

POSTANOWIENIE

Dnia 24 sierpnia 2012 roku

Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący SSO Krzysztof Górski (spr.)
SO Tomasz Żelazowski
SR del. Robert Bury
Sędziowie: aplikant radcowski Marika Swat

Protokolant: po rozpoznaniu w dniu 24 sierpnia 2012 roku w Szczecinie
na rozprawie

rozpoznał połączone do wspólnego rozpoznania sprawy:

ze skargi Przedsiębiorstwa Wodociągowo-Kanalizacyjnego "Płonia" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Barlinku

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 120/12, KIO 143/12 w zakresie punktu 2.2 dotyczącego kosztów postępowania odwoławczego,

oraz skargi Przedsiębiorstwa Wodociągowo-Kanalizacyjnego "Płonia" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Barlinku

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 120/12, KIO 143/12 w zakresie punktu 2.3 dotyczącego kosztów postępowania odwoławczego

przy udziale przeciwników skargi:

- CTE CARBOTECH ENGINEERING spółki akcyjnej w Szczecinie,
- DORBUD spółka akcyjna w Kielcach,
- Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego INFRA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorzowie Wielkopolskim,
- Przedsiębiorstwa Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bogatyni,
- Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS spółki akcyjnej z siedzibą we Wrocławiu

1. zmienia orzeczenie o kosztach postępowania zawarte w punkcie 2.2

zaskarżonego wyroku w ten sposób, że kwotę 24.029 (dwadzieścia cztery tysiące dwadzieścia dziewięć) złotych zasądza na rzecz Przedsiębiorstwa Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bogatyni i Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS spółki akcyjnej z siedzibą we Wrocławiu od CTE CARBOTECH ENGINEERING spółki akcyjnej w Szczecinie, DORBUD spółki akcyjnej w Kielcach i Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego INFRA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorzowie Wielkopolskim,

2. zmienia orzeczenie o kosztach postępowania zawarte w punkcie 2.3 zaskarżonego wyroku w ten sposób, że kwotę 23.600 (dwadzieścia trzy tysiące sześćset) złotych zasądza na rzecz CTE CARBOTECH ENGINEERING spółki akcyjnej w Szczecinie, od DORBUD spółki akcyjnej w Kielcach i Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego INFRA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorzowie Wielkopolskim,

3. zasądza na rzecz skarżącego od przeciwników skargi kwotę 836,00 (osiemset trzydzieści sześć) złotych tytułem kosztów postępowania w sprawie VIII GA 118/12,

4. zasądza na rzecz skarżącego od przeciwników skargi kwotę 841,00 (osiemset czterdzieści jeden) złotych tytułem kosztów postępowania w sprawie VIII GA 119/12.

SSO Tomasz Żelazowski

SSO Krzysztof Górski

SSR del. Robert Bury

Na oryginale leciwe podpisy

Sygn. akt VIII Ga 118/12

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 3 lutego 2012 roku wydanym w sprawie o sygnaturze KIO 120/12, KIO 143/12 Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła odwołania wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bogatyni i Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” Spółki Akcyjnej we Wrocławiu oraz przez CTE CARBOTECH ENGINEERING Spółkę Akcyjną w Szczecinie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: Przedsiębiorstwo Wodociągowo - Kanalizacyjne „Płonia” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Barlinku, przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Dorbud” Spółki Akcyjnej w Kielcach i Przedsiębiorstwa Inżynieryjno Budowlanego „INFRA” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorzowie Wielkopolskim, jak również CTE CARBOTECH ENGINEERING Spółki Akcyjnej w Szczecinie.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołania i rozstrzygnęła o kosztach w ten sposób, że obciążyła nimi Przedsiębiorstwo Wodociągowo-Kanalizacyjne „Płonia” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Barlinku i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40.000 zł uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bogatyni, Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu i przez CTE CARBOTECH ENGINEERING Spółkę Akcyjną z siedzibą w Szczecinie — tytułem wpisów od odwołań (punkt 2.1), zasądziła od Przedsiębiorstwa Wodociągowo-Kanalizacyjnego „Płonia” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Barlinku na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bogatyni, Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” Spółki Akcyjnej z siedzibą we Wrocławiu kwotę 24.029 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty noclegu w związku z wyznaczonym posiedzeniem Izby (punkt 2.2) jak również zasądziła od Przedsiębiorstwa Wodociągowo-Kanalizacyjnego „Płonia” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Barlinku na rzecz CTE CARBOTECH ENGINEERING Spółki Akcyjnej z siedzibą w Szczecinie kwotę 23.600 zł - stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

W treści uzasadnienia KIO wskazała, że zamawiający bezpośrednio przed otwarciem posiedzenia wniósł do Izby w każdej ze spraw oświadczenie, iż uwzględni zarzuty odwołania na zasadzie art. 186 ust 2 u.p.z.p. Na posiedzeniu zarówno Przystępujący - Konsorcjum Dorbud jak i Przystępujący - Carbotech wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, co uniemożliwiło umorzenie postępowania odwoławczego w którejkolwiek ze spraw.

Izba zauważyła jednak, że stanowisko zajęte przez zamawiającego na rozprawie prowadzi do jednoznacznego wniosku, że zamawiający, rzekomo chcąc naświetlić jak przebiegało badanie i ocena ofert, w istocie kwestionuje zasadność wszystkich zarzutów podniesionych w obydwu odwołaniach. W tych okolicznościach Izba uznała, że zamawiający pomimo formalnie złożonych uprzednio oświadczeń o uznaniu w całości zarzutów odwołań, w toku rozprawy merytorycznie wdał się w spór z odwołującymi, dążąc do uzyskania orzeczenia oddalającego w całości obydwa odwołania.

Izba wskazała, że zamawiający staje się uczestnikiem postępowania występującym po stronie odwołującego, zatem popierając choćby milcząco, zasadność zarzutów odwołania - nie może jednocześnie zajmować stanowiska merytorycznie sprzecznego ze swoim oświadczeniem o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

Izba uznała zatem, że przez swoje zachowanie na rozprawie zamawiający wyraził wolę występowania przeciwko zarzutom odwołania, a zatem unicestwił w ten sposób ostatni skutek uznania w całości zarzutów odwołań (wniesienie sprzeciwów unicestwiło podstawowy skutek w postaci możliwości umorzenia postępowania na posiedzeniu) w postaci możliwości nieponoszenia kosztów postępowania odwoławczego

Uzasadniając w tym kontekście rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów postępowania izba wskazała, że orzekła o kosztach postępowania stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z przepisami § 6 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 oraz w zw. z § 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania - obciążając Zamawiającego w obydwu sprawach tymi kosztami, na które złożyły się: uiszczone przez odwołujących wpisy oraz ich uzasadnione koszty w postaci wynagrodzeń pełnomocników w kwocie po 3600 zł, a także w przypadku odwołującego Konsorcjum EGBUD koszty noclegu

dwóch osób w wysokości 429 zł. Z uwagi na zmianę przez zamawiającego na rozprawie stanowiska w stosunku do złożonych przed posiedzeniem oświadczeń o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołań, Izba uznała, że nie znajduje zastosowania regulacja wynikająca z przepisu art. 186 ust 6 pkt 3 lit b ustawy p.z.p., przewidująca obciążenie kosztami postępowania wnoszących sprzeciw.

Od rozstrzygnięć zawartych w punktach 2.2 i 2.3. powyższego wyroku dotyczących rozstrzygnięcia o kosztach przeprowadzonych wspólnie postępowania odwoławczych wniosło Przedsiębiorstwo Wodociągowo - Kanalizacyjne „Płonia” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Barlinku, wniosło dwie odrębne skargi zarzucając w każdej z nich:

- naruszenie art. 186 ust 6 pkt 3 lit. b u.p.z.p. oraz § 5 ust 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania;
- naruszenie art. 192 ust 10 u.p.z.p. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na przyjęciu, iż w niniejszej sprawie będzie miał zastosowanie art. 186 ust 6 pkt 3 lit b u.p.z.p. oraz § 5 ust 2 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie kosztów.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili po stronie zamawiającego i wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Nadto skarżący wniósł o obciążenie przeciwnika skargi kosztami postępowaniami skargowego w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu skargi skarżący wskazał, że pismem procesowym z dnia 31 stycznia 2012 roku przed otwarciem posiedzenia przed KIO uznał odwołanie w trybie art. 186 ust 2 u.p.z.p. W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i w toku rozprawy przed KIO skarżący w dniu 31 stycznia 2012 roku, nigdy nie cofnął uznania odwołania. Co więcej w toku posiedzenia, odpowiadając na pytania przewodniczącego kilkakrotnie podkreślał, iż podtrzymuje swoją czynność uznania odwołania w trybie art. 186 ust 2 u.p.z.p., zaś wszelkie oświadczenia składane na rozprawie dotyczą jedynie okoliczności faktycznych w zakresie przebiegu oceny i badania ofert.

Skarżący podkreślił, że jego aktywność w toku rozprawy była determinowana pytaniami zadawanymi przez przewodniczącego, toteż niezrozumiałe jest stanowisko KIO, że w toku rozprawy zamawiający wdał się w spór merytoryczny z odwołującymi.

Przytaczając treść przepisu art. 186 ust. 6 pkt 3) lit. b u.p.z.p. skarżący wskazał, że z postanowień art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b u.p.z.p. (w związku z art. 186 ust. 4 ustawy) wynika jednoznacznie, iż w przypadku gdy uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a odwołanie zostanie uwzględnione, to ponosi on koszty postępowania odwoławczego.

Zaznaczył, że termin „może” nie daje KIO uprawnienia do oceny zasadności uznania odwołania w całości, a jedynie rozstrzyga o sposobie umorzenia. Brak możliwości merytorycznej oceny zasadności uznania odwołania potwierdzona została w orzeczeniu KIO.

Podstawą wydania wadliwego rozstrzygnięcia KIO w zakresie kosztów postępowania było niczym nieuprawnione uznanie przez Izbę, iż zamawiający unicestwił (...) skutek uznania w całości zarzutów odwołań”. Taki sposób oceny czynności procesowych Skarżącej nie znajduje jakiegokolwiek oparcia w teorii wykładni oświadczeń w'oli. Konkludentność czynności procesowej występuje wtedy, gdy nie było czynności ekspresywnej. Konkludentna czynność nie może budzić wątpliwości i musi uzewnętrzniać wolę uczestnika postępowania. Nie może ona zostać pozostawiona swobodnemu uznaniu organu orzekającego.

Nadto skarżący zaznaczył, że w toku rozprawy przez KIO wyraźnie i kilkakrotnie podkreślał, że podtrzymuje wyrażone uprzednio stanowisko zawarte w piśmie procesowym z dnia 31 stycznia 2012 r., a jedynie w celu rzetelnego przedstawienia okoliczności będących

przedmiotem postępowania wskazuje na motywy swego działania, leżące u podstaw dokonanej oceny ofert. KIO w sposób nieuprawniony i niezgodny z wolą skarżącego dokonała oceny jego zachowań w toku posiedzenia i rozprawy w dniu 31 stycznia 2012 r. Co więcej, część z wypowiedzi Skarżącego, z których KIO wywiodła skutek unicestwienia uznania w całości zarzutów odwołania, stanowiła odpowiedzi na pytania przewodniczącego składu orzekającego, a o za tym idzie, przez niego była inicjowana. KIO samorzutnie uznała, że Skarżący, pomimo złożenia pisma procesowego z uznaniem zarzutów odwołania w trybie art. 186 ust. 2 PZP w piśmie z dnia 31 stycznia 2012 r. oraz w ielokrotnego podtrzymywania stanowiska wyrażonego w tym piśmie, de facto nie chciał jednak uznać zarzutów, zabrał bowiem głos w toku posiedzenia i odpowiedział na pytanie przewodniczącego, zdając relacje z podejmowanych czynności i przyczyn dla których w toku oceny ofert podjął takie a nie inne stanowisko.

Reasumując skarżący stwierdził, że w przedmiotowej sprawie doszło do wadliwej i nieuprawnionej interpretacji jego wypowiedzi, co bezpośrednio doprowadziło do naruszenia przepisów, które legły u podstaw niniejszej skargi. Określone w art. 60 Kodeksu cywilnego i ustalone w nauce reguły wykładni oświadczeń woli odnoszą się zarówno do ustalenia treści złożonych oświadczeń woli, jak i do stwierdzenia, czy określone zachowania stron mogą być uważane za oświadczenia woli, z którymi ustawa łączy skutki konkretnej czynności prawnej. Wola skarżącego była dostatecznie precyzyjnie ujawniona: uznał wszystkie zarzuty zawarte odwołaniu. Każda z pozostałych wypowiedzi nosiła cechy sprawozdania z podjętych w toku oceny ofert czynności, które w związku z wniesieniem sprzeciwu zostały poddane ocenie Krajowej Izby Odwoławczej.

W odpowiedzi na skargi przeciwnicy skargi wniesli o ich oddalenie oraz o zasądzenie od skarżącej na ich rzecz kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odpowiedzi wskazano, że zarówno przeciwnik skargi jak i KIO uznali oświadczenia składane przez skarżącego za polemikę oraz cofnięcie uznania odwołania.

Postanowieniem z dnia 24 sierpnia 2012 roku wydanym na rozprawie, Sąd Okręgowy w Szczecinie połączył do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawę prowadzoną pod sygnaturą akt VIII Ga 118/12 i VIII Ga 119/12.

Sąd Okręgowy rozpoznając sprawę w granicach skarg zważył, co następuje:

Skargi w obu połączonych sprawach okazały się uzasadnione dokładnie z tych samych powodów. Wywód prawny zostanie zatem przedstawiony wspólnie dla rozstrzygnięć w obu sprawach.

Obie skargi opierają się o zarzut błędnej wykładni i zastosowania normy art. 186 i art. 192 ust. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity - Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 - dalej cytowanej jako PZP). Istotą rozstrzygnięcia niniejszej sprawy w świetle wywodów skarżącego było zatem dokonanie oceny sytuacji procesowej powstałej w wyniku złożenia przez zamawiającego oświadczenia, o którym mowa w art. 186 ust. 2 PZP oraz następnie sprzeciwu przez uczestnika postępowania w płaszczyźnie stosowania normy art. 192 pkt. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 PZP.

Z wyводу uzasadnienia zaskarżonego rozstrzygnięcia wynika, że zdaniem KIO stanowisko skarżącego w trakcie rozprawy potraktowane być powinno jako zmiana stanowiska procesowego skutkująca „unicestwieniem skutku uznania w całości zarzutów odwołania”. Zdaniem Izby takie stanowisko skarżącego spowodowało, że orzekając o kosztach Izba miała obowiązek zastosowania art. 192 ust. 10 PZP i nie było podstaw do oparcia rozstrzygnięcia w tym zakresie o treść art. 186 ust. 6 PZP.

W świetle regulacji PZP dotyczącej ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego zasadą jest, że strony ponoszą koszty stosownie do wyniku sprawy (art. 192 ust. 10 PZP).

Wyjątek od tej sytuacji ustawa przewidywa w art. 186 PZP. Przypomnieć należy, że zgodnie z przepisem art. 186 ust 2 PZP zamawiający może złożyć oświadczenie uwzględniające w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. W takiej sytuacji dochodzi do umorzenia postępowania (a zatem istota odwołania nie jest rozpatrywana przez KIO, która kończy postępowanie orzeczeniem o charakterze formalnym). W takiej sytuacji procesowej, jeśli zamawiający złoży (jak to miało miejsce w niniejszej sprawie) oświadczenie przed otwarciem rozprawy koszty postępowania znoszą się wzajemnie (art. 186 ust 6 pkt. 1 i pkt. 2) a) i nie znajduje zastosowania (zostaje wyłączona) reguła odpowiedzialności za wynik postępowania (art. 192 ust. 10 PZP).

W sytuacji jednak, gdy po stronie zamawiającego zgłosi się inny wykonawca, ma on prawo złożenia sprzeciwu do oświadczenia zamawiającego (art. 186 ust 4 PZP). To oświadczenie wykonawcy skutkuje koniecznością merytorycznego rozpoznania odwoływania przez KIO mimo odmiennej woli zamawiającego.

Prawo wniesienia sprzeciwu ma służyć niewątpliwie zabezpieczeniu interesów wykonawców kontestujących odwołanie i być instrumentem zapobiegającym nadużywaniu przez zamawiającego uprawnienia do uwzględnienia w całości odwołania na podstawie art. 186 ust 2 PZP.

Sprzeciw powoduje jednak dalsze konsekwencje procesowe. W takiej sytuacji następuje bowiem z mocy art. 186 ust 6 pkt.3 lit b) modyfikacja ustawowych zasad odpowiedzialności za koszty postępowania. Przepis ten stanowi, że w przypadku, gdy wniesiono sprzeciw a w wyniku rozprawy odwołanie następnie zostało uwzględnione, koszty postępowania ponosi podmiot wnoszący sprzeciw (a nie wykonawca).

Z regulacji art. 186 PZP wynikają następujące wnioski. Po pierwsze zamawiający posiada uprawnienie do złożenia oświadczenia o uwzględnieniu odwołania. Oświadczenie to jest czynnością procesową - zmierza do wywołania określonych skutków w sferze procesowej

- prawnej (doprowadzenie do umorzenia postępowania bez merytorycznego rozpoznania odwołania). Jednocześnie oświadczenie to wywiera skutki w sferze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (po umorzeniu postępowania przez KIO zamawiający ma obowiązek dokonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu).

Oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu ma, w świetle ustawy, zastąpić merytoryczne rozpoznanie odwołania (wywołać skutek, taki jaki wywołałoby orzeczenie KIO uwzględniające odwołanie) i jednocześnie wyeliminować konieczność przeprowadzania merytorycznej oceny odwołania.

W sferze procesowo-prawnej oświadczenie to należy lokować jako czynność dyspozytywną, zbliżoną do uznania powództwa czy też cofnięcia pozwu jako instytucji procedury cywilnej. Złożenie takiego oświadczenia należy więc do dyskrecjonalnej kompetencji zamawiającego. Ustawa nie przewiduje uprawnienia KIO do merytorycznej kontroli zasadności tego oświadczenia i uznania za bezskuteczne.

Przyjąć więc należy, że złożenie oświadczenia zasadniczo wiąże zarówno zamawiającego jak i Izbę a także wykonawcę wnoszącego odwołanie i wykonawców, którzy przystąpili do postępowania po jego stronie. Kompetencję do podważenia skutków procesowych

- prawnych tego oświadczenia i żądania merytorycznego rozpoznania odwołań posiadają wyłącznie wykonawcy uprawnieni do zgłoszenia sprzeciwu na podstawie art. 186 ust 4 PZP.

Innymi słowy w świetle art. 186 ust 2 PZP, po złożeniu oświadczenia organ ma obowiązek umorzenia postępowania i nie może (przy braku aktywności procesowej) wykonawców przystępujących do postępowania po stronie zamawiającego) podjąć decyzji o przystąpieniu do merytorycznego badania odwołania.

Oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów determinuje też treść orzeczenia o kosztach postępowania nie pozostawiając organowi orzekającemu, swobody w zakresie kształtowania sytuacji prawnej zamawiającego w tym zakresie.

Sprzeciw o którym mowa w art. 186 ust. 4 PZP także należy traktować jako czynność o charakterze procesowo - prawnym, wyrażającą wolę wywołania określonego skutku prawnego (doprowadzenia do merytorycznego rozpoznania sprawy mimo odmiennej

stanowiska procesowego zamawiającego).

Jednocześnie z oświadczeniem wykonawcy zgłaszającego sprzeciw ustawa wiąże dalszy skutek, w postaci przyjęcia przez składającego sprzeciw ryzyka poniesienia kosztów postępowania w przypadku uwzględnienia odwołania przez KIO. Zatem wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego ma prawo do doprowadzenia do merytorycznego rozpoznania sprawy mimo odmiennego stanowiska podmiotu, po stronie którego przystąpił do postępowania, jednakże wyrażenie takiej woli wiąże się z tym, że w przypadku uwzględnienia przez KIO argumentów wnoszącego odwołanie, to wykonawca zgłaszający sprzeciw (a nie zamawiający) będzie zobowiązany do poniesienia kosztów postępowania.

Ustawa nie przewiduje możliwości odstąpienia od stosowania normy art. 186 ust. 6 pkt. 3) lit b) PZP ze względu na późniejsze stanowisko merytoryczne co do argumentacji odwołania, prezentowane przez zamawiającego już w toku rozprawy (przeprowadzonej wyłącznie w następstwie wniesienia sprzeciwu na podstawie art. 186 ust 4 PZP). Zatem nawet jeśli zamawiający będzie prezentował w toku rozprawy oceny prawne odmienne od przedstawianych przez odwołującego, nie można w świetle przepisów ustawy przyjąć, by stanowisko jego (w świetle art. 186 PZP) miało wpływ na treść rozstrzygnięcia o kosztach postępowania przed KIO.

Pamiętać bowiem należy o tym, że niezależnie od stanowiska prezentowanego na rozprawie przez zamawiającego jest ona przeprowadzana wyłącznie z inicjatywy wnoszącego sprzeciw (wbrew woli zamawiającego (i z woli ustawodawcy to wnoszący sprzeciw ponosić ma koszty w przypadku uwzględnienia odwołania).

Jednocześnie też przepisy PZP nie przewidują wprost możliwości kształtowania orzeczenia o kosztach postępowania w oparciu o względy słusznościowe (jak to np. dopuszcza procedura cywilna w art. 102 k.p.c.).

Zatem sama polemika merytoryczna z poszczególnymi argumentami odwołującego nie może być argumentem dla wyłączenia obowiązku ponoszenia kosztów przez podmiot, którego wolą było zniweczenie skutków samodzielnego uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego.

Z drugiej strony, z przepisów PZP nie wynika, by złożenie oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania powodowało, że zamawiający (jak zdaje się to sugerować treść uzasadnienia wyroku KIO w niniejszej sprawie) miał obowiązek prezentowania w toku rozprawy wyłącznie argumentacji merytorycznej, akceptującej każdy argument odwołującego). Złożenie oświadczenia uwzględniającego zarzuty odwołania na podstawie art. 186 ust 2 PZP wyraża wolę ponowienia czynności kwestionowanych w odwołaniu. Znaczenie takiego oświadczenia należy więc rozpatrywać raczej jako przyjęcie za uzasadniony poglądu skarżącego co do wadliwości i konieczności powtórzenia kwestionowanych w odwołaniu czynności postępowania przetargowego.

Nie musi to jednak automatycznie oznaczać, że zamawiający akceptuje w całości i bezkrytycznie argumentację przedstawianą przez odwołującego, zaś każde wyrażenie poglądu odmiennego świadczy o cofnięciu oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów.

Rozważanie odstąpienia od stosowania normy art. 186 ust 6 PZP uzasadniać mogłoby ewentualnie oświadczenie zamawiającego o cofnięciu oświadczenia uwzględniającego zarzuty już po złożeniu oświadczenia o sprzeciwie.

W sprawie niniejszej jednakże brak jest podstaw do uznania, że zamawiający w którymkolwiek momencie rozprawy takie oświadczenie (choćby konkludentnie) złożył. Protokół rozprawy bowiem zawiera wyrażane kilkakrotnie *expressis verbis* oświadczenia pełnomocnika zamawiającego, złożone także bezpośrednio przed zamknięciem rozprawy deklarujące wolę podtrzymania złożonych w obu rozpoznawanych wspólnie sprawach przed rozprawą oświadczeń o uwzględnieniu w całości zarzutów'.

Udzielanie przez pełnomocnika zamawiającego na pytania Przewodniczącego składu Izby wyjaśnień podważających stanowiska wnoszących odwołanie winno być traktowane jako składanie oświadczeń wiedzy. Kategorię czynności procesowo - prawnych stanowiących oświadczenia wiedzy odróżnia się w nauce prawa od czynności procesowych zawierających w sobie oświadczenie woli w związku z tym nie można twierdzić, by prezentowanie jakiegokolwiek argumentu merytorycznego czy też polemika w' stosunku do argumentacji odwołań, mogło świadczyć o woli cofnięcia oświadczenia o uwzględnieniu odwołania.

Przy ocenie materiału procesowego w niniejszej sprawie i dokonywanej na jej tle wykładni art. 186 PZP uwzględnić należy nadto wnioski dotyczące paradygmatu rzetelnego zachowania w procesie wymaganego zwłaszcza od zawodowych pełnomocników procesowych.

Oczekując udzielania odpowiedzi na pytania organu orzekającego zgodnych z najlepszą wiedzą i przekonaniem pełnomocnika procesowego, nie można jednocześnie sankcjonować wyjaśnień odpowiadających tymże wymaganiom, taką wykładnią przepisu art. 186 PZP i art. 192 PZP, która prezentowana jest przez KIO w niniejszej sprawie.

Organ nie może obowiązku składania wyjaśnień rzetelnych sankcjonować możliwością uznania, że odpowiedź określonej treści będzie poczytana za zmianę stanowiska procesowego strony i skutkować będzie obciążeniem zamawiającego kosztami postępowania mimo podtrzymywanej woli uwzględnienia w całości odwołania.

Skoro więc w sprawie kilkakrotnie i niezmiennie pełnomocnik zamawiającego w trakcie rozprawy wyrażał stanowisko podtrzymujące wolę uwzględnienia odwołań w całości, to tylko na podstawie jego odpowiedzi na pytania przewodniczącego (a więc oświadczeń nie wyrażających woli wywołania skutków procesowo-prawnych w zakresie cofnięcia oświadczenia o uwzględnieniu odwołań) nie można zasadnie wywodzić, że w istocie (wbrew wyraźnym oświadczeniom pełnomocnika) zamawiający zmierzał do wycofania (zniweczenia skutków prawnych) swoich oświadczeń o uwzględnieniu odwołań w całości.

Zatem nawet stwierdzenie, że zamawiający mimo deklaracji o uwzględnieniu odwołań, zamiast merytorycznie popierać w całości odwołania, w toku rozprawy przedstawiał oświadczenia zbieżne ze stanowiskiem wykonawców którzy zgłosili sprzeciw, nie upoważnia do przyjęcia, że zamawiający w istocie wyraża wolę cofnięcia oświadczenia o uwzględnieniu odwołania i zniweczenia skutków procesowych tego oświadczenia (również w płaszczyźnie normy art. 186 ust 6 PZP). Zajęcie takiego stanowiska jednak nie pozwala na uznanie, iż zamawiający w istocie wyrażał wolę cofnięcia swojego oświadczenia o uwzględnieniu i rozprawa toczyła się nie w następstwie zastosowania normy art. 186 ust. 4 PZP (a więc wyłącznie z woli wykonawców którzy zgłaszali sprzeciw).

Z tych przyczyn uznać, iż rozstrzygnięcie o kosztach w odniesieniu do obu rozpoznanych wspólnie skarg winno zapaść przy zastosowaniu normy art. 186 ust 6 pkt. 3) lit. b) PZP, na podstawie art. 198f §ust 2 zaskarżone orzeczenie należało zmienić.

W myśl art. 198f ust 2 zdanie drugie PZP w przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie.

W efekcie w punkcie 2.2 zmieniono orzeczenie w ten sposób, że kosztami zamawiającego obciążono oba podmioty wnoszące sprzeciw przeciwko uwzględnieniu odwołania wykonawców EGBUD i WROBIS.

Odpowiednio w punkcie 2.3. kosztami poniesionymi przez odwołującego Carbotech obciążono wykonawcę, który wniósł sprzeciw przeciwko uwzględnieniu w całości przez zamawiającego.

Wobec faktu, że przedmiotem rozpoznania były dwie odrębne skargi połączone na podstawie art. 219 k.p.c. w zw. z art. 198a ust 2 PZP i art. 391 §1 k.p.c., odrębnie (w odrębnych punktach postanowienia) zawarto orzeczenia o poszczególnych skargach.

O kosztach (także odrębnie w odniesieniu do obu skarg) orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 198f ust 5 PZP. Na zasądzone na rzecz skarżącego koszty w każdej ze spraw składa się opłata od skargi oraz wynagrodzenie pełnomocnika procesowego

Przyjmując, zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2012 (III CZP 23/12), że skarga od orzeczenia KIO dotycząca wyłącznie kosztów postępowania podlega w zakresie kosztów takiemu samemu reżimowi jak zażalenie, wysokość opłat ustalono jako 1/5 część opłaty stosunkowej liczonej od wartości przedmiotu zaskarżenia (nie zaś od wartości przedmiotu zamówienia). Stąd też w sprawie VIIIGa 118/12 wartość opłaty ustalono na kwotę 236 zł (jako 1/5 opłaty stosunkowej obliczonej od wartości przedmiotu

zaskarżenia podanego przez skarżącego na kwotę 23.600 zł).

W sprawie VIII Ga 119/12 stosując analogiczną metodologię opłatę ustalono na kwotę 241 zł.

W obu sprawach wysokość należnego wynagrodzenia pełnomocnika procesowego ustalono na kwoty po 600 zł. W tym zakresie zastosowano tożsamą argumentację, która doprowadziła do uznania, iż koszty sądowe winny być w przypadku zaskarżenia wyłącznie orzeczenia o kosztach postępowania odwoławczego ustalane według reguł dotyczących zażalenia. Konsekwencją tego musi być w ocenie Sądu w niniejszym składzie uznanie, iż także koszty procesu (w tym koszty zastępstwa procesowego) inny być ustalane według tych samych reguł. Stąd też koszty te ustalono jako równowartość 1A stawki minimalnej adekwatnej do wartości przedmiotu zaskarżenia stosownie do treści §2 ust 1 w zw. z §12 ust 2 pkt. 1 i z §6 pkt. 5) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163 poz. 1349 ze zm.).

Z uwagi na to, że w sprawie przedmiotem zaskarżenia objęto wyłącznie rozstrzygnięcie o kosztach postępowania, zaś wśród wniosków procesowych zawartych w obu skargach, determinujących ich granice (a więc także zakres kompetencji Sądu do rozpoznania niniejszej sprawy i modyfikacji orzeczenia KIO) nie wnoszono o zmianę rozstrzygnięcia Izby co do kosztów należnych zamawiającemu, Sąd nie znalazł podstaw do tego, w orzeczeniu o kosztach niniejszego postępowania uwzględniać także koszty zamawiającego poniesione w postępowaniu odwoławczym.

Norma art. 198f ust 5 zdanie drugie PZP w skazującą na zakres orzeczenia o kosztach wydawanego przez Sąd po rozpoznaniu skargi (jako obejmującego zarówno koszty poniesione w postępowaniu odwoławczym jak i w postępowaniu ze skargi) w ocenie Sądu znajduje zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy przedmiotem skargi jest rozstrzygnięcie przez Izbę istoty odwołań zaś rozstrzygnięcie o kosztach ma wyłącznie charakter akcesoryjny

w stosunku do orzeczenia merytorycznego. Jeśli zaś skarżący kwestionuje wyłącznie orzeczenie o kosztach postępowania (zatem orzekając o zasadności skargi Sąd w granicach zaskarżenia rozstrzyga wyłącznie o prawidłowości orzeczenia o kosztach postępowania przed KIO), sprzeczne z art. 378 §1 k.p.c. w zw. z art. 198a ust 2 PZP jako wychodzące poza granice skargi byłoby dodawanie do orzeczenia o kosztach postępowania ze skargi z urzędu również kosztów poniesionych przez skarżącego w postępowaniu przed KIO.