

postanowieniem z dnia września 2011 roku, sygn. akt. , Sąd Okręgowy w K Wydział XII Gospodarczy – Odwoławczy orzekł ostatecznie o prawach i wolnościach Skarżącego. Oświadczam, że wymienione postanowienie Sądu Okręgowego (dalej także: „SO w K”) zostało doręczone Skarżącym wraz z uzasadnieniem dnia 7 października 2011 roku.

I. Wskazuję, że naruszone zostały prawa i wolności Skarżącego określone w normach wyrażonych w przepisach: art. 2 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2 oraz art. 78 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: "**Konstytucja**") tj.: (i) zasada demokratycznego państwa prawnego, (ii) prawa do sądu, (iii) zakazu zamykania drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw oraz (iv) prawa do zaskarżania orzeczeń wydanych w pierwszej instancji.

II. W związku z powyższym wnoszę o:

- 1) wydanie orzeczenia o niezgodności art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 90, poz. 594 z późn. zm.) z Konstytucją tj. z art. 2 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2 oraz art. 78 Konstytucji w zakresie nałożenia obowiązku wniesienia rażąco wysokiej opłaty od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjętego po otwarciu ofert tj. opłaty stosunkowej w wysokości 5% wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu dotyczącym tej Skargi (nie więcej niż 5.000.000 złotych),
- 2) w przypadku, w którym przyporządkowanie problemu konstytucyjnego przedstawionego w niniejszej skardze do określonych jednostek redakcyjnych budziłoby wątpliwości - zastosowanie zasady *falsa demonstratio non nocet*,
- 3) zasądzenie od organu, który wydał akt normatywny będący przedmiotem Skargi Konstytucyjnej na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów postępowania przed TK, zgodnie z brzmieniem art. 24 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 z późn. zm.) (dalej: „ustawa o TK”).

UZASADNIENIE

I. STAN FAKTYCZNY

Dnia czerwca 2011 roku Konsorcjum Spółek: M P Sp. z o.o. z siedzibą w W oraz M L z siedzibą w W, wniosła w formie pisemnej odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”) w kopii przekazanej w tym samym terminie Zamawiającemu – P S.A.

w K („Zamawiający”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru nad modernizacją („Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia października 2010 roku w Dz. Urz. Unii Europejskiej. Wartość zamówienia w niniejszym Postępowaniu została ustalona na kwotę zł (miliony złotych), co stanowi euro (milionów euro

), w związku z czym wartość zamówienia w niniejszym Postępowaniu była wyższa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 PZP.

Odwołanie zostało wniesione na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) („PZP”), od niezgodnej z przepisami PZP czynności Zamawiającego z dnia maja 2011 roku w przedmiocie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum K w składzie

(„Konsorcjum K ”).

Konsorcjum spółek M P Sp. z o.o. z siedzibą w W
oraz M L z siedzibą w W

(występujący w Postępowaniu jako Odwołujący) miał interes we wniesieniu wyżej wymienionego Odwołania albowiem oferta Odwołującego stanowiła ofertę najkorzystniejszą do dnia maja 2011 roku tj. do dnia podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty Konsorcjum K W związku z tym oferta Odwołującego uzyskała według oceny Zamawiającego drugi wynik po ofercie Konsorcjum K

Odwołanie powyższe stanowiło piąte w kolejności odwołanie wniesione w Postępowaniu od czasu ogłoszenia Postępowania na czynności Zamawiającego podjęte po otwarciu ofert. Pozostałe odwołania były przedmiotem rozstrzygnięć KIO w następujących sprawach: sygn. akt z dnia marca 2011 roku, sygn. akt z dnia marca 2011 roku, sygn. akt z dnia maja 2011 roku oraz sygn. akt z dnia maja 2011 roku.

Skarżący (w Postępowaniu występujący jako Odwołujący) wskazał naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów PZP: art. 24 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 24 ust. 4 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum K oraz zaniechania odrzucenia jego oferty pomimo braku wykazania przez Konsorcjum K spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Ponadto Odwołujący wskazał naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum K jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia art. 7 ust. 1 PZP poprzez

wybór niekompletnej oferty Konsorcjum K oraz dokonanie oceny ofert w sposób nieobiektywny, co narusza zasady uczciwej konkurencji.

Postanowieniem z dnia czerwca 2011 roku (doręczonym Skarżącemu w dniu 27 czerwca 2011 roku), sygn. akt , Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła powyższe odwołanie Skarżącego na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 PZP oraz art. 189 ust. 2 pkt 5 PZP.

KIO przyjęła, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie (art. 189 ust. 2 pkt 3 PZP) oraz że dotyczyło czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 189 ust. 2 pkt 5 PZP).

KIO w uzasadnieniu określiła, że termin na wniesienie odwołania przez Skarżącego w związku z przytoczonymi przez niego zarzutami upłynął już w dniu kwietnia 2011 roku, bowiem wiadomość o podnoszonych lub zaniechanych przez Zamawiającego czynnościach Odwołujący powziął już w dniu kwietnia 2011 roku, po otrzymaniu wyniku oceny ofert po wyborze przeprowadzonym przez Zamawiającego. W związku z tym, jeżeli Odwołujący nie zgadzał się w czynnościach podjętymi przez Zamawiającego to powinien był wnieść już wówczas odwołanie, pomimo tego, że jego oferta była wówczas uznana jako najkorzystniejsza. Zgodnie z uzasadnieniem KIO „*odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, winien samodzielnie ocenić swoje szanse na uzyskanie zamówienia oraz zdecydować o tym, czy zaskarżyć czynności lub zaniechania zamawiającego wobec ofert, które nawet potencjalnie mogły zagrażać jego pozycji, niezależnie od możliwości zgłoszenia przystąpienia w zakresie wniesionego ówczesnego odwołania przez Konsorcjum K*” (...). *Wobec powyższego Izba nie podziela poglądów, iż wykonawca nie ma interesu w skarżeniu zaniechań zamawiającego, w sytuacji gdy jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta.*

Dowód: Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia czerwca 2011 roku sygn. akt

Ponadto KIO uzasadniała, że zarzuty podniesione przez Odwołującego były już rozpatrywane podczas rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej w dniu maja 2011 roku (sygn. akt), w której Konsorcjum K występował w pozycji Odwołującego od decyzji Zamawiającego zaś Konsorcjum M z pozycji Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Dowód: Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia czerwca 2011 roku sygn. akt

Skarżący nie zgodził się z powyższym postanowieniem KIO i na zasadzie art. 198a PZP wniósł skargę do Sądu Okręgowego w K XII Wydziału Gospodarczego Odwoławczego wraz z wnioskiem o przyznanie mu zwolnienia od kosztów sądowych w zakresie opłaty sądowej od skargi. Sprawa otrzymała sygnaturę

W skardze Skarżący zarzucał, że odwołanie zostało złożone z zachowaniem 10 – dniowego terminu o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1) PZP, bowiem realnym terminem na złożenie odwołania był termin, w którym Odwołujący powziął wiedzę na temat wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum K Złożenie odwołania od zaniechania czynności odrzucenia oferty przed datą oceny ofert i decyzji o wyborze oferty byłoby zdaniem Skarżącego przedwczesne wobec czego składanie odwołania w tej sprawie nie było uzasadnione. Ponadto Skarżący zarzucał, że okoliczności, które w większości stanowiły podstawę odwołania w niniejszej sprawie nie były dotychczas podnoszone podczas rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej przez Konsorcjum M w sytuacji wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum K pomimo zaistnienia okoliczności, które częściowo zostały podniesione podczas rozprawy KIO w dniu maja 2011 roku (sygn. akt), w której Konsorcjum K występował w pozycji Odwołującego od decyzji Zamawiającego zaś Konsorcjum M z pozycji Przystępującego po stronie Zamawiającego. Zarzucał przy tym, że skład orzekający w wymienionej sprawie wskazał wyraźnie, że nowych okoliczności podnoszonych przez odwołującego nie mógł uwzględnić w tym postępowaniu bowiem nie zostały one wskazane w decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Konsorcjum K Co więcej w Postępowaniu nie występowały wskazane później przez Konsorcjum K okoliczności związane z treścią uzupełnienia do oferty.

Postanowieniem z dnia sierpnia 2011 roku Sąd Okręgowy w K , XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy oddalił w całości wniosek Skarżącego o zwolnienie od kosztów sądowych.

Dowód: *Postanowienie Sądu Okręgowego w K XII Wydziału Gospodarczego Odwoławczego z dnia sierpnia 2011 roku*

Pismem z dnia sierpnia 2011 roku (doręczonym Skarżącemu w dniu 09 sierpnia 2011 roku) Sąd Okręgowy w K , XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy wezwał Skarżącego do uiszczenia opłaty sądowej od skargi w wysokości 5.000.000 zł (pięciu milionów) w terminie tygodniowym od dnia doręczenia wezwania, pod rygorem odrzucenia skargi.

Dowód: *Wezwanie do uiszczenia opłaty sądowej od skargi*

Wobec niewniesienia przez Skarżącego w określonym przez Sąd terminie opłaty sądowej od skargi w wysokości 5.000.000 zł (pięciu milionów), Sąd Okręgowy w K , XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy na podstawie art. 198e ust. 1 PZP odrzucił skargę.

Dowód: *Postanowienie Sądu Okręgowego w K XII Wydziału Gospodarczego Odwoławczego z dnia września 2011 roku.*

Postanowienie powyższe zostało doręczone Skarżącemu w dniu 07 października 2011 roku.

II. DOPUSZCZALNOŚĆ WNIESIENIA SKARGI KONSTYTUCYJNEJ

1. LEGITYMACJA SKARŻĄCEGO DO WNIESIENIA SKARGI KONSTYTUCYJNEJ

Zgodnie z art. 79 ust. 1 Konstytucji *Każdy, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone ma prawo, na zasadach określonych w ustawie, wnieść skargę do Trybunału Konstytucyjnego (...).*

Podstawową funkcją skargi konstytucyjnej jest ochrona wolności i praw każdej jednostki, w tym wolności i praw osoby prawnej prawa prywatnego.

W Postępowaniu Skarżący występował jako konsorcjum spółek M P Sp. z o.o. z siedzibą w W oraz M L z siedzibą w W. Jako konsorcjum był zatem legitymowany czynnie do wniesienia środków ochrony prawnej w Postępowaniu. Takiego prawa nie można mu zatem odmawiać w przypadku, gdy przysługującemu Skarżącemu wolności i prawa konstytucyjne o charakterze podmiotowym, zostały zagrożone na podstawie ostatecznego rozstrzygnięcia SO w K.

Wobec powyższego Skarżący, jako podmiot uprawniony z art. 79 ust. 1 Konstytucji posiada także legitymację do wniesienia Skargi Konstytucyjnej.

2. ZACHOWANIE ZASADY SUBSYDIARNOŚCI

W świetle art. 79 ust. 1 Konstytucji, *skarga konstytucyjna może być wniesiona, o ile sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o wolnościach lub prawach skarżącego określonych w Konstytucji.* Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy o TK *skarga konstytucyjna może być wniesiona po wyczerpaniu drogi prawnej (...).*

Postanowienie Sądu Okręgowego w K XII Wydziału Gospodarczego Odwoławczego z dnia września 2011 roku (doręczone Skarżącemu dnia 7 października 2011 roku) jest ostateczne (uzyskało prawomocność formalną i materialną) zaś Skarżącemu nie przysługują żadne środki odwoławcze.

Jak orzekł Sąd Najwyższy (dalej także: „SN”), w postanowieniu z dnia 3 października 2008 roku, sygn. akt I CZ 72/08, niepubl. odnoszącym się do dotychczasowego stanu prawnego, *„Artykuł 198 ust. 4 Prawa zamówień publicznych nie przewiduje uprawnienia stron i uczestników postępowania odwoławczego do wniesienia skargi kasacyjnej oraz dopuszczalności zaskarżenia nią innego orzeczenia niż wyrok Sądu Okręgowego, zwłaszcza postanowienia o odrzuceniu skargi na orzeczenie zespołu arbitrów (Krajowej Izby Odwoławczej)”. Pogląd wyrażony przez SN nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. znalazł wyraz wprost w treści art. 198g ust. 1 zdanie pierwsze PZP zgodnie z którym od wyroku sądu lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie nie przysługuje skarga kasacyjna.*

Należy dodać ponadto, że zgodnie z art. 198a PZP *w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy rozdziału 3 działu VI ustawy nie stanowią inaczej*. To odesłanie upodobnia sąd okręgowy w sprawach skarg na orzeczenia KIO do sądu drugiej instancji. Przepisy PZP nie przewidują zażalenia oraz w zasadzie wyłączają również skargę kasacyjną (art. 198g ust. 1 PZP).

W związku z tym, uznać należy, że postanowienie SO w K jest postanowieniem ostatecznym, kończy bowiem postępowanie skargowe w sprawie.

Jak wynika z akt sprawy Skarżący wniósł skargę do SO w K, który był sądem drugiej instancji od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej odrzucającego odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 PZP oraz art. 189 ust. 2 pkt 5 PZP. Należy podkreślić w tym miejscu, że pomimo tego, że KIO odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym, uprzednio rozpoznała je w sposób merytoryczny.

Tym samym postępowanie w sprawie skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej uzyskało tzw. prawomocność formalną. Skarżący zastosował przed SO w K środek odwoławczy *sensu stricto* to jest skargę, o której mowa w art. 198a PZP, wykorzystując przy tym normalny tok instancji.

Skierowana do SO w K skarga na orzeczenie KIO została przez SO w K została odrzucona na podstawie art. 198e ust. 1 PZP zgodnie z którym *sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuca skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie*.

Pomimo tego, że skarga na orzeczenie KIO nie została merytorycznie rozstrzygnięta można uznać, że SO w K wypowiedział się ostatecznie o przysługujących Skarżącemu wolnościach i prawach określonych w Konstytucji.

Skarżący, mając na uwadze treść przepisu art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 90, poz. 594 z późn. zm.) zwrócił się do SO w K z wnioskiem o całkowite lub częściowe zwolnienie od kosztów sądowych w postaci opłaty sądowej od wniesionej skargi.

Postanowieniem z dnia sierpnia 2011 roku SO w K oddalił jednak w całości wniosek Skarżącego zaś pismem doręczonym dnia 9 sierpnia wezwał Skarżącego do uiszczenia opłaty sądowej od skargi w wysokości 5.000.000 zł (pięciu milionów). Z uwagi na to, że zdaniem Skarżącego opłata powyższa wynikająca z przepisu art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych jest rażąco wysoka, Skarżący nie opłacił w/w skargi w terminie zakreślonym przez Sąd.

Stanowiło to zdaniem SO w K podstawę do odrzucenia skargi w świetle art. 198e ust. 1 PZP jako skargi, której braków strona nie uzupełniła w terminie.

W związku powyższym rozstrzygnięcie SO w K o odrzuceniu skargi stanowi orzeczenie prawomocne, zaś Skarżący wyczerpał wszystkie możliwe środki

sądowej ochrony przysługujących mu wolności lub praw (prawomocność materialna).

Przedstawione powyżej argumenty wskazują na wyczerpanie w niniejszej sprawie przesłanej zasady subsydiarności, warunkującej dopuszczalność wniesienia Skargi Konstytucyjnej.

3. ZACHOWANIE TERMINU DO WNIESIENIA SKARGI KONSTYTUCYJNEJ

Z uwagi na to, że Skarżący otrzymał postanowienie o odrzuceniu skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 07 października 2011 roku, uznać należy, że niniejsza Skarga Konstytucyjna została wniesiona zgodnie z art. 46 ustawy o TK.

4. KOGNICJA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

Zgodnie z art. 188 Konstytucji, *Trybunał Konstytucyjny orzeka w sprawach:*

- 1) *zgodności ustaw i umów międzynarodowych z Konstytucją,*
- 2) *zgodności ustaw z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi, których ratyfikacja wymagała uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie,*
- 3) *zgodności przepisów prawa, wydawanych przez centralne organy państwowe, z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i ustawami,*
- 4) *zgodności z Konstytucją celów lub działalności partii politycznych,*
- 5) *skargi konstytucyjnej, o której mowa w art. 79 ust. 1 Konstytucji.*

W związku z kognicją Trybunału Konstytucyjnego wynikającą z art. 188 ust. 1 pkt 5 Konstytucji w zw. z art. 79 ust. 1 Konstytucji, wyłącznie Trybunał Konstytucyjny ma prawo orzec co do zgodności z Konstytucją art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych. Istnienie w systemie prawnym tego niekonstytucyjnego zdaniem Skarżącego przepisu, doprowadziło do naruszenia wolności i praw Skarżącego określonych w Konstytucji, a w konsekwencji do wniesienia przez Skarżącego niniejszej Skargi Konstytucyjnej.

5. OBOWIĄZYWANIE ZASKARŻONEGO PRZEPISU PRAWNEGO W SYSTEMIE PRAWNYM

Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem TK przesłanką dopuszczalności skargi konstytucyjnej jest uznanie przepisu prawnego stanowiącego przedmiot zaskarżenia za obowiązujący w zakresie, „*w jakim ma on zastosowanie do zdarzeń prawnych (tzw. ograniczona moc obowiązująca przepisu), a więc przez taki okres, w jakim na jego podstawie są lub mogą być podejmowane decyzje stosowania prawa*” (zob. uzasadnienie do wyr. TK z 21 maja 2001 r., SK 15/00).

Zaskarżony przepis art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych obowiązuje w polskim systemie prawnym od dnia 22 grudnia 2009 roku, kiedy ustawą z dnia 5

listopada 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) wszedł do polskiego porządku prawnego na podstawie dokonanej zmiany ustawowej. Od tego czasu obowiązuje w polskim porządku prawnym.

Podkreślenia wymaga, że do dnia 22 grudnia 2009 roku opłata od skargi na orzeczenie KIO (bez względu na przedmiot zamówienia i jego wartość oraz rodzaj zaskarżanych czynności) miała charakter stały i wynosiła 3.000 zł (trzy tysiące).

Uzasadnienie do rządowego projektu wyżej wspomnianej ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, która wprowadziła podniesienie opłat sądowych od skargi, wyjaśnia powody tej zmiany w następujący sposób: „Obecnie stosownie do art. 34 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej pobiera się opłatę stałą w wysokości 3 tysięcy złotych. Następstwem tego jest uiszczanie opłaty w ww. wysokości od skarg wnoszonych w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówień publicznych o różnych wartościach, a tym samym opłata ta należy się w jednakowej wysokości od skargi zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości przekraczającej równowartość w złotych 14 000 euro, jak i w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości liczonej w miliardach złotych. Dotychczasowe uregulowanie nie jest uzasadnione oraz może relatywnie zachęcać do wnoszenia skarg w postępowaniach o udzielenie zamówień o znacznych wartościach. W związku z tym proponuje się zmianę brzmienia art. 34 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w ten sposób, aby wnoszący skargę na czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu przed otwarciem ofert uiszczal opłatę sądową stałą równą pięciokrotności wniesionego wpisu od odwołania w sprawie, której skarga dotyczy (art. 34 ust. 1). Jeżeli skarga będzie dotyczyła czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po otwarciu ofert, wykonawca będzie zobligowany do wniesienia opłaty stosunkowej w wysokości 5 % wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 5 000 000 zł (art. 34 ust. 2)”.

Ustawodawca nie uzasadnił jednak dlaczego maksymalna opłata stosunkowa wynosić ma aż 5.000.000 złotych.

Skarżący zarzuca niezgodność z Konstytucją przepisu art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych, bowiem jego odwołanie (jak również przeważająca część odwołań) dotyczyło czynności podjętych po otwarciu ofert (a zatem opłacanych wspomnianą wyżej opłatą wynoszącą 5% wartości zamówienia nie większą jednak niż 5 000.000 złotych). Wtedy to bowiem następują najważniejsze, rozstrzygające o wyniku przetargu czynności Zamawiającego, tj. badanie i ocena złożonych ofert (w przetargu nieograniczonym dodatkowo badanie dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu) i co najistotniejsze – wybór oferty najkorzystniejszej.

W związku z tym, że przepis art. 34 ust. 2 Ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 90, poz. 594 z późn. zm.) zachowuje moc obowiązującą i wyznacza konkretne reguły

postępowania podmiotom uczestniczącym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w tym Skarżącemu, stanowić on może przedmiot badania TK.

Bezpośrednie zastosowanie obowiązującego przepisu prawnego doprowadziło bowiem do powstania stanu niezgodnego z normami konstytucyjnymi tak w stosunku do Skarżącego jak również do innych uczestników postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

6. TREŚĆ ZASKARŻONEGO PRZEPISU PRAWNEGO

Zgodnie z art. 34 ust. 2 Ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 90, poz. 594 z późn. zm.) *jeżeli skarga, o której mowa w ust. 1, dotyczy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjętych po otwarciu ofert, pobiera się opłatę stosunkową w wysokości 5 % wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 5.000.000 złotych.*

Wydaje się (i jest to pogląd dominujący), że wartością przedmiotu zamówienia będzie w tym przypadku ustalana przez Zamawiającego wartość zamówienia netto, tj. bez podatku VAT (art. 32 ust.1 PZP).

Zgodnie z Art. 79 ust. 1 Konstytucji wniesienie skargi konstytucyjnej może mieć miejsce wówczas, gdy zakwestionowany akt normatywny stanowił podstawę wydania przez organ władzy publicznej ostatecznego orzeczenia naruszającego prawa lub wolności konstytucyjne Skarżącego. „Jeśli więc określony akt normatywny nie był podstawą wydania wyroku, decyzji lub innego rozstrzygnięcia przesądzającego o zakresie przysługujących skarżącemu praw lub wolności konstytucyjnych, wyłączona jest możliwość zakwestionowania konstytucyjności tego aktu w procedurze skargi konstytucyjnej” (zob. uzasadnienie do postanowienia TK z dnia 29 listopada 1999 r., Ts 46/99).

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 grudnia 2010 r., sygn. akt III CZP 103/10 wskazał, że *od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych wniesionej do sądu po dniu 22 grudnia 2009 r. pobiera się opłatę w wysokości przewidzianej w art. 34 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 206, poz. 1591).*

Nie ma zatem wątpliwości, że przepis powyższy znalazł zastosowanie przy wniesieniu przez Skarżącego skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Zaskarżony przepis prawny stanowił podstawę odrzucenia przez SO w K skargi wniesionej przez Skarżącego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.

Po pierwsze uznać należy, że Skarżący, poprzez wniesienie skargi na orzeczenie KIO dotyczące czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu po otwarciu ofert, stał się adresatem normy prawnej określonej w art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych.

Po drugie, wskutek zaistnienia przewidzianych w tej normie okoliczności zaistniał obowiązek odnoszący się osobiście i bezpośrednio do Skarżącego, tj. obowiązek

uiszczenia przez Skarżącego opłaty w wysokości 5.000.000 (pięciu milionów) złotych. Skarżący był zatem poddany bezpośrednio oddziaływaniu przepisu art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w związku z tym, że jego sytuacja prawna została uregulowana za pomocą powyższej normy prawnej bez potrzeby wydawania jakichkolwiek aktów o indywidualnym charakterze.

Po trzecie w niniejszym stanie faktycznym wypełniona została również przesłanka aktualności naruszenia wolności i praw Skarżącego. Działanie przepisu art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych dotknęło bezpośrednio Skarżącego w ten sposób, że w sposób niekwestionowany wpłynęło na jej sytuację prawną uniemożliwiając mu rozpoznanie jego sprawy w sposób merytoryczny przed sądem powszechnym.

a) NARUSZENIE WOLNOŚCI I PRAW SKARŻĄCEGO

Skarżący jest osobiście zainteresowany w orzeczeniu niekonstytucyjności zaskarżonej normy prawnej wyrażonej w przepisie art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w związku z tym, że przepis powyższy bezpośrednio miał wpływ na prawa i wolności Skarżącego tj. całkowicie uniemożliwił mu zaskarżenie postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej o odrzuceniu odwołania.

Zdaniem Skarżącego orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wymagało rozpoznania przez sąd drugiej instancji. Należy podkreślić, że w przypadku gdyby sąd powszechny uwzględnił złożoną przez Skarżącego skargę na postanowienie KIO, prawdopodobnym było, że oferta Skarżącego, jako oferta najkorzystniejsza, zostałaby wybrana w niniejszym Postępowaniu a w konsekwencji Skarżący podpisał z Zamawiającym umowę o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

Podkreślenia wymaga, że w przypadku niniejszego Postępowania, kwota opłaty sądowej od skargi wynosiła 5.000.000 (pięć milionów) złotych co jednocześnie stanowiło kwotę równą potencjalnemu zyskowi, jaki Skarżący mógł uzyskać z realizacji zamówienia. Należy dodać przy tym jednak, że wypracowanie takiego zysku w Postępowaniu obarczone byłoby dosyć dużym ryzykiem gospodarczym dla Skarżącego.

Wobec powyższego Skarżący w niniejszej sprawie nie zdecydował się na uiszczenie opłaty sądowej od skargi na orzeczenie KIO, która była opłatą równą jego potencjalnemu zyskowi po podpisaniu umowy z Zamawiającym.

Skarżący postępując jak wielu innych racjonalnych przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie złożył skargi na orzeczenie KIO bowiem opłata od skargi była dla Skarżącego rażąco wysoka.

W związku z tym uznać należy, że przepis, który normuje w/w opłatę w sposób oczywisty zdaniem Skarżącego uniemożliwia gwarantowaną przez Konstytucję możliwość zaskarżania orzeczeń.

7. NIEZGODNOŚĆ PRZEPISU ART. 34 UST. 2 USTAWY Z DNIA 28 LIPCA 2005 ROKU, O KOSZTACH SĄDOWYCH W SPRAWACH CYWILNYCH (Dz. U z 2010 ROKU, NR 90, POZ. 594) Z KONSTYTUCJĄ

Skarżący podnosi, że zaskarżony przepis narusza jego prawa i wolności określone w normach wyrażonych w przepisach: art. 2 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2 oraz art. 78 Konstytucji.

Poniżej przedstawiam uzasadnienie powyższego stanowiska:

7.1. NARUSZENIE ART. 2 KONSTYTUCJI (ZASADY DEMOKRATYCZNEGO PAŃSTWA PRAWNEGO)

Ustalona wysokość opłat, w tym w szczególności ich górna granica wynosząca 5.000.000 (pięć milionów) złotych wydaje się być rażąco wysoka i nieoparta żadnym uzasadnieniem w demokratycznym państwie prawnym uzasadniającym zasady sprawiedliwości społecznej.

Porównując treść ustawy o kosztach sądowych można dojść do wniosku, że wyłącznie przepis art. 34 ust. 2 ustanawia opłatę sądową nieproporcjonalnie wielką, w związku z czym zdaniem Skarżącego opłatę nieuzasadnioną.

Stosownie bowiem do treści art. 13 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych opłaty stosunkowe w stosunku do roszczeń majątkowych wynoszą 5 % wartości przedmiotu sporu lub przedmiotu zaskarżenia, jednak nie mniej niż 30 złotych i nie więcej niż 100.000 złotych.

Podobnie § 1 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 roku, w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 221, poz. 2193) stanowi, że wpis stosunkowy zależy od wysokości należności pieniężnej objętej zaskarżonym aktem i wynosi: (i) do 10.000 zł - 4 % wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 100 zł; (ii) ponad 10.000 zł do 50.000 zł - 3 % wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 400 zł; (iii) ponad 50.000 zł do 100.000 zł - 2 % wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 1.500 zł; (iv) ponad 100.000 zł - 1 % wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 2.000 zł i nie więcej niż 100.000 zł.

W obu postępowaniach i cywilnym, i administracyjnym ustawodawca przewiduje maksymalną wartość opłaty stosunkowej w wysokości 100.000 (stu tysięcy) złotych.

W związku z powyższym obowiązywanie art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych uznać należy za brak konsekwencji ustawodawcy, który w jednym akcie prawnym – w wypadku opłat w postępowaniach cywilnych, przewiduje granicę stosunkowej opłaty sądowej w wysokości 100.000 (sto tysięcy) złotych, za wyjątkiem opłaty od skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w którym to wypadku limit ten jest 50-krotnie wyższy i wynosi 5.000.000 (pięć milionów) złotych.

Zdaniem Skarżącego, tak wielka dysproporcja pomiędzy opłatami sądowymi pomiędzy postępowaniami skargowymi w związku z postępowaniami o udzielenie

zamówienia publicznego a postępowaniami cywilnymi lub administracyjnymi nie jest konieczna w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. W związku z powyższym uznać należy, że ograniczenie praw i wolności za pomocą art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych, narusza warunki określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

7.2. NARUSZENIE ART. 45 UST. 1 KONSTYTUCJI

Zagwarantowane w art. 45 Konstytucji *prawo do sądu nie stanowi jedynie instrumentu umożliwiającego wykonywanie innych praw i wolności konstytucyjnych, lecz ma charakter samoistny i podlega ochronie niezależnie od innych praw podmiotowych. Prawo do sądu jest jedną z fundamentalnych gwarancji praworządności a składają się na nie trzy zasadnicze elementy: prawo dostępu do sądu, tj. prawo uruchomienia procedury przed sądem jako organem niezależnym, bezstronnym i niezawisłym; prawo do procedury sądowej zgodnej z wymogami sprawiedliwości i jawności; prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia danej sprawy przez sąd* (wyrok TK z dnia 10 lipca 2000 roku, sygn. akt SK 12/99)

Prawo do sądu składa się zatem na możliwość zwrócenia się w każdej sytuacji do sądu z żądaniem ustalenia statusu prawnego jednostki, nie tylko w sytuacjach oczywistego naruszenia jej praw i wolności, lecz również w sytuacjach odczuwanych przez nią jako niejasne, niepewne, a zwłaszcza obawy wystąpienia takiego naruszenia.

Skoro bowiem art. 45 ust.1 Konstytucji nie wyszczególnia sytuacji, w których jednostka może angażować sąd w swojej sprawie, oznacza to zezwolenie na takie angażowanie w każdej sytuacji, według swobodnej jej oceny, a zatem zakres spraw z jakimi można zwracać się do sądu jest niezwykle szeroki i obejmuje on stosunki prawne każdego rodzaju (zob. wyrok TK z dnia 9 czerwca 1998 roku, sygn. akt K 28/7). Stanowisko powyższe jest tożsame z poglądem, że prawo do sądu przysługuje „każdemu niezależnie od istnienia i treści stosunku materialno-prawnego i wynikających z niego uprawnień i obowiązków” (zob. H. Mądrzak, *Prawo do sądu jako gwarancja ochrony praw człowieka* [w:] L. Wiśniewski, *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warszawa 1997, s. 197).

Należy wspomnieć, że powołane wyżej normy konstytucyjne mają swoje źródło w analogicznych regulacjach zawartych w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 roku, zmienionej następnie protokołami 3,5 i 8 oraz uzupełnionej protokołem nr 2 (Dz. U. 93.61.94 z późn. zm.). Powołany akt prawny w art. 6 gwarantuje prawo do rzetelnego sądu rozumianego jako prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą. Na podstawie powyższego przepisu dnia 10 stycznia 2006 roku zapadł wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w sprawie Teltronic-CATV przeciwko Polsce (wniosek nr 48140/99).

W wyroku wskazano, że wymóg formalny w postaci obowiązku uiszczenia opłat sądowych (wpisy, opłaty kancelaryjne) w sprawach cywilnych w związku z

wnoszeniem pozwów czy apelacji nie może być co do zasady uznawany za ograniczenie praw do sądu. Jednak takie czynniki jak wysokość opłaty uwzględniana jest jako istotne kryterium dla oceny tego, na ile w danym wypadku zapewniono jednostce prawo dostępu do sądu. Naruszenie prawa do sądu polegać zatem może na uniemożliwieniu lub znacznemu utrudnieniu jednostce poszukującej ochrony prawnej rozpatrzenia jej sprawy przez właściwy organ sądowy, a zatem właściwego uruchomienia procedury sądowej w sytuacji naruszenia jej praw i wolności. Prawo do sądu nie powinno mieć zatem charakteru iluzorycznego, powinno gwarantować podmiotom zainteresowanym dostęp do określonej procedury sądowej.

Powołując się na powyższe orzeczenie uznać należy, że obowiązywanie przepisu art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w polskim systemie prawnym w zakresie w jakim nakłada on obowiązek uiszczenia opłaty sądowej w rażącej wysokości, po pierwsze ogranicza możliwość dostępu uczestników postępowania skargowego do sądu powszechnego, jako sądu drugiej instancji w sprawie zamówienia publicznego, po drugie, powoduje, że gwarancja środka ochrony prawnej w postaci skargi na orzeczenie KIO staje się iluzoryczna.

7.3. NARUSZENIE ART. 77 UST. 2 KONSTYTUCJI

Zgodnie z art. 77 ust. 2 Konstytucji, ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw.

Zakaz ten jest wytyczną działania dla ustawodawcy na przyszłość, iż zakazów tego rodzaju wprowadzać nie można. Ma on także znaczenie i wobec prawa obowiązującego, jeśli zawiera ono tego rodzaju zakazy, gdyż podlegają one uchyleniu jako sprzeczne z Konstytucją. Utrzymywanie tego rodzaju zakazów nie tylko byłoby sprzeczne z art. 77, ale i z konstytucyjnym prawem obywatela do sądu (zob. Wiesław Skrzydło (w:) Komentarza do art. 32 Konstytucji, LEX).

Praktyka zamówień publicznych od czasu zmiany brzmienia przepisu art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych pokazuje, że uczestnicy postępowań przed KIO w marginalnej ilości przypadków decydują się na wniesienie skargi do sądu na orzeczenie KIO zdając sobie sprawę, że w pierwszej kolejności muszą wygospodarować kwotę do 5 000.000 (pięciu milionów) złotych na opłatę sądową od skargi, a potem „zamrozić” ją do czasu wydania rozstrzygnięcia. Należy dodać, że kwota ta na dodatek przepada w razie oddalenia skargi. Zwrócić należy przy tym uwagę, że w większości przypadków wartość zamówień w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stanowi kwoty przekraczające kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 PZP, bardzo często są to wartości przekraczające miliony złotych. W takich przypadkach opłata stosunkowa w wysokości 5 % wartości zamówienia, nie większa jednak niż 5 000.000 złotych, jest przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego objęta znacznym ryzykiem gospodarczym. W efekcie hamuje to w sposób oczywisty dostęp do sądu.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, że art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych narusza art. 77 ust. 2 Konstytucji w związku z tym, że przez ustanowienie

obowiązku uiszczenia rażąco wysokiej opłaty sądowej od skargi na orzeczenie KIO doprowadza do rezygnacji uczestników Postępowania z wniesienia środka ochrony prawnej w postaci skargi do sądu powszechnego.

7.4. NARUSZENIE ART. 78 KONSTYTUCJI

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 16 listopada 1999 roku, sygn. akt SK 11/99 określił, że *konstytucyjne prawo zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji stanowi bardzo istotny czynnik urzeczywistniania tzw. sprawiedliwości proceduralnej*. Uznać należy zatem, że prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji ma wymiar konstytucyjny i jest istotną gwarancją i środkiem ochrony praw i wolności.

TK stwierdził ponadto, że *statuując w zd. 1 art. 78 Konstytucji prawo każdej stron do zakwestionowania rozstrzygnięć podjętych wobec niej w postępowaniu sądowym lub administracyjnym, ustrojodawca posłużył się ogólnym sformułowaniem „zaskarżenie” nie precyzując charakteru i właściwości środków prawnych służących urzeczywistnieniu tego prawa. Zastosowanie ogólnego pojęcia “zaskarżenie” pozwoliło na objęcie jego zakresem różnych, specyficznych dla danej procedury, środków prawnych, których cechą wspólną jest umożliwienie stronie uruchomienia weryfikacji podjętego w pierwszej instancji orzeczenia bądź decyzji*.

Dokonując wykładni art. 78 Konstytucji TK wyraził pogląd, że *chodzi tu o zagwarantowanie jednostce, której statusu prawnego dana sprawa dotyczy (tj. stronie), prawa do zaskarżenia orzeczeń i decyzji do organu wyższej instancji w celu sprawdzenia (skontrolowania) prawidłowości orzeczenia. Wyraźne odwołanie się w powyższym przepisie do sformułowania orzeczenia i decyzje wydane w I instancji sugeruje, iż chodzi tu o środki prawne, uruchamiające tzw. kontrolę instancyjną (tok instancji), a więc zwyczajne środki prawne (środki odwoławcze) o charakterze w zasadzie dewolutywnym (zob. wyrok TK z 15 maja 2000 roku, sygn. akt SK 29/99)*.

Podniesiona do konstytucyjnej rangi kontrola ma bowiem zapobiegać pomyłkom i arbitralności w pierwszej instancji (zob. Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*”, PiP z.11-12/1997).

Uznać należy zatem, że również środki ochrony prawnej przewidziane w PZP podlegają ochronie konstytucyjnej przewidzianej w art. 78 Konstytucji.

W związku z tym, że PZP przewiduje w ramach środków ochrony prawnej (i) odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej oraz (ii) skargę do sądu okręgowego właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego, uznać można, że ustawodawca starał się zagwarantować uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego możliwość rozpoznania ich spraw związanych z postępowaniem w dwóch instancjach.

Wobec powyższego każda strona postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinna mieć możliwość kwestionowania orzeczeń KIO. Tymczasem wysokość opłat od skarg na orzeczenia KIO określona w art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych wydaje się zdaniem Skarżącego prawo to uniemożliwiać.

8. WZORY KONTROLI

Żaden z wzorców konstytucyjnej kontroli w w/w sprawie nie może jednak znaleźć odniesienia w przedmiotowej sprawie. TK nie rozpatrywał bowiem skargi konstytucyjnej dotyczącej orzeczenia niekonstytucyjności art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych.

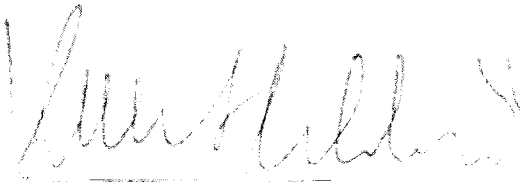
9. ZASTOSOWANIE REGUŁY „NE BIS IN IDEM”

Po dokonanej analizie orzecznictwa TK w zakresie spraw dotyczących niezgodności art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych stwierdzić należy, iż nie istnieją przeszkody prawne skutkujące zbędnością orzekania przez TK w niniejszej sprawie.

III. PODSUMOWANIE

Każdy wyrok TK (także wyrok interpretacyjny) wywołuje skutek generalny i abstrakcyjny, co oznacza, że na jego treść mogą skutecznie powoływać się wszystkie podmioty, których prawa były naruszane przepisem uznanym przez Trybunał za niekonstytucyjny. W związku z tym, że TK jest organem wyłącznie uprawnionym do kontroli skutecznego stosowania prawa zgodnie z Konstytucją jest on podmiotem wyłącznie uprawnionym do rozpatrzenia niniejszej skargi. Wskazać należy także, iż wniesienie niniejszej skargi zostało poprzedzone wyczerpaniem wszystkich możliwości dochodzenia praw, zaś naruszenie wolności i praw zagwarantowanych w Konstytucji Skarżącej jest osobiste, aktualne i bezpośrednie.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.



Robert Mikulski
radca prawny

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem opłaty;
2. Poświadczony za zgodność z oryginałem dowody powołane w treści niniejszej Skargi Konstytucyjnej;
3. Poświadczony za zgodność z oryginałem odpis z KRS Skarżącego;
4. 4 odpisy Skargi Konstytucyjnej wraz z załącznikami.