KIO całkowicie przychyliła się do stanowiska skarżącego i uznała je za prawidłowe dla obu wskazanych wyżej zarzutów. Ponadto KIO uznała za prawidłowe wszystkie czynności podjęte przez skarżącego i za zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Przywołując art. 180 ust. 1 ustawy Pzp skarżący podkreślił, iż stronie przeciwnej skargi przysługiwało odwołanie wyłącznie w przypadku gdy skarżący jako zamawiający dokonałby czynności niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych lub w przypadku gdyby zaniechał czynności, do której podjęcia był zobowiązany. Taka sytuacja jednak nie powstała w przedmiotowym przypadku.

Strona przeciwna skargi podała we wniesionym odwołaniu, że skarżący zaniechał czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz odrzucenia jego oferty. Jednakże wskazany zarzut nie znajduje w żadnym wypadku oparcia w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp. Skarżący bowiem był zobowiązany do badania i oceny ofert wyłącznie w zakresie i w sposób ściśle określony przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych jak również przepisami wykonawczymi do tego aktu prawnego. Jakiegokolwiek wykroczenie poza granice wyznaczone przywołanymi przepisami, na przykład poprzez żądanie dodatkowych dokumentów, stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zarówno ustawa Prawo zamówień publicznych jak i Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane - nakładają na zamawiających obowiązek dokonywania sprawdzenia spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu głównie na podstawie składanych oświadczeń, w tym wykazów również stanowiących w istocie wyłącznie oświadczenie danego wykonawcy.

Skarżący dokonał więc badania oferty na podstawie dokumentów złożonych w tej ofercie jak również uzupełnionych w ramach wezwania wystosowanego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Sama czynność badania złożonych dokumentów obejmowała elementy wynikające ze wskazanych wyżej aktów prawnych i potwierdziła jednoznacznie ich prawidłowość, a co za tym idzie spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Skarżący podkreślił, że zarówno strona przeciwna skargi jak również KIO nie stwierdzili jakiegokolwiek naruszenia w zakresie badania i oceny przedmiotowej oferty. Nie zarzucono również podjęcia przez skarżącego żadnej czynności naruszającej przepisy ustawy Pzp jak również zaniechania jakiegokolwiek czynności, do której skarżący na etapie badania i oceny ofert jak również na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty byłby zobowiązany. Za czynność naruszającą przepisy ustawy Pzp nie może być również uznany wybór najkorzystniejszej oferty, ponieważ prawidłowość dokonanych czynności w zakresie badania i oceny ofert przekłada się jednoznacznie na prawidłowy wybór najkorzystniejszej oferty. Powyższe oznacza, że brak było podstaw do wniesienia odwołania we wskazanym zakresie przez stronę przeciwną skargi. Tym samym KIO zobowiązana była do oddalenia odwołania w tym zakresie z uwagi na brak zaistnienia przesłanek uprawnających do jego wniesienia.

Skarżący zaznaczył, że jego uznanie odwołania w części dotyczącej spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, w zakresie dysponowania osobami posiadającymi wymagane kwalifikacje, była spowodowana brakiem możliwości podjęcia innej czynności w świetle obowiązujących przepisów prawa. Zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp z chwilą wniesienia odwołania zawieszeniu uległ bieg terminu związania ofertą. Tym samym skarżący nie mógł podjąć żadnych czynności w ramach prowadzonego postępowania, w szczególności samodzielnej decyzji o powrocie do badania i oceny ofert, w ramach którego mógłby wystąpić o dodatkowe wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Złożona przez stronę przeciwną skargi wraz z odwołaniem informacja uzyskana ze Służby Kontrwywiadu Wojskowego stanowi dodatkową informację w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale nie świadczy o dokonaniu przez skarżącego czynności niezgodnej z przepisami ustawy Pzp jak również o zaniechaniu podjęcia wymaganej przepisami prawa czynności.

Strona przeciwna skargi chcąc spowodować dalsze badanie oferty wybranej jako

najkorzystniejsza, w tym w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powinna była wystąpić do skarżącego z pismem o uzyskaniu informacji ze Służby Kontrwywiadu Wojskowego, która może mieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z przyjętą powszechnie zasadą skarżący mógłby wówczas na podstawie własnej decyzji wrócić do badania i oceny ofert z uwagi na uzyskane dodatkowe informacje. Powyższe wynika z faktu, że przepisy ustawy Pzp nie zabraniają zamawiającym podejmowania takich czynności w przypadku, gdy nowe informacje wskazują na konieczność uzyskania dodatkowych wyjaśnień bądź podjęcia dodatkowych czynności. Dopiero zaniechanie podjęcia przez skarżącego dodatkowych czynności w wyniku uzyskanej informacji mogłoby stanowić przesłankę do wniesienia odwołania. Takie zaniechanie stanowiłoby istotnie naruszenie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadnienie tego wyroku wskazuje również na możliwość uzupełnienia czynności badania i oceny ofert z uwagi na pozyskane dodatkowe informacje. Natomiast brak jest zarówno w złożonym odwołaniu jak również w wyroku KIO okoliczności, które uprawniałyby do twierdzenia, że w przedmiotowym postępowaniu zaistniały podstawy do wniesienia odwołania zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp : „ Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.”

Wskazany wyżej przepis jednoznacznie określa stan, w którym KIO jest zobowiązana i jednocześnie uprawniona do uwzględnienia odwołania, a więc do uznania go za zasadne. W każdym innym przypadku tj. gdy nie stwierdzono naruszenia przepisów ustawy, KIO zobowiązana jest do oddalenia odwołania jako niezasadnego. Zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy Pzp w uzasadnieniu wydanego wyroku KIO zobowiązana jest do wskazania między innymi podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. W wyroku KIO z dnia 21.03.2014r. brak wskazania stwierdzonego naruszenia, a wprost przeciwnie jednoznacznie został stwierdzony brak jakichkolwiek naruszeń.

Skarżący podniósł, że za naruszenie przepisów ustawy Pzp w żaden sposób nie można uznać braku podjęcia czynności w przypadku, gdy do tej czynności nie był zobowiązany i nie było konieczności jej podjęcia z uwagi na stan faktyczny prowadzonego postępowania. W takim przypadku nie można skarżącemu zarzucić nieuprawnionego działania ani też zaniechania działania, do którego byłby zobowiązany.

KIO oceniając więc działania skarżącego jako całkowicie prawidłowe i stwierdzając brak naruszeń, nie była w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uprawniona do uwzględnienia odwołania. Wskazane wyżej naruszenia art. 180 ust. 1 oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp skutkowały uwzględnieniem przez KIO odwołania strony przeciwnej skargi i zasądzenia na jej rzecz kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Wydanie takiego orzeczenia przez KIO skutkowało wywołaniem szkody z uwagi na konieczność pokrycia przez skarżącego zasądzonych kosztów i również obciążeniem go odpowiedzialnością za rzekome naruszenie przepisów ustawy Pzp, do którego w istocie w ogóle nie doszło.

Przeciwnik skargi w odpowiedzi na skargę wniósł o:

I. odrzucenie skargi,

- II. umorzenie postępowania w sprawie skargi z uwagi na bezprzedmiotowość wydania wyroku,
- III. zbadanie wartości przedmiotu sporu,
- IV. zasądzenie kosztów procesu - kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

A na wypadek nie uwzględnienia wniosków, o których mowa w p. I i II o

V. oddalenie skargi w całości,

VI. przeprowadzenie rozprawy także w przypadku nieobecności Odwołującego lub jego pełnomocnika,

VII. z daleko posuniętej ostrożności procesowej w wypadku uwzględnienia skargi - wniośł dodatkowo przeciwnik skargi o odstąpienie od obciążania go kosztami procesu w części dotyczącej opłaty sądowej,

VIII. zażądanie od zamawiającego oryginału zawiadomienia z 27.03.2014 r. o unieważnieniu czynności wyboru wykonawcy ZPHU Import Export „Kromar” Marian Krotla, a także oryginału pisma do tego wykonawcy o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp jeśli zostało skierowane, a także przeprowadzenie dowodu z kopii zawiadomienia z 27.03.2014 r. o unieważnieniu czynności wyboru wykonawcy ZPHU „Kromar” Marian Krotla otrzymanej przez odwołującego od zamawiającego w dniu 28.03.2014 r. drogą faksową i przeprowadzenie z nich dowodów na okoliczność nieistnienia na etapie złożenia skargi i jej rozpatrywania czynności zamawiającego w postaci wyboru wykonawcy ZPHU Import Export „KROMAR” Marian Krotla jakich dotyczyło wniesione do KIO odwołanie.

Przeciwnik skargi podkreślił, iż skarga została podpisana przez Zastępcę Śląskiego Komendanta Wojewódzkiego Policji w Katowicach mł. insp. Policji Piotra Kucię na podstawie pełnomocnictwa udzielonego do zastępowania Skarbu Państwa - Śląskiego Komendanta Wojewódzkiego Policji w Katowicach.

Zgodnie z art. 67 §2 kpc. za Skarb Państwa podejmuje czynności procesowe organ państwowej jednostki organizacyjnej, z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie lub organ jednostki nadrzędnej. W zakresie określonym odrębną ustawą za Skarb Państwa czynności procesowe podejmuje Prokurator Generalny Skarbu Państwa. Organem państwowej jednostki organizacyjnej jest Śląski Komendant Wojewódzki Policji w Katowicach.

Zgodnie z art. 87 §2 kpc. pełnomocnikiem osoby prawnej lub przedsiębiorcy, w tym

nieposiadającego osobowości prawnej, może być również pracownik tej jednostki albo jej organu nadrzędnego.

Z powołanego przepisu wynika, że pracownik jednostki lub organu nadrzędnego może być pełnomocnikiem osoby prawnej lub przedsiębiorcy, w tym przedsiębiorcy nie posiadającego osobowości prawnej. Zarówno Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach jak i organ państwowej jednostki organizacyjnej jakim jest Śląski Komendant Wojewódzki Policji w Katowicach nie posiada osobowości prawnej, jak również nie jest przedsiębiorcą, w tym przedsiębiorcą nie posiadającym osobowości prawnej. Osobowość prawną posiada natomiast Skarb Państwa w imieniu którego działa Śląski Komendant Wojewódzki Policji w Katowicach. Zastępca Śląskiego Komendanta Wojewódzkiego Policji w Katowicach nie jest pracownikiem Skarbu Państwa jako osoby prawnej, jest pracownikiem (funkcjonariuszem) Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach, która jest jednostką organizacyjną Policji stanowiącą aparat pomocniczy, przy pomocy którego Śląski Komendant Wojewódzki Policji, działając w imieniu Wojewody Śląskiego albo własnym, realizuje zadania Policji, określone w ustawach i przepisach wykonawczych wydanych na ich podstawie, w dziedzinie ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz utrzymania bezpieczeństwa i porządku publicznego na obszarze województwa śląskiego.

Zastępca Śląskiego Komendanta Wojewódzkiego Policji w Katowicach nie może zatem występować jako pełnomocnik Skarbu Państwa - Śląskiego Komendanta Wojewódzkiego Policji w Katowicach w postępowaniu cywilnym. Zastępca Komendanta Wojewódzkiego Policji w Katowicach może działać jako pełnomocnik na podstawie przepisów kodeksu cywilnego oraz być upoważniony do zastępowania w ramach realizacji ustawowych zadań Policji jako organu administracji państwowej.

Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 28.11.2012 roku syg. IICZP 75/12 stwierdzając, że sędzia sądu powszechnego nie może być pełnomocnikiem sądu jako jednostki organizacyjnej Skarbu Państwa (OSNC 2013/4/48; LEXNr 1230052).

W związku z powyższym w ocenie odwołującego skarga została złożona przez osobę nieuprawnioną i winna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie skargi wniósł o umorzenie postępowania.

Pismem z dnia 27.03.2014 r. doręczonym za pośrednictwem faksu odwołujący został zawiadomiony przez zamawiającego o unieważnieniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mariana Krotkę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Pro dukcyjno-Handlowo-U sługo wy Import Export KROMAR Marian Krotka w Starokrzepicach. Wyrok KIO nakazał aby zamawiający unieważnił czynność wyboru wykonawcy, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i powtórzył czynności badania i oceny ofert. Z uwagi na unieważnienie czynności przez zamawiającego, a także prawdopodobnie wezwanie wykonawcy Mariana Krotka do złożenia wyjaśnień, uchylenie w tej sytuacji orzeczenia KIO nie spowoduje przywrócenia ważności unieważnionym czynnościom zamawiającego. Wydanie zatem wyroku uchylającego lub utrzymującego w mocy wyrok KIO zgodnie z art. 192 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 391 kpc oraz art. 355 §1 kpc stało się z innych przyczyn zbędne.

Zamawiający wskazał wartość przedmiotu sprawy w wysokości środków jakie ma przeznaczone na realizację zamówienia, natomiast oferta wykonawcy, którego dotyczyło odwołanie to kwota 14.600.000zł netto i taka wartość przedmiotu sporu powinna zostać przyjęta dla celów niniejszej sprawy, dlatego zdaniem odwołującego zasadne jest zbadanie wartości przedmiotu sporu i ustalenie jej w innej wysokości niż podana przez zamawiającego.

Odwołujący wnoszący w przypadku nieuwzględnienia powyższych wniosków o oddalenie skargi. Zamawiający wnoszący skargę wywodzi, że posiada interes prawny w jej wniesieniu z uwagi na zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wykazanie w tym zakresie interesu prawnego wydaje się ograniczać zakres wniesionej skargi do wniesienia w istocie zażalenia na rozstrzygnięcie w zakresie kosztów postępowania przed KIO. Pismem z dnia 27.03.2014 r. doręczonym faksem odwołujący został zawiadomiony przez zamawiającego o unieważnieniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mariana Krotkę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Handlowo-U sługowy Import Export KROMAR Marian Krotka w Starokrzepicach ze wskazaniem, że zamawiający dokona ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający nie posiada interesu prawnego do wniesienia skargi także z następujących powodów. Wyrok KIO nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru wykonawcy, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Z uwagi na unieważnienie czynności przez zamawiającego, a także prawdopodobnie co wynika z treści zawiadomienia z informacją, że zamawiający dokona ponownego badania i oceny ofert, wezwanie wykonawcy Mariana Krotka do złożenia wyjaśnień, uchylenie w tej sytuacji orzeczenia KIO nie spowoduje przywrócenia ważności unieważnionym czynnościom zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że nie ma potwierdzenia od zamawiającego wystąpienia z żądaniem do wykonawcy Mariana Krotki o złożenie wyjaśnień, jednak mając na uwadze unieważnienie czynności wyboru, a także przedstawiony dowód w postaci pisma Służby Kontrwywiadu Wojskowego, którego zamawiający nie może pominąć zakłada, że czynność tą zamawiający wykonał bezpośrednio po unieważnieniu czynności wyboru wykonawcy szczególnie, że wskazał, że powtórzy czynność badania ofert.

Uchylenie zatem wyroku KIO nie zmienia sytuacji zamawiającego, który będzie ponownie badał i oceniał oferty. Ponadto uchylenie wyroku nie spowoduje, że przedstawione pismo ze Służby Kontrwywiadu Wojskowego zostanie uznane za nieistniejące, zamawiający dysponuje tym pismem i będzie musiał je uwzględnić w ponownym badaniu i ocenie ofert.

Odwołujący wskazał także, że zamawiający uznał zarzut nie dysponowania przez wykonawcę M. Krotkę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wyrok KIO uznał postępowanie zamawiającego w zakresie uznania tego zarzutu za zasadne. Należy jednak stwierdzić, że interes prawny występuje, gdy istnieje spór pomiędzy stronami. W niniejszej sprawie spór ten co do tej części wyroku, która legła u podstaw wyroku uwzględniającego odwołanie nie istniał.

Zamawiający wskazał także w odwołaniu, że odwołujący winien wnieść pismo do zamawiającego z informacją o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy w miejsce odwołania do KIO.

Stanowisko takie jest nieuzasadnione w świetle przepisów prawa zamówień publicznych. Informację do zamawiającego można bowiem wnieść w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis ten ogranicza swoje zastosowanie do przetargów realizowanych poniżej kwot wynikających z art. 11 ust. 8 Pzp, co nie ma miejsca w niniejszej sprawie.

Zamawiający wywodzi w skardze, że KIO uwzględniła odwołanie jednocześnie stwierdzając, że nie naruszył on ustawy. Jednakże zdaniem odwołującego KIO nie oceniała postępowania zamawiającego wskazując jedynie, że zamawiający słusznie postąpił uznając zarzut, gdyż wykonawca nie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zamawiający wskazuje, że nie naruszył ustawy, gdyż w chwili dokonania wyboru ofert nie dysponował informacją o braku przeszkolenia przez jedną z osób, przy pomocy której wykonawca będzie wykonywał zamówienie i nie miał obowiązku działania.

Odwołujący podkreślił, iż żaden przepis ustawy Pzp nie zakazuje zamawiającemu działania, przepisy jedynie ograniczają zakres dokumentów żądanych od wykonawców.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 Pzp to zamawiający odpowiada za przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia. Dodatkowo KIO stoi na stanowisku, że zamawiający ma wręcz „obowiązek weryfikować oświadczenia składane przez wykonawców w toku postępowania, zwłaszcza w sytuacjach, gdy składane przez wykonawcę dokumenty, które mają potwierdzać treść oświadczeń, nie w pełni lub niejednoznacznie tę treść potwierdzają”.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie przeciwnika skargi niezgodność czynności zamawiającego należy oceniać wyłącznie jako fakt niezgodności czynności zamawiającego z ustawą przy ujęciu obiektywnego stanu rzeczywistości. Zadaniem odwołującego jest natomiast udowodnić, że stan faktyczny wynikający z akt postępowania o udzielenie zamówienia jest niezgodny z rzeczywistością, że dokumenty lub oświadczenia są nieprawdziwe.

Wykonawca, a później odwołujący może zatem przedkładać informacje i dowody na dowód uchybień innych wykonawców aż do zamknięcia rozprawy przed KIO, a nie, jakby tego chciał zamawiający - do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, iż uzyskał informację o braku przeszkolenia jednej z osób przy pomocy której wybrany wykonawca zobowiązał się wykonać zamówienie dopiero po wyborze wykonawcy, w możliwie najprostszy sposób, przez zapytanie do wskazanego organu szkolącego, co było spowodowane równoczesnością daty poświadczenia bezpieczeństwa osobowego i daty szkolenia. W praktyce taka zgodność nie występuje jeśli chodzi o wydanie poświadczeń w wyniku prowadzonego postępowania przez pełnomocnika do spraw ochrony informacji niejawnych, czyli m.in. w przypadku klauzul poufne i wyższych gdyż postępowanie wymaga czasu, a szkolenie przeprowadzane jest niezwłocznie, co umożliwia dostęp takiego pracownika czy funkcjonariusza do informacji niejawnych o niższej klauzuli.

Sąd Okręgowy rozpoznając skargę ustalił i zważył:

Skarga zamawiającego nie mogła odnieść zamierzonego skutku i dlatego jako niezasadna podlegała oddaleniu na mocy przepisu art. 198f ust. 2 zd.1 Ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29.01.2004r. (Dz.U.2013.1471).

W okolicznościach niniejszej sprawy w pierwszej kolejności rozważenia i rozpoznania wymagały zarzuty przeciwnika skargi, bowiem dotyczyły one między innymi istnienia legitymacji czynnej po stronie wnoszącego skargę do wystąpienia do Sądu Okręgowego z przyczyny prawidłowości umocowania osoby podpisanej pod skargą.

Zatem w związku z zarzutem przeciwnika skargi dotyczącym braku uprawnień do występowania jako pełnomocnik Skarbu Państwa - Śląskiego Komendanta Wojewódzkiego Policji w Katowicach Zastępcy tego Komendanta w osobie mł. insp. Policji Piotra Kuci rozważenia wymaga status Zastępcy Śląskiego Komendanta Wojewódzkiego Policji. Podkreślenia wymaga, iż Zastępcą Śląskiego Komendanta Wojewódzkiego Policji mł. insp. Piotr Kucia wraz ze skargą przedłożył pełnomocnictwo procesowe udzielone mu przez Śląskiego Komendanta Wojewódzkiego Policji nadinsp. Krzysztofa Jarosza do zastępowania Skarbu Państwa - Śląskiego Komendanta Wojewódzkiego Policji w sprawie wniesienia skargi od wyroku KIO wydanego w sprawie o sygn., akt KIO 432/14.

Kwestie zadań i kompetencji Policji reguluje Ustawa z dnia 6.04.1990r. O Policji (Dz. U. 2011.287.1687. tj. ze zm.).

Zgodnie z art. 67§ 2 kpc. za Skarb Państwa podejmuje czynności procesowe organ państwowej jednostki organizacyjnej, z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie, lub organ jednostki nadrzędnej. W zakresie określonym odrębną ustawą za Skarb Państwa czynności procesowe podejmuje Prokuratura Generalna Skarbu Państwa.

Zgodnie z art. 6a ust. 1 przywołanej ustawy o Policji w postępowaniu administracyjnym, w sprawach związanych z wykonywaniem zadań i kompetencji Policji, jeżeli ustawy nie stanowią inaczej, organem właściwym jest komendant powiatowy (miejski) Policji, a na obszarze m.st. Warszawy - komendant rejonowy Policji, a zgodnie z ust. 2 w postępowaniu administracyjnym w sprawach, o których mowa w ust. 1, organami wyższego stopnia są:

1) w stosunku do komendanta powiatowego (miejskiego) Policji - komendant wojewódzki Policji;

la) w stosunku do komendanta rejonowego Policji - Komendant Stołeczny Policji;

2) w stosunku do komendanta wojewódzkiego Policji - Komendant Główny Policji.

Skoro zatem przedmiot zamówienia publicznego dotyczył postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o nazwie „Zaprojektowanie i wybudowanie w ramach zadania inwestycyjnego pn. Nadbudowa i rozbudowa Komendy

Miejskiej Policji w Dąbrowie Górniczej przy ul. Piłsudskiego 11” znak sprawy ZP-2380-594-121/2013, to oznacza, iż jednostką z której działalnością związane jest dochodzone w przedmiotowej sprawie roszczenie jest Policja Komenda Miejska Policji w Dąbrowie Górniczej, której organem jest Komendant miejski Policji, którego organem przełożonym jest Śląski Komendant Wojewódzki Policji. Oznacza to, iż pełnomocnictwo udzielone do reprezentowania skarżącego w przedmiotowej zostało udzielone przez uprawnioną osobę. Mając na uwadze wyjaśnienia przedstawione w piśmie zamawiającego z dnia 29.04.2014r. oraz na rozprawie w dniu 22.05.2014r. należało wskazać, iż Zastępca Komendanta Wojewódzkiego Policji jest funkcjonariuszem Komendy Wojewódzkiej Policji zatrudnionym przez Śląskiego Komendanta Wojewódzkiego Policji, będącego jak to ustalono powyżej organem państwowej jednostki organizacyjnej (nadrzędnym na Komendantem miejskim Policji) uprawnionym do reprezentowania Skarbu Państwa - Policji. Powyższe oznacza, iż wskazane umocowanie zostało udzielone zgodnie z przepisem art. 87 §2 kpc.

Zadania i uprawnienia Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa reguluje ustawa z 8.07.2005r. o Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa (Dz.U.2013.1150 j.t. ze zm.).

Na mocy art. 4. 1 do zadań Prokuratury Generalnej należy:

- 1) wyłączne zastępstwo procesowe Skarbu Państwa przed Sądem Najwyższym, z zastrzeżeniem art. 8 b ust. 5;
- 2) zastępstwo procesowe Skarbu Państwa przed sądami powszechnymi, wojskowymi i polubownymi;
- 3) zastępstwo Rzeczypospolitej Polskiej przed sądami, trybunałami i innymi organami orzekającymi w stosunkach międzynarodowych;
- 4) wydawanie opinii prawnych;
- 5) opiniowanie projektów aktów normatywnych dotyczących praw lub interesów Skarbu Państwa, a także regulujących postępowania przed sądami, trybunałami i innymi organami orzekającymi.

Zgodnie z ust. 2 zastępstwo procesowe Skarbu Państwa przez Prokuraturę Generalną dotyczy spraw, w których Skarb Państwa jest lub powinien być stroną powodową albo pozwaną, albo też uczestnikiem postępowania przed sądem, trybunałem lub innym organem orzekającym.

Na mocy art. 8. 1 zastępstwo procesowe Skarbu Państwa przez Prokuraturę Generalną jest obowiązkowe do zakończenia sprawy, z zastrzeżeniem art. 8 b:

- 1) w sprawach rozpoznawanych w pierwszej instancji przez sąd okręgowy;
- 2) w sprawach:

- a) o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym,
- b) o stwierdzenie zasiedzenia

- jeżeli wartość przedmiotu sprawy przewyższa kwotę 1.000.000 zł;

3) w sprawach rozpoznawanych przez sądy polubowne, niezależnie od tego, czy miejsce postępowania przed tym sądem znajduje się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czy też poza jej granicami lub nie jest oznaczone.

Zgodnie z ust. 2 w sprawach wymienionych w ust. 1 pkt 2 obowiązkowe zastępstwo procesowe Skarbu Państwa przez Prokuratorię Generalną nie ustaje mimo obniżenia się w toku sprawy wartości przedmiotu sprawy do kwoty 1.000.000 zł lub poniżej.

Zgodnie z przywołanym uregulowaniem w przedmiotowym przypadku wbrew stanowisku przeciwnika skargi nie zachodzi sytuacja gdy Prokuratoria Generalna obowiązkowo zobligowana jest do zastępowania Skarbu Państwa - Policji w postępowaniu sądowym. Podkreślenia wymaga, bowiem iż mimo, że wartość zamówienia publicznego przekracza milion złotych to Sąd Okręgowy w sprawie działa jako Sąd drugiej instancji zgodnie z przepisem art. 198 a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Reasumując, za chybiony należało uznać zarzut przeciwnika skargi braku uprawnienia po stronie Zastępcy Śląskiego Komendanta Policji do reprezentowania Skarbu Państwa w przedmiotowym postępowaniu.

Na marginesie poczynionych wyżej wyjaśnień należało również zwrócić uwagę, iż przywołane przez przeciwnika skargi orzeczenie Sądu Najwyższego wydane w dniu 28.11.2012r. w sprawie o sygn. akt III CZP 75/12 dotyczy kwestii możliwości ustanowienia pełnomocnikiem Skarbu Państwa - Sądu sędziego tego Sądu, a zatem zupełnie odmiennego stanu faktycznego niż przedmiotowy, dlatego za zasadne należało uznać stanowisko skarżącego, iż ustalenia i wywody zawarte w przywołanym orzeczeniu nie mogą mieć odniesienia do niniejszej sprawy.

Za nieznajdący uzasadnienia w okolicznościach przedmiotowej sprawy należało również uznać wniosek przeciwnika skargi o umorzenie postępowania w sprawie ze względu na to, iż zamawiający wykonał już wyrok KIO, bowiem unieważnił czynność wyboru wykonawcy i wezwał wykonawcę Mariana Krotla do złożenia wyjaśnień zatem wydanie wyroku uchylającego lub utrzymującego ten wyrok w mocy zgodnie z art. 192 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 391 kpc. oraz art. 355 §1 kpc stało się z innych przyczyn zbędne.

Podkreślenia wymaga, bowiem iż skarżący zarzucił nie tyle wadliwość orzeczenia KIO, ale brak naruszenia przez siebie przepisów, a w konsekwencji brak podstawy do obciążenia strony kosztami postępowania przed KIO. W takiej, zaś sytuacji nie można uznać, iż skarżący nie wykazał interesu we wniesieniu skargi na orzeczenie KIO.

Mając, zatem na uwadze powyższe wyjaśnienia za celowe i uzasadnione w ocenie Sądu Okręgowego należało uznać rozpoznanie skargi.

Skarga jak to już wskazano wyżej zawiera zarzut naruszenia art. 180 ust. 1 ustawy Pzp przez rozpatrzenie odwołania w zakresie w jakim nie przysługiwało ono stronie przeciwnej skargi i wydanie orzeczenia w tym zakresie mimo, iż skarżący nie podjął żadnej niezgodnej z ww. przepisami czynności ani też nie zaniechał żadnej czynności do podjęcia której był zobowiązany, a w konsekwencji naruszenia art. 192 ust.2 ustawy Pzp przez uwzględnienie odwołania przez KIO mimo nie stwierdzenia naruszenia ww. przepisów i stwierdzeniu prawidłowości działania skarżącego.

Podkreślenia wymaga, iż stan faktyczny istniejący w przedmiotowej sprawie po wydaniu wyroku przez KIO jest niesporny między uczestnikami postępowania.

Należało w tym miejscu zawrócić uwagę, iż wbrew wywodom zamawiającego zawartym w skardze nie można skutecznie czynić zarzutu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu wywołanym ogłoszeniem o zamówieniu publicznym, iż na skutek wątpliwości wywołanych prawidłowością przedłożonych w toku postępowania dokumentów w pierw pismem z dnia 4.03.2014r. zwrócił się o wyjaśnienia do Służby Kontrwywiadu Wojskowego Zarządu Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych, a po otrzymaniu informacji (pismo z 5.03.2014r.) pismem z dnia 6.03.2014r. złożył do Prezesa Zamówień Publicznych Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy Import - Eksport „Kromar”

Marian Krotla, zaniechania czynności wykluczenia tego wykonawcy jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jak również w związku ze złożeniem przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W opisanej sytuacji gdy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca uzyskał informacje od uprawnionego podmiotu tj. Służby Kontrwywiadu Wojskowego Zarządu Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych o braku odbycia szkolenia przez osobę wskazaną, przez wybranego do wykonania zamówienia publicznego wykonawcę, jako osobę zdolną do wykonania zamówienia - posiadającą stosowne uprawnienia wymagane przez zamawiającego w tym posiadającą dostęp do informacji niejawnych oznaczony klauzulą zastrzeżone (zgodnie z wymogami SIWZ winna posiadać poświadczenie bezpieczeństwa osobowego upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczoną klauzulą minimum zastrzeżone lub upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej oraz posiadać zaświadczenie o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych) nie można mu skutecznie czynić zarzutu, iż złożył odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego, a nie wystąpił do zamawiającego o podjęcie czynności wyjaśniających. Wbrew stanowisku skarżącego wykonawca w niniejszym przypadku korzystał z przysługujących mu uprawnień w granicach prawa, dlatego za chybione należało uznać stanowisko skarżącego, iż gdyby wykonawca domagał się wyjaśnienia w innym niż odwołanie „trybie” inne byłoby orzeczenie KIO.

W tym miejscu szczególnego podkreślenia wymaga, iż zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w zakresie zarzutu odwołującego dotyczącego wiedzy i doświadczenia wniósł o uznanie go za całkowicie bezzasadny i dlatego domagał się jego oddalenia, natomiast uznał zasadność zarzutu odwołującego dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. KIO po przeprowadzeniu postępowania podzieliła stanowisko zamawiającego czemu dała wyraz w wydanym w sprawie wyroku.

Wprawdzie faktycznie KIO w uzasadnieniu wydanego w sprawie wyroku nie wskazała na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, to jednak należało zwrócić uwagę, iż dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, bez zwrócenia uwagi na zbieżność dat dotyczących osoby wskazanej przez wykonawcę wybranego przez zamawiającego jako sprawdzającego w specjalności telekomunikacyjnej oraz kierownika robót w specjalności telekomunikacyjnej p. Zdzisława Wojciechowskiego, co do której wskazano w wykazie, że posiada poświadczenia bezpieczeństwa osobowego nr 177/VIII/2008 wystawione w dniu 21.11.2008r. przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego oraz przeszkolenie z dnia 21.11.2008r. przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego należało ocenić jako brak należytej staranności, do dochowania której zamawiający jak każdy przedsiębiorca jest zobligowany w oparciu o przepis art. 355 kc., który ma zastosowanie w sprawie w oparciu o przepis art. 14 ustawy Pzp,

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 4 Pzp zamawiający mogą zwracać się o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów lub oświadczeń. Prawo do uzyskania wyjaśnień nie oznacza uprawnienia do domagania się jakichkolwiek dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku lub prawdziwość oświadczenia. W szczególności zamawiający, który wobec któregoś z wykonawców powziął wątpliwości co do rzetelności oświadczeń, nie może - jeśli nie zażądał tego, wszczynając postępowanie - zwrócić się o przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie kwestionowanego warunku. Należy przy tym uznać, że inaczej niż w przypadku uzupełniania dokumentów, proces wyjaśniania może przybrać formę więcej niż jednego zapytania - skoro bowiem po przedłożeniu wyjaśnień zamawiający ma nadal wątpliwości lub pojawiły się kolejne zagadnienia wymagające wyjaśnienia, to nadal zachodzi okoliczność uprawniająca do wystąpienia o wyjaśnienie treści tych dokumentów. Zatem wbrew wywodom zamawiającego w sytuacji gdyby zauważył wskazaną przez wykonawcę - przeciwnika skargi zbieżność dat mógł wystąpić do wykonawcy Mariana Krotla o wyjaśnienie tej kwestii. Okoliczność ta jest istotna, bowiem jak to wynika z wyjaśnień wykonawcy udzielonych w piśmie z dnia 31.03.2014r. stanowiącym odpowiedź na zapytanie zamawiającego sformułowane w wyniku wykonania wyroku KIO wskazana zbieżność dat wystawienia poświadczenia i oraz terminu szkolenia wynikała z omyłkowego automatycznego skopiowania z pozycji wyższej tej samej kolumny.

W przedmiotowym przypadku mając na uwadze zakres zarzutów zawartych w odwołaniu oraz stanowisko prezentowane przez zamawiającego KIO nie mogła wydać orzeczenia w postaci umorzenia postępowania wywołanego wniesieniem odwołania poza rozprawą, ale zobligowana była do przeprowadzenia postępowania i wydania wyroku, co do całości.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że o ile ustawa Prawo zamówień publicznych

odwołuje się do Kodeksu postępowania cywilnego (art. 185 ust. 7 ustawy) to przepisy te mają zastosowanie do postępowania toczącego się przed KIO jedynie gdy ustawa Prawo zamówień publicznych nie stanowi inaczej. Oznacza to, że przepisy procedury cywilnej mogą być stosowane jedynie odpowiednio i tylko w zakresie obejmującym przepisy o Sądzie polubownym. Przy czym ustawa Prawo zamówień publicznych odmiennie od tych przyjętych w Kodeksie postępowania cywilnego o Sądzie polubownym reguluje kwestie kosztów postępowania odwoławczego. Uczestnicy tego postępowania nie mają możliwości wyboru ale pozostają związani uregulowaniem ustawy, która nie przewiduje stosowania zasady słuszności (art. 102 kpc.) w tej kwestii.

Jak to już wyjaśniono Ustawa prawo zamówień publicznych w art. 186 zawiera autonomiczną regulację dotyczącą rozstrzygnięcia o kosztach postępowania modyfikującą wyrażoną w art. 192 ust. 10 ustawy zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania.

Zgodnie z przywołanym art. 186 ust.:

1. zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź na odwołanie wnosi się na piśmie lub ustnie do protokołu,
2. w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu,
3. jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieś sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.
4. jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieś sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba rozpoznaje odwołanie.
5. sprzeciw wnosi się na piśmie lub ustnie do protokołu.
6. koszty postępowania odwoławczego:
 - 1) w okolicznościach, o których mowa w ust. 2 znosi się wzajemnie;
 - 2) w okolicznościach, o których mowa w ust. 3:
 - a. ponosi zamawiający, jeżeli uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu po otwarciu rozprawy,
 - b. znosi się wzajemnie, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy;
 - 3) w okolicznościach, o których mowa w ust. 4, ponosi:
 - a. odwołujący, jeżeli odwołanie zostało oddalone przez Izbę,
 - b. wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę.

Przywołaną regulację ustawową zawartą w art. 186 ust. 6 pkt 1 i 2 lit. b rozwija odpowiednio w §5 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 lit. a Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.201 Or. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, które stanowią, iż w opisanych sytuacjach skład orzekający KIO orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu kwoty uiszczanej tytułem wpisu nie orzekając jednakże o zwrocie kosztów postępowania w postaci kosztów zastępstwa procesowego oraz kosztów dojazdu.

Zatem przywołane uregulowanie nakazuje wzajemne zniesienie kosztów postępowania jedynie w dwóch przypadkach ale zawsze w sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołującego przed otwarciem rozprawy.

Zgodnie ze stanowiskiem Jarosława Jerzykowskiego i Joanny Martyniuk autorów artykułu pt.

„Skutki uznania odwołania w zakresie kosztów postępowania odwoławczego” opublikowanego w miesięczniku Zamówienia publiczne (sierpień 2013r.) - art. 186 ust. 2 Pzp nie przewiduje częściowego uwzględnienia odwołania. Potwierdza to również orzecznictwo KIO. W wyroku z 10.07.2012r. Izba stwierdziła, iż „przepisy Pzp nie przewidują instytucji uwzględnienia odwołania w części, co skutkowałoby możliwością częściowego umorzenia postępowania”. KIO w wyroku z 21.10.201 Or. sygn. akt KIO/UZP 2215/10 przyjęło, iż „w przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego Izba nie jest takim uwzględnieniem związana i jest zobligowana rozpoznać podniesione przez odwołującego zarzuty merytorycznie, a uznanie zamawiającego w takim przypadku może jedynie potraktować jako przyznanie zasadności twierdzeniom odwołującego”. Zwrócili również uwagę przywołani autorzy, że w niektórych orzeczeniach KIO uznają za bezprzedmiotowe tych zarzutów zawartych w odwołaniu, które zostały uwzględnione przez zamawiającego i dotyczą czynności, które przed otwarciem rozprawy odwoławczej zostały wykonane zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (wyrok KIO z 22.11.2012r. sygn. akt KIO 2438/12). Wprawdzie w przedmiotowym przypadku zamawiający w odpowiedzi wniesionej przed otwarciem rozprawy uznał jeden z zarzutów odwołującego dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a zatem uczynił to przed otwarciem rozprawy to jednak uznanie to nie obejmowało całości zarzutów, a uznane czynności nie zostały wykonane zgodnie z żądaniem odwołującego przed otwarciem rozprawy.

Zamawiający jak to już wyjaśniono wyżej dopiero po wydaniu spornego wyroku przez KIO wykonując jego zapisy zwrócił się do wykonawcy Mariana Krotla o złożenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie wykazu osób.

Zatem jeśli KIO uzna zasadność chociażby jednego z zarzutów odwołania zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy prawo zamówień publicznych i przywołanego rozporządzenia, zamawiający poniesie koszty postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, zawarte w wyroku KIO wydanym w przedmiotowej sprawie orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego należało uznać za prawidłowe i oparte na treści obowiązujących przepisów.

Reasumując, skarga zamawiającego nie mogła skutkować zmianą prawidłowego orzeczenia KIO i dlatego jako niezasadna podlegała oddaleniu.

Na marginesie poczynionych powyżej ustaleń i wywodów należało wskazać, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nie celowe było prowadzenie postępowania celem ustalenia wartości przedmiotu sporu, bowiem kwestia ta pozostawała bez wpływu na postępowanie ani też orzeczenie łącznie z kosztami tego postępowania.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na mocy przepisu art. 198f ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.