

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 stycznia 2019 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Alicja Dziekańska
Sędziowie:	SO Wiktor Piber SO Paweł Kieta (spr.)
Protokolant:	Sekr. Sąd. Arkadiusz Bogusz

po rozpoznaniu w dniu 10 stycznia 2019 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w W. oraz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

na skutek skarg:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: (...) z siedzibą w T. (C.), (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł.;
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: G. Ć. (...) T. A.S. w A. (T.), (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) spółki akcyjnej w Ł.;
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: (...) spółki akcyjnej w W., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 5 września 2018 r., sygn. akt (...), (...), (...)

1. odrzuca skargę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: G. Ć. (...) T. A.S. w A. (T.), (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) spółki akcyjnej w Ł.,
2. umarza postępowanie wywołane skargą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: (...) spółki akcyjnej w W., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W.,
3. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 1 ppkt 1), 2), 3), 4) i oddala odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: G. Ć. (...) T. A.S. w A. (T.), (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) spółki akcyjnej w Ł. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: (...) spółki akcyjnej w W., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W.,
4. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: G. Ć. (...) T. A.S. w A. (T.), (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) spółki akcyjnej w Ł. na rzecz oraz wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: (...) z siedzibą w T. (C.), (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. 62.500 zł (sześćdziesiąt dwa tysiące pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego, w tym 12.500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów zastępstwa prawnego,

5. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: (...) spółki akcyjnej w W., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: (...) z siedzibą w T. (C.), (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. 62.500 zł (sześćdziesiąt dwa tysiące pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego, w tym 12.500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów zastępstwa prawnego,

6. oddała wniosek Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w W. oraz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. o zwrot kosztów postępowania od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: (...) spółki akcyjnej w W., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W.,

7. nakazuje zwrócić ze Skarbu Państwa – kasy Sądu Okręgowego w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: (...) spółki akcyjnej w W., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W. 50.000 zł (pięćdziesiąt tysięcy złotych) tytułem połowy uiszczony opłaty sądowej od wniesionej skargi.

SSO Wiktor Piber SSO Alicja Dziekańska SSO Paweł Kieta

**Sygn. akt XXIII Ga 1811/18**

## UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w W. oraz (...) sp. z o.o. Oddział Zakład (...) w K. - prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej (...) (...) O. K.; węzeł M. - węzeł K. M. (bez węzła)”.

W dniu 5 lipca 2018 r. zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez konsorcjum firm: (...), (...) sp. z o.o. (C.).

Izba ustaliła, że w sprawie KIO (...) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum firm: G. I. (...) T. A.S., (...) S.A., (...) sp. z o.o. (T.) wnieśli odwołanie wobec zaniechania wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania. W sprawie KIO (...) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: (...) S.A., (...) sp. z o.o., z siedzibą lidera w W. wnieśli odwołanie wobec czynności oraz zaniechania wskazanych czynności przez zamawiającego. W sprawie KIO (...) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum firm: (...), (...) sp. z o.o. (C.) wnieśli odwołanie wobec dokonania niewłaściwej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum (...).

Wyrokiem z dnia 5 września 2018 r. (...) uwzględniła odwołania: pkt A (sygn. akt KIO (...)) oraz pkt B (sygn. akt KIO (...)) i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: (...), (...) sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W pozostałym zakresie oddaliła zarzuty zawarte w odwołaniach: pkt A i pkt B, oddaliła odwołanie: pkt C (sygn. akt KIO (...)), kosztami postępowania obciążyła: zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. (...), (...)-(...) W. (sygn. akt KIO (...)); zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. (...), (...)-(...) W. (sygn. akt KIO (...)); wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: (...), (...) Sp. z o.o., (...), R. R. /No. 2, T. (sygn. akt KIO (...)).

Izba w sprawie KIO (...) uznała, że instytucja self - cleaning, o której mowa w art. 24 ust. 8 Pzp została przeprowadzona przez konsorcjum (...) w taki sposób, że zamawiający nie mógł dojść do przekonania, że konsorcjum to, podlegające wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp, wykazało, że podjęło środki wystarczające do wykazania swojej rzetelności. Izba wskazała, że wykonawca potwierdził, że przedstawione zamawiającemu w

ofercie informacje w zakresie doświadczenia osoby proponowanej do pełnienia funkcji Kierownika Robót (...) budowy tunelu - p. M. S. - są nieprawdziwe. Wskazana osoba nie posiadała doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy na przedstawionej inwestycji. Zamawiający wskazał jednak, że przeprowadzenie przez wykonawcę procedury self cleaning uzasadniało odstąpienie przez niego od wykluczenia ww. wykonawcy. Izba uznała jednak, że konsorcjum (...) nie dokonało skutecznego samooczyszczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 8 Pzp. Wprowadzenie w błąd zamawiającego w zakresie okoliczności będących przedmiotem oceny w ramach kryterium oceny ofert jest okolicznością mogącą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego. W ocenie Izby nie sposób było przyjąć, iż konsorcjum (...) dopiero w dniu 15 czerwca 2018 r. powzięło wiedzę, że informacje dotyczące p. S. złożone w ofercie nie odpowiadają rzeczywistości, skoro procedura self-cleaning została wszczęta ok. 18 maja 2018 r.

Izba uznała, że konsorcjum (...) nie wykazało, że nie podlega wykluczeniu ze względu na przesłankę dotyczącą likwidacji lub upadłości, określoną w pkt 8.2 ppkt 1 SIWZ (IDW), o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp. Konsorcjum przedłożyło jedynie wyjaśnienie dotyczące złożonej Licencji Handlowej - jako dokumentu potwierdzającego rejestrację firmy i pozwolenie na prowadzenie działalności.

Izba nie znalazła również podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła odwołanie. W ocenie Izby należało bowiem uznać, że wybór oferty konsorcjum (...), jako najkorzystniejszej, pomimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a złożona przez niego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, został dokonany z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, tj. z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w prowadzonym postępowaniu.

W sprawie KIO (...) Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 Pzp w z art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp i w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty odwołującego w ramach kryterium pozacenowego - (...) w zakresie odnoszącym się do Kierownika Robót (...) budowy tunelu wbrew znaczeniu tego kryterium wynikającym z treści SIWZ oraz w konsekwencji przez przyznanie odwołującemu zbyt małej ilości punktów za osobę proponowaną do pełnienia ww. funkcji.

W pkt 19.1.2.2. ppkt 2) lit. a) SIWZ, zamawiający określił kryteria oceny ofert odnoszące się do podkryterium organizacyjnego - (...), określając w ppkt iii sposób punktowania w zakresie Kierownika Robót (...) budowy tunelu: „Kierownika Robót (...) budowy tunelu”.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że wbrew literalnemu brzmieniu postanowień ustalonych w treści SIWZ w pkt 19.1.2.2. ppkt 2 lit.a ppkt iii, dokonując oceny omawianego doświadczenia, zamawiający zrównał pojęcie „zadanie” z pojęciem „umowa”. Jak wynika z literalnego brzmienia SIWZ, w powyższym kryterium zamawiający opisał wymagane doświadczenie jako realizację „zadania, obejmującego budowę tunelu drogowego” o określonych parametrach od rozpoczęcia robót do zakończenia zadania. Zgodnie z określonym sposobem oceny ofert w ramach tego kryterium, zamawiający premiował doświadczenie w realizacji kilku tuneli o określonych parametrach, niezależnie od tego, czy realizacje te objęte zostały treścią jednej czy kilku umów, ale musiały one stanowić samodzielne zadania, rozumiane jako inwestycja zakończona Świadectwem Przejęcia lub równoważnym dokumentem.

W ocenie Izby, w świetle brzmienia kryterium oceny ofert w zakresie Personelu Wykonawcy - doświadczenie Kierownika Robót (...) budowy tunelu, brak jest podstaw do przyznania odwołującemu 3 pkt za dwa zadania w ramach wykazanego doświadczenia p. L. M..

W ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez konsorcjum (...) co do obiektów mostowych uzasadniały wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zgodności przyjętych przez wykonawcę rozwiązań.

Izba zważyła, że konsorcjum (...) posiada dowolność w kształtowaniu sposobu odwodnienia, gdyż ostateczna ilość oraz lokalizacja zbiorników retencyjnych będzie wynikała z ostatecznych rozwiązań projektowych i z ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Niemniej jednak Izba wskazała, że w odniesieniu do uwzględnienia wymagań

wynikających z wiążącej na tym etapie treści Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach z dnia 15 stycznia 2016 r. zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o przedstawienie dalszych wyjaśnień. W ocenie Izby, złożone wyjaśnienia nie potwierdzają jednoznacznie spełnienia wymagań w omawianym zakresie.

Izba uwzględniła odwołanie, uznając, że potwierdził się zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum (...), a tym samym naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 8 oraz art. 7 ust. 1 i 3, a w konsekwencji art. 91 ust. 1 Pzp.

W sprawie KIO (...) Izba stwierdziła, że konsorcjum (...) wykazało spełnienie wymagań w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Robót (...) budowy tunelu, na dwóch zadaniach, pozwalające na przyznanie temu wykonawcy 3 punktów. Izba oddaliła odwołanie wniesione w tej sprawie, gdyż podniesione w odwołaniu zarzuty nie potwierdziły się.

Skargę od powyższego orzeczenia wniosło konsorcjum (...) i zaskarżyło wyrok w zakresie pkt 1 i pkt 3 wyrok. Konsorcjum zarzuciło:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 24 ust. 8 Pzp poprzez jego błędną interpretację i w konsekwencji błędne przyjęcie, że skarżący był zobowiązany, w celu wykazania swojej rzetelności:

a) przedstawić dowody, o których mowa w art. 24 ust. 8 samodzielnie i natychmiast po powzięciu informacji o istnieniu podstawy wykluczenia skarżącego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp,

b) przedstawić dowody, o których mowa w art. 24 ust. 8 Pzp w postaci wyczerpującego wyjaśnienia uczestnikowi okoliczności w których doszło do podania przez skarżącego błędnych informacji dotyczących p. S. i podjętych przez skarżącego środków kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu, a ponieważ zdaniem Izby skarżący temu obowiązkowi nie sprostał, to podlega on wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, podczas gdy prawidłowa interpretacja art. 24 ust. 8 Pzp nie nakładała na skarżącego takich obowiązków,

2. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 190 ust. 7 Pzp, poprzez błąd w ustaleniach faktycznych i błędną ocenę dowodów polegającą na przyjęciu, iż:

a) skarżący dokonał procedury samooczyszczenia (self - cleaning) dopiero po uprzednim wezwaniu przez zamawiającego,

b) wyjaśnienia złożone przez skarżącego nie wyczerpują zakresu, o którym stanowi art. 24 ust. 8 Pzp, (niewyjaśnienie dlaczego w czasie od dnia 18 maja 2016 r. do dnia 15 czerwca 2013 r. nie poinformował zamawiającego o nieprawdziwości oświadczenia złożonego w odniesieniu do osoby p M. S., niewyjaśnienie okoliczności, na skutek których doszło do przekazania zamawiającemu nieprawdziwych informacji, co było ich źródłem ani czy i jakie środki kadrowe zostały zastosowane wobec, osób odpowiedzialnych za przekazanie zamawiającemu informacji nieprawdziwych lub nierzetelnych),

3. naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp w związku z błędną interpretacją § 7 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konsekwencji przyjęcie, że skarżący nie wykazał braku istnienia przesłanki wykluczenia skarżącego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp wskutek przedstawienia uczestnikowi Licencji Handlowej wraz z informacją dodatkową dot. (...) oraz oświadczenia skarżącego złożonego przed notariuszem, podczas gdy prawidłowa interpretacja § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia wskazuje, że przedłożenie przez skarżącego wskazanych dokumentów było wystarczające do wykazania braku istnienia przesłanek do wykluczenia skarżącego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp,

4. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na jego wynik tj. art. 190 ust. 1, art. 190 ust. 5 i art. 190 ust. 7 Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, przekroczenie zasad swobodnej oceny dowodów, brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego polegające na przyjęciu, że skarżący nie wykazał braku zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp przedkładając Licencję handlową wraz z Informacją dodatkową dot. (...),

5. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na jego wynik tj. art. 190 ust. 1, art. 190 ust. 7, 192 ust. 7 w zw. z art. 196 ust. 4 Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, przekroczenie zasad swobodnej oceny dowodów, brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego skutkujące poczynieniem ustaleń sprzecznych z treścią zgromadzonego materiału dowodowego i przyjęciem, że wyjaśnienia skarżącego z dnia 7 czerwca 2018 r., budzą wątpliwości w zakresie posadowienia obiektów mostowych oraz zbiorników retencyjnych,

6. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 192 ust. 7 Pzp poprzez orzeczenie co do zarzutu, który nie był wskazany w odwołaniu, tj. co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 9 Pzp, podczas gdy w odwołaniach wniesionych przez przeciwnika skargi ad (1) i przeciwnika skargi ad (2) nie postawiono zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 9 Pzp.

Mając powyższe na uwadze skarżący wniósł o uwzględnienie skargi i zmianę wyroku w zakresie pkt 1 i oddalenie odwołania: pkt A (sygn. akt KIO (...)) oraz pkt B (sygn. akt KIO (...)); przeprowadzenie wszystkich dowodów wymienionych w uzasadnieniu skargi na okoliczności tam wskazane; zmianę wyroku w zakresie pkt 3 i obciążenie przeciwników skargi ad (1) i ad (2) kosztami postępowania przed Izłą; obciążenie przeciwników skargi ad (1) i ad (2) kosztami postępowania skargowego; przeprowadzenie dowodów wskazanych przez skarżącego trakcie postępowania odwoławczego przed KIO na okoliczności wówczas wskazane.

Skarga wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: G. Í. (...) T. A.S. w A. (T.), (...) sp. z o.o. w W., (...) S.A. w Ł. została odrzucona.

Skargą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: (...) S.A. w W., (...) sp. z o.o. we W. została cofnięta.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Na wstępie Sąd Okręgowy odniesie się do skarg konsorcjów (...) oraz (...).

Skarga konsorcjum (...), ze względu na nieuzupełnienie braków formalnych, w postaci opłaty od skargi podlegała odrzuceniu. Zarządzeniem z dnia 16 października 2018 r. konsorcjum (...) zostało wezwane m.in. do uiszczenia opłaty od skargi w kwocie 100.000 zł w terminie tygodniowym od dnia otrzymania wezwania pod rygorem odrzucenia skargi. Wezwanie zostało skutecznie doręczone. Wobec powyższego skarga na podstawie art. art. 370 k.p.c. i art. 198a ust. 2 Pzp została odrzucona, o czym orzeczono w pkt 1 wyroku.

Z kolei skarga konsorcjum (...) została cofnięta pismem z dnia 30 listopada 2018 r. Zgodnie z art. 198f ust. 3 Pzp, jeżeli odwołanie zostaje odrzucone albo zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd uchyla wyrok lub zmienia postanowienie oraz odrzuca odwołanie lub umarza postępowanie. Postępowanie skargowe w tym zakresie podlegało umorzeniu z uwagi na cofnięcie skargi, które stanowiło procesową czynność, potwierdzającą brak podstaw do kontynuowania postępowania skargowego. Podstawa prawną orzeczenia jest art. 198a ust. 2 Pzp w zw. z art. 374 k.p.c. i w zw. z art. 391 § 2 k.p.c. O umorzeniu orzeczono w pkt 2 wyroku.

Jednocześnie Sąd Okręgowy zwrócił konsorcjum (...) połowę opłaty od skargi tj. 50.000 zł na podstawie art. 79 ust. 1 pkt 3 u.k.s.c., o czym orzeczono w pkt 7 wyroku.

Sąd Okręgowy oddalił wniosek zamawiającego o zwrot kosztów postępowania od konsorcjum (...) (pkt 6 wyroku SO), mając na uwadze, że konsorcjum (...) skutecznie cofnęło skargę przed rozprawą przed Sądem Okręgowym oraz z uwagi na brak czynności zamawiającego w przedmiocie skargi konsorcjum (...).

Cofnięcie skargi przez skarżącego zasadniczo równoznaczne jest z przegraniem sporu. Sam fakt przegrania procesu – co do zasady – stanowi podstawę do zastosowania omawianej regulacji art. 98 k.p.c. i obciążenie przegrywającego kosztami procesu. Z istoty tej regulacji wynika bowiem, iż strona przegrywająca sprawę – zarówno materialnie, jak i formalnie – niezależnie od ewentualnej winy w prowadzeniu procesu, ponosi również finansową odpowiedzialność za koszty poniesione przez przeciwnika niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 2012 r., V CZ 146/11). W rozumieniu tego przepisu zwrot kosztów zastępstwa procesowego, orzekany zgodnie z ogólną zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania służy przede wszystkim ochronie interesów majątkowych drugiej strony przez zrekompensowanie wydatków poniesionych przez nią w celu ochrony swoich praw. Brak jest racjonalnych podstaw, by strona, na której rzecz zapadło rozstrzygnięcie, musiała samodzielnie pokryć koszty swojego udziału w sprawie (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2012 r., I UZ 47/11).

Norma art. 98 k.p.c. nie ma jednak charakteru absolutnego. Stosownie do art. 102 k.p.c. w wypadkach szczególnie uzasadnionych Sąd może zasądzić od strony przegrywającej tylko część kosztów albo nie obciążać jej w ogóle kosztami. Przepis ten ustanawia zasadę słuszności, będącą odstępstwem od zasady odpowiedzialności za wynik procesu, jest więc rozwiązaniem szczególnym, niepodlegającym wykładni rozszerzającej, wykluczającym stosowanie wszelkich uogólnień, wymagającym do swego zastosowania wystąpienia wyjątkowych okoliczności. Przepis ten pozostawia sądowi orzekającemu swobodę oceny, czy fakty związane z przebiegiem procesu, jak i dotyczące sytuacji życiowej strony, stanowią podstawę do nieobciążania jej kosztami procesu (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2007 r., I CZ 110/07).

Przepis artykułu 102 k.p.c. jest zatem przejawem tzw. prawa sędziowskiego i może być stosowany wówczas, kiedy okoliczności konkretnej sprawy dają ku temu podstawy. Jego celem jest zapobieżenie wydaniu orzeczenia o kosztach procesu, które byłoby niesprawiedliwe, sprzeczne z powszechnym odczuciem sprawiedliwości oraz zasadami współżycia społecznego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 28 lutego 2018 r., III AUa 715/17).

Sąd Okręgowy przychylił się do argumentacji konsorcjum (...), iż w zakresie, w jakim została złożona skarga, zamawiający nie podjął żadnych czynności, nie przedstawił żadnego stanowiska ani pisemnej argumentacji. W ocenie Sądu Okręgowego brak było przesłanki ochrony interesów majątkowych drugiej strony przez zrekompensowanie wydatków poniesionych przez nią w celu ochrony swoich praw. W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że w takiej sytuacji wniosek o zwrot kosztów nie mógł zasługiwać na uwzględnienie, jako wypaczający prawo do zwrotu kosztów postępowania w rozumieniu art. 98 k.p.c. w zw. z art. 198f ust.5 PZP

W ocenie Sądu Okręgowego skarga konsorcjum (...) okazała się na zasadna. Izba w większości prawidłowo ustaliła stan faktyczny w niniejszej sprawie, który Sąd Okręgowy akceptuje i uznaje za własny. Sąd Okręgowy nie aprobejuje jednak ustaleń stanu faktycznego, dokonanych na podstawie pism z dnia 8 i 15 czerwca 2018 r. Na aprobatę nie zasługuje także ocena prawna dotycząca art. 24 ust. 8 Pzp w sprawie KIO (...) i KIO (...), na skutek której Izba nakazała wykluczenie z postępowania konsorcjum (...).

Na wstępie należało zwrócić uwagę na treść pkt 1 orzeczenia (...), w którym Izba orzekła, że

na skutek uwzględnienia odwołań konsorcjum (...), nakazuje unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, wykluczenie z postępowania konsorcjum (...) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Co znamienne, Izba w pozostałym zakresie oddaliła zarzuty zawarte w odwołaniach konsorcjum (...). Oznacza to, że Izba za zasadny uwzględniła jedynie zarzut związany z kwestią tzw. samooczyszczenia i to na jego podstawie orzekła m.in. o wykluczeniu z postępowania konsorcjum (...). Wobec tego wszystkie pozostałe zarzuty związane ze zbiornikami retencyjnymi, z kwestią posadowienia obiektów mostowych,

czy też związane z oświadczeniem złożonym przed notariuszem, zostały przez Izbę oddalone. W konsekwencji zarzuty skarżącego w tym przedmiocie są bezprzedmiotowe.

Zgodzić się należy ze skarżącym, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 Pzp oraz art. 190 ust. 7 Pzp. Stwierdzenie zasadności tych zarzutów doprowadziło do częściowej zmiany wyroku.

Spór w niniejszej sprawie koncentrował się wokół instytucji samooczyszczenia, czyli tzw. self-cleaningu. Nowelizacja Pzp wprowadzona w 2016 r. przyniosła rozszerzenie w polskim porządku prawnym instytucji samooczyszczenia wykonawcy, obecnej dotychczas w dyrektywach (motyw 102 dyrektywy (...)). Umożliwia ona wykonawcom wykazanie, że pomimo wystąpienia przesłanki wykluczenia, podjęte zostały środki niezbędne do wykazania jego rzetelności, a tym samym, brak jest podstawy wykluczenia. Samooczyszczenie obejmuje następujące przesłanki wykluczenia:

- 1) obowiązkowe wykluczenie z powodu skazania za przestępstwo (ust. 1 pkt 13 i 14);
- 2) złożenie nieprawdziwych informacji (ust. 1 pkt 16 i 17);
- 3) próba wpłynięcia na czynności zamawiającego (ust. 1 pkt 18);
- 4) udział w przygotowaniu postępowania (ust. 1 pkt 19);
- 5) udział w porozumieniu wykonawców (ust. 1 pkt 20);
- 6) oraz wszystkie fakultatywne przesłanki wykluczenia określone w ust. 5.

Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, wykonawca, który podlega wykluczeniu z powodu wystąpienia przesłanek, o których mowa powyżej, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Ocena, czy przedsięwzięte środki są wystarczające zawsze będzie decyzją zamawiającego. Zgodnie bowiem z ust. 9, jeśli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające przedstawione dowody, wówczas brak będzie podstawy wykluczenia. Zasadniczo więc zamawiający bada, m. in. czy wykonawca podjął konkretne środki techniczne, kadrowe, organizacyjne, odpowiednie do zapobiegania kolejnym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Katalog przesłanek zmierzających do wykazania rzetelności wykonawcy w ramach procedury self-cleaning jest otwarty.

Istotą samooczyszczenia jest dobrowolna chęć naprawy szkody przez wykonawcę. Łączna interpretacja art. 24 ust. 8 i 9 Pzp prowadzi do wniosku, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 Pzp służy dobrowolnemu naprawieniu szkody – wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. Nie jest zatem możliwe zastosowanie self-cleaning w sytuacji kiedy to zamawiający w toku postępowania pozyska informacje, że zaistniała podstawa wykluczenia (wyrok Izby z dnia 28 lutego 2018 r., KIO 274/18).

Jednocześnie konieczne jest przedstawienie dowodów, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do stwierdzenia rzetelności wykonawcy. Zamawiający nie będzie mógł zatem uwzględnić nawet obszernych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jeśli nie będą poparte dowodami. Ponieważ uznanie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, pomimo że zaistniała ku temu przesłanka, stanowi wyjątek od reguły, przepisy w zakresie self-cleaning należy interpretować wąsko. Zamawiający powinien zaniechać wykluczenia dopiero wówczas, kiedy wykonawca rzeczywiście udowodnił swoją rzetelność przez wskazanie środków, o których mowa w ust. 8.

Ponieważ zakres potencjalnych przypadków zastosowania samooczyszczenia jest bardzo szeroki, a liczba możliwych stanów faktycznych jest właściwie nieograniczona, ocena prawidłowości wdrożenia przez wykonawcę self-cleaning może przysparzać wielu trudności zamawiającym. Brak jest bowiem możliwości wskazania wspólnego mianownika dla prawidłowo zastosowanej procedury samooczyszczania. Każdy przypadek musi zostać oceniony indywidualnie. Skoro zatem krajowy ustawodawca powierzył ocenę skuteczności procedury self-cleaning zamawiającym, to powinni

oni dążyć do maksymalnej obiektywności przy weryfikacji wdrożonych przez wykonawcę środków naprawczych (J. Jarnicka, Komentarz do art. 24 Pzp, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, M. Jaworska (red.) 2019, wyd. 7, Legalis).

Koncepcja self-cleaningu opiera się z jednej strony na zasadzie proporcjonalności, a z drugiej nie może naruszać zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wykluczeniu zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 9 Pzp nie będzie podlegać wykonawca, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8 tego artykułu. Zatem dowody rzetelności przedstawiane przez wykonawcę podlegają zawsze ocenie zamawiającego, do którego należy ostateczne przesądzenie, czy można uznać je za wystarczające. Swoboda oceny zamawiającego jest przy tym ograniczona wytycznymi, które ma spełnić wykonawca, aby skorzystać z dobrodziejstwa instytucji self-cleaningu.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1352/16; KIO 1355/16, w świetle art. 24 ust. 8 p.z.p. wykonawca ma prawo do przedstawienia dowodów, iż dokonał tzw. „samooczyszczenia”. Jak wynika zaś z art. 24 ust. 9 p.z.p. dopiero negatywna ocena przedstawianych przez wykonawcę dowodów może uzasadniać wykluczenie go z udziału w postępowaniu.

W ocenie Sądu Okręgowego, Izba nie przeprowadziła prawidłowej oceny self-cleaningu konsorcjum (...) z uwagi na błędną ocenę pism z dnia 8 i z dnia 15 czerwca 2018 r.

Prawidłowe są ustalenia Izby, że konsorcjum w ofercie przedstawiło informacje w zakresie doświadczenia osoby proponowanej do pełnienia funkcji Kierownika Robót (...) budowy tunelu - p. M. S., które okazały się nieprawdziwe. Wskazana osoba nie posiadała bowiem doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy na przedstawionej inwestycji. W konsekwencji konsorcjum podlegało wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, w świetle którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Nie można jednak stracić z pola widzenia, że skarżący przyznał, że informacje dotyczące doświadczenia p. M. S. są nieprawdziwe i w konsekwencji wprowadzały zamawiającego w błąd. Izba oceniła jednak przyznanie się za spóźnione, bowiem doszło do niego dopiero w wyniku wezwania skarżącego do wyjaśnień pismem z dnia 8 czerwca 2018 r.

Rację w tym zakresie należy przyznać skarżącemu, że art. 24 ust. 8 Pzp nie nakłada na wykonawcę, który chce skorzystać z dobrodziejstwa tego przepisu, „niezwłocznego, po uzyskaniu takiej wiedzy” przyznania faktu wprowadzenia zamawiającego w błąd. Z przepisu tego nie sposób wywieść jakiegokolwiek cezurę czasowej do dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia, jak trafnie wskazywał skarżący. Tym bardziej nieuprawnione jest twierdzenie, że uprawnienie to wygasa w przypadku, gdy wykonawca nie skorzysta z niego „niezwłocznie”. Punktem granicznym dla możliwości wszczęcia przedmiotowej procedury jest jednak decyzja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Niezwłoczność działania wykonawcy nie jest przesłanką ustawową lecz jest uzasadniona możliwością poniesienia konsekwencji w postaci wykluczenia z przetargu. To on ponosi ryzyko pozyskania wiadomości przez zamawiającego o podaniu nieprawdziwej wiadomości i wyciągnięciu konsekwencji. Dopóki jednak zamawiający nie podejmie stosownej decyzji wykonawca zawsze ma prawo przedstawić swoje argumenty i dowody dotyczące samooczyszczenia.

Innymi słowy, brak jest podstaw prawnych do założenia, że jeżeli w trakcie postępowania przetargowego wyjdą na jaw okoliczności, w świetle których okaże się, że oferta danego wykonawcy wprowadza w błąd zamawiającego, to z przedmiotowej procedury nie można skorzystać. Skoro zamawiający nie wykluczył wykonawcy, a wykonawca złożył odpowiednie oświadczenie, poparte dowodami, jest to wystarczające do rozpoczęcia procedury samooczyszczenia, związanej z tym postępowaniem i w związku ze zdarzeniem - w niniejszym postępowaniu brakiem odpowiednich kompetencji M. S..



W konsekwencji podmiot, który wszczyna self-cleaning na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp, nie może być obciążony negatywnymi konsekwencjami ewentualnego - w ocenie Izby – zbyt spóźnionego jej rozpoczęcia. Co prawda ustawodawca wyposażył Izbę w sporą dawkę dowolności, jeżeli idzie o ocenę prawidłowości wdrożenia przez wykonawcę self-cleaning, jednak nie sposób jest wywieść, że swoboda ta dotyczy także oceny daty wdrożenia jej procedury.

Mając na uwadze powyższe rozważania, ustalenia Izby w zakresie spóźnionego wszczęcia procedury oczyszczania per se są niewłaściwe i nie zasługiwały na aprobatę.

W ocenie Sądu Okręgowego Izba nieprawidłowo także oceniła pisma z dnia 8 czerwca 2018 r. i z dnia 15 czerwca 2018 r. oraz dokonała na ich podstawie błędnych ustaleń faktycznych i rozważań.

Zamawiający w piśmie z dnia 8 czerwca 2018 r. zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie formularza 2.2 „Kryteria pozacenowe” – dotyczących doświadczenia p. M. S., a mianowicie, czy tunele, wskazane w opisie doświadczenia tego członka personelu skarżącego, były dokonywane w ramach jednego zadania. Informacja ta była istotna, bowiem od odpowiedzi na nią zależała punktacja oferty skarżącego w myśl postanowień SIWZ. Zamawiający bowiem w pkt 19.1.2.2. pkt 2) lit a) ppkt iii Tomu I SIWZ wskazał, że punktować będzie doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę tunelu drogowego. Mając na uwadze powyższe należało dojść do wniosku, że celem zamawiającego przy formułowaniu pisma z dnia 8 czerwca 2018 r. było uzyskanie od skarżącego informacji dotyczącej liczby tuneli drogowych, przy których realizacji uczestniczył p. S., aby móc ustalić liczbę punktów, jakie może przyznać temu wykonawcy za doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę tunelu drogowego. Nie sposób natomiast wywieść, że intencją zamawiającego było wyjaśnienie charakteru czynności wykonywanych przez p. S. w związku z jego doświadczeniem w budowie obwodnicy B.. Nie ma jednocześnie żadnych innych dokumentów przedstawiających, że na tym etapie zamawiający miał wątpliwości, co do kwalifikacji zawodowych p. S..

Konsorcjum (...) w następstwie pisma zamawiającego z dnia 8 czerwca 2018 r., w ramach wyjaśnień z dnia 15 czerwca 2018 r. podjęła czynności weryfikacyjne, dotyczące doświadczenia p. S..

Skarżący wskazał, że wykonawca przeprowadził rozmowę z tym kandydatem i otrzymał od niego odpowiednie oświadczenie w zakresie posiadania doświadczenia wymaganego w pozacenowym kryterium oceny ofert. Ponadto wykonawca przygotowując ofertę dokonał weryfikacji przedmiotowych informacji poprzez bezpośredni i rzetelny wywiad z kandydatem na dane stanowisko, jednak pomimo przeprowadzenia kilku rozmów z daną osobą procedura ta mogła okazać się niewystarczająca do prawidłowego złożenia ofert, co mogłoby zostać nieopatrnie uznane, jako działanie wprowadzające w błąd. Skarżący ustalił i poinformował zamawiającego, że p. S. przy budowie obwodnicy B. pełnił swoją funkcję z ramienia podmiotu nadzorującego realizację robót, a nie wykonawcy robót budowlanych. Mając zatem na uwadze treść pisma z dnia 15 czerwca 2018 r., rację należy przyznać skarżącemu, że zakres informacji, które przedstawił zamawiającemu w piśmie z dnia 15 czerwca 2018 r. wykraczał poza zakres informacji, o jakie zwrócił się zamawiający w piśmie z dnia 8 czerwca 2018 r. Oznacza to, że wbrew ustaleniom Izby o niezgodności podanych informacji w ofercie i w konsekwencji wprowadzeniu w błąd, wykonawca ten poinformował o tym, że jego oferta wprowadzała w błąd, z własnej inicjatywy, a nie na skutek wezwania zamawiającego. Wbrew temu, co wskazała Izba, skarżący wskazał okoliczności, na skutek których doszło do przekazania zamawiającemu nieprawdziwych informacji. Jednocześnie w piśmie z dnia 15 czerwca 2018 r. skarżący przyjął swoją odpowiedzialność za te okoliczności, co stanowi warunek sine qua non zastosowania wobec niego instytucji samooczyszczenia z art. 24 ust. 8 Pzp.

Podsumowując, należało dojść do wniosku, że czynności dotyczące M. S. nie były wywołane wątpliwościami zamawiającego, wręcz przeciwnie – zamawiający do momentu złożenia pisma przez wykonawcę nie miał żadnych wątpliwości dotyczących charakteru czynności p. S., wykonywanych w związku z jego doświadczeniem w budowie obwodnicy B.. Wyjaśnienia w tym przedmiocie stanowiły samoistną inicjatywę wykonawcy w zakresie ujawnienia okoliczności związanych z brakiem odpowiednich kwalifikacji tej osoby.

Ponadto żaden z odwołujących – przeciwników skargi nie wskazywał, że procedura self-cleaningu była związana z inną okolicznością, niż z kwestią doświadczenia p. S.. Odnosząc się do obowiązku przedstawienia dowodów na podjęcie wystarczających środków do wykazania rzetelności, należy wskazać, że żaden przepis Pzp nie stanowi o obowiązku przedstawiania dowodów o określonej formie, czy treści. Dowody te muszą jedynie być na tyle wystarczające i na tyle jasne oraz przekonujące, aby zamawiający uznał je za prawidłowe i uwzględnił samooczyszczenie. Zamawiający posiada sporą swobodę w zakresie oceny tych dowodów. W przypadku braku dostarczenia wystarczających dowodów, rolą zamawianego jest wykluczenie takiego podmiotu z postępowania przetargowego. Skoro zatem skarżący złożył przedmiotowe oświadczenie dotyczące kwalifikacji p. S., gdzie zawarł ww. informacje, w ocenie Sądu Okręgowego oświadczenie to było wystarczające w myśl art. 24 ust. 8 Pzp. Przede wszystkim wyjaśnienia skarżącego zawarte w piśmie z dnia 15 czerwca 2018 r. zawiera wyjaśnienie, jakie informacje zawarte w ofercie mogły wprowadzać w błąd, dlaczego pojawiły się one w ofercie oraz zostało wskazane, jakie czynności zostały podjęte aby wyjaśnić te okoliczności.

W aktach sprawy znajdują się dokumenty, które wskazują, że procedura self-cleaningu została wdrożona u skarżącego i nastąpiło to już w związku z innym postępowaniem toczącym się przed oddziałem (...) we W.. Właśnie dzięki wszczętej procedurze i nowym zasadom weryfikacji oświadczeń takich osób jak M.S. mogło dojść do ujawnienia przez wykonawcę informacji o przedstawieniu nieprawdziwych danych dotyczących doświadczenia ww. osoby. Okoliczność iż oba postępowania zająłoby się czasowo nie ma znaczenia dla samej istoty problemu – skarżący wszczął procedurę samooczyszczenia i przedstawił ją zamawiającemu, wobec czego spełnił on przesłankę z art. 24 ust. 8 PZP.

W ocenie Sądu Okręgowego dokumenty, które zostały przedstawione do akt sprawy, były dokumentami uzasadniającymi przyjęcie, że wszczęcie procedury było możliwe. Zostały również przedstawione dowody na tę okoliczność. Izba zaś w żadnym razie nie podważała tych dokumentów, miała tylko zastrzeżenia, czy skarżący w odpowiednim czasie je złożył. W ocenie Sądu Okręgowego jednak nie jest to element, który powinien podlegać badaniu przy samooczyszczeniu, jak też wskazywano powyżej.

W ocenie Sądu Okręgowego chronologia zdarzeń oraz charakter czynności podjętych przez skarżącego wskazują zatem, iż skarżący starał się, aby samooczyszczenie było realizowane i nie były to czynności pozorne. Okoliczność sprawy wskazywały, że skarżący starał się rzetelnie i w sposób odpowiedzialny podchodzić do tego zdarzenia i eliminować je z dalszych podejmowanych czynności, związanych w kolejnymi procedurami przetargowymi.

W konsekwencji powyższych ustaleń Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że ww. działania skarżącego były wystarczające dla wykazania jego rzetelności i w konsekwencji doszło do skutecznego samooczyszczenia.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że ocena Izby w przedmiocie nieskuteczności self – cleaningu była nieprawidłowa, wobec czego skarga była zasadna i podlegała uwzględnieniu.

Na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 2 Pzp Sąd Okręgowy zmienił pkt 1 ppkt 1-4 wyroku Izby i oddalił oba odwołania wykonawców z uwagi na to, że oba odwołania wykonawców dotyczyły kwestii self-cleaningu.

Sąd Okręgowy nie widział natomiast podstaw do zmiany orzeczenia o kosztach postępowania odwoławczego.

Po pierwsze, skarga dotyczyła spraw KIO (...) i (...) i Krajowa Izba Odwoławcza orzekła o kosztach postępowania między ówczesnymi stronami postępowania, a Konsorcjum (...) nie był taką stroną i orzeczenie w tym przedmiocie jego nie dotyczyło. W tej sytuacji koszty ewentualnie winny być zaskarżone przez strony postępowania odwoławczego, a nie jego uczestnika.

Po drugie, co do istoty oba Koncerny tj. (...) i (...) przegrały postępowanie odwoławcze. Na skutek orzeczenia wyroku Sądu Okręgowego całe bowiem odwołania zostały oddalone. W tej sytuacji, skoro przegrały, to powinny ponieść jego koszty i takie rozstrzygnięcie jest zawarte w wyroku (...). Nie było zatem podstaw do zmiany orzeczenia w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego, ponieważ de facto stanowiłoby ono powtórzenie orzeczenia Izby.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł również stosownie do wyniku sprawy, stąd też na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust.5 Pzp. Konsorcjum (...) jako strony postępowania zwrócić skarżącemu Konsorcjum (...) wszystkie koszty jakie ten poniósł na skutek wniesienia skargi, tj. kwotę w łącznej wysokości 125.000 zł, w tym 100.000 zł tytułem zwrotu opłaty od skargi i po 12.500 zł tytułem kosztów zastępstwa prawnego.

SSO Wiktor Piber SSO Alicja Dziekańska SSO Paweł Kieta