

Gliwice, dnia 7 maja 2019 r.

Trybunał Konstytucyjny

Al. Jana Chrystiana Szucha 12a

00-918 Warszawa

Skarżący: W Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

ul. G

NR KRS: , NR NIP:

reprezentowana przez r.pr. Natalię Stefańską (nr wpisu na listę KT-4084)

adres do doręczeń:

Puchała Wróbel Groszewska Kancelaria Radców Prawnych Sp.p.

ul. Jasna 14, 44-122 Gliwice

SKARGA KONSTYTUCYJNAI. Przedmiot skargi konstytucyjnej.

Działając w imieniu skarżącego, w oparciu o pełnomocnictwo udzielone przez Wiceprezesa Zarządu W Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością R J uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji spółki – zgodnie z wydrukiem z rejestru przedsiębiorców KRS, które przedkładałam w załączeniu, na podstawie art. 79 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm., dalej: Konstytucja RP) oraz na podstawie art. 53 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 1997 r. Nr 102, poz. 643 z późn. zm.), wnoszę o:

1. stwierdzenie niezgodności przepisu art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: p.z.p.) w zakresie, w jakim przepis ten nakazuje, aby odwołujący poniósł całość kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą w sytuacji, w której zamawiający, w toku postępowania odwoławczego, uznał część zarzutów odwołania zgodnie z treścią żądania odwołującego, z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP a także art. 64 ust. 2 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP,

2. zasądzenie zwrotu kosztów postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, w tym kosztów reprezentowania wnoszącego skargę konstytucyjną przez radcę prawnego w trybie art. 54 ust. 2 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym.

Niniejsza skarga konstytucyjna składana jest w związku z postanowieniem Sądu Okręgowego w W Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia stycznia 2019 r. w sprawie o sygn. akt o oddaleniu skargi, wydane na skutek skargi W Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia października 2018 r., sygn. akt

Kwestionowany przepis był podstawą wydania ww. orzeczenia, co potwierdza treść uzasadnienia: *„W niniejszym stanie faktycznym zasadnym było zatem w ocenie Sądu Okręgowego orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 186 ust. 6 pkt 4a p.z.p. w zw. z art. 186 ust. 4a p.z.p. stanowiący, iż w okoliczności uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, nie wycofania przez odwołującego pozostałych zarzutów i rozpoznania przez Izbę odwołania w zakresie pozostałych zarzutów – koszty postępowania odwoławczego ponosi odwołujący, jeżeli odwołanie w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało oddalone przez Izbę.”*

II. Wskazanie, która konstytucyjna wolność lub prawo skarżącego, i w jaki sposób zostały naruszone.

Zdaniem skarżącego z wydaniem ww. postanowienia wiąże się naruszenie następujących konstytucyjnych zasad oraz praw i wolności skarżącego:

1. prawa dostępu do sądu, rozumianego jako prawo do sprawiedliwego postępowania, którego elementem jest zasada odpowiedzialności za wynik tego postępowania oraz prawo do odpowiednio ukształtowanej procedury zgodnej z zasadami sprawiedliwości i określoności prawa,
2. prawa do równej ochrony prawa majątkowego w postaci żądania zwrotu kosztów postępowania zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania,
– poprzez nakazanie skarżącemu jako odwołującemu poniesienie całości kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą w sytuacji, w której postępowanie to zostało umorzone w części w związku z cofnięciem zarzutów przez skarżącego z uwagi na ich uznanie przez zamawiającego i konwalidację wadliwej czynności postępowania

przez zamawiającego, w toku postępowania odwoławczego (po doręczeniu odwołania skarżącego), zgodnie z treścią żądania skarżącego, tj. uznanie skarżącego za „stronę przegrywającą” sprawę, pomimo uznania zarzutów przez zamawiającego.

Uregulowanie art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. narusza zdaniem skarżącego konstytucyjnie gwarantowane prawo do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji), z uwagi na to, iż w sposób rzeczywisty i istotny ogranicza możliwość dochodzenia ochrony praw przed Krajową Izbą Odwoławczą – obarczenie strony odwołującej się od czynności zamawiającego obowiązkiem poniesienia kosztów postępowania, które ma służyć ochronie jej praw, bez względu na wynik tego postępowania w sytuacji, w której zamawiający uznał część zarzutów, może w praktyce prowadzić do zaniechania korzystania z tego środka prawnego, nawet wtedy gdy czynność zamawiającego jest w oczywisty sposób sprzeczna z obowiązującym porządkiem prawnym. Taka regulacja stanowi z kolei niedopuszczalne ograniczenie prawa gwarantowanego konstytucyjnie (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. narusza również prawo do sądu, ograniczając dostęp do sprawiedliwego postępowania odwoławczego w zakresie rozkładu pomiędzy strony kosztów tego postępowania zgodnie z odpowiedzialnością za jego wynik (art. 45 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 2 Konstytucji), ponieważ nie przewiduje, że za stroną przegrywającą sprawę należy także uważać zamawiającego, który w toku postępowania konwalidował wadliwe czynności postępowania, czym zaspokoił żądanie odwołującego wyrażone w odwołaniu. Aktualne brzmienie przepisu powoduje, że pomimo faktycznego uznania zarzutów przez zamawiającego, odwołujący zostanie uznany za stroną przegrywającą zarówno w przypadku cofnięcia w tym zakresie zarzutów, jak i w braku cofnięcia tych zarzutów (wówczas zarzuty zostaną bowiem oddalone przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej części jako bezprzedmiotowe). Odwołujący w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą w każdej sytuacji, w której Zamawiający w toku postępowania odwoławczego konwaliduje zaskarżoną przez odwołującego czynność zgodnie z jego żądaniem, i tak zostanie uznany za stroną przegrywającą postępowanie, co przeczy zasadzie sprawiedliwego ukształtowania procedury sądowej (art. 45 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji). Pomimo uwzględnienia w art. 192 ust. 10 p.z.p. zasady ponoszenia kosztów postępowania zgodnie z odpowiedzialnością za jego wynik, art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. nakazuje, aby wyłącznie jedna ze stron ponosiła całość kosztów postępowania, nawet w sytuacji uznania przez zamawiającego części zarzutów. Art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. jest w tym zakresie przykładem nieokreśloności prawa (art. 2 Konstytucji),

bowiem wyłącznie pozornie realizuje zasadę ponoszenia kosztów postępowania sądowego stosownie do jego wyniku.

Art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. narusza również prawo skarżącego do równej ochrony jego prawa do żądania zwrotu kosztów procesu jako prawa majątkowego (art. 64 ust. 2 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji), uprzywilejowując nie tylko zamawiającego, który uznał zarzuty odwołującego, a mimo to uważany jest za „stronę wygrywającą postępowanie” w całości, ale również podmioty, których sprawy należą w pierwszej instancji do właściwości sądów cywilnych, w którym to postępowaniu nie budzi wątpliwości, że za stronę przegrywającą sprawę należy także uważać pozwanego, który w toku procesu spełnił dochodzone od niego świadczenie, czym zaspokoił roszczenie powoda, wymagalne w chwili wytoczenia powództwa.

III. Ostateczny charakter orzeczenia i informacja o braku wniesienia nadzwyczajnego środka zaskarżenia.

Zgodnie z art. 198a ust. 1 p.z.p.: *„Na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu.”* Zgodnie z art. 198a ust. 2 p.z.p.: *„W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.”* Z kolei na mocy art. 198g ust. 1 zdanie pierwsze p.z.p.: *„Od wyroku sądu lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie nie przysługuje skarga kasacyjna.”* Jednocześnie art. 198g ust. 1 p.z.p. przewiduje wniesienie skargi kasacyjnej na wyrok sądu lub postanowienie kończące postępowanie w sprawie tylko przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W związku z powyższym uznać należy, że postanowienie Sądu Okręgowego w W
XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia stycznia 2019 r., sygn. akt

, jest orzeczeniem ostatecznym oraz że skarżącemu nie przysługiwało uprawnienie do wniesienia nadzwyczajnego środka zaskarżenia, jakim jest skarga kasacyjna, w związku z czym środek ten nie został wniesiony.

IV. Dochowanie terminu do wniesienia skargi konstytucyjnej.

Postanowienie Sądu Okręgowego w W Wydział Gospodarczy Odwoławczy
z dnia stycznia 2019 r., sygn. akt , zostało doręczone stronie w dniu 7
lutego 2019 r., w związku z czym termin na wniesienie skargi konstytucyjnej upływa z końcem
dnia 7 maja 2019 r.

UZASADNIENIE

I. Przedstawienie stanu faktycznego sprawy.

W dniu października 2018 r. skarżący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy p.z.p. czynności zamawiającego – Generalnego
Inspektoratu Transportu Drogowego, polegającej na sformułowaniu Specyfikacji Istotnych
Warunków Zamówienia (SIWZ) z naruszeniem przepisów prawa.

W dniu października 2018 r. skarżący otrzymał faksem zawiadomienie o rozprawie
wyznaczonej na dzień października 2018 r. na godz.

W dniu października 2018 r. o godz. , tj. w przeddzień rozprawy, a w zasadzie na
godziny przed rozprawą zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania – w zakresie pkt
- i dokonał w tym zakresie
modyfikacji treści SIWZ, umieszczając stosowną informację na stronie internetowej zgodnie z
art. 38 ust. 4 p.z.p. Nadto, zamawiający przesłał skarżącemu pismo z dokonanymi
modyfikacjami bezpośrednio na jego adres e-mail o godz. w dniu października 2018r.

Mając na uwadze powyższe, skarżący na posiedzeniu z udziałem stron oraz na rozprawie
w dniu października 2018 r. złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów odwołania
wskazanych w pkt z uwagi
na zmianę treści SIWZ i osiągnięcie w ten sposób celu, w jakim odwołanie zostało wniesione.

Zdaniem skarżącego modyfikacja treści SIWZ dokonana przez zamawiającego w przeddzień
rozprawy zgodnie z treścią niektórych zarzutów sformułowanych w odwołaniu, była
równoznaczna z uznaniem tych zarzutów odwołania przez zamawiającego, co zostało zresztą

potwierdzone w postanowieniu Sądu Okręgowego w W z dnia stycznia 2019 r., sygn. akt , z którego wydaniem związana jest niniejsza skarga kasacyjna („Następnie wskazać należy, iż o ile zamawiający nie złożył wprost oświadczenia dotyczącego uznania odwołania w jakimkolwiek zakresie, to w odpowiedzi na skargę przyznał, że przed dniem otwarcia rozprawy, tj. w dniu października 2018 r. – a więc już po wniesieniu odwołania – dokonał zmiany SIWZ w zakresie, jaki był zbieżny z zarzutami odwołania.”).

Tytułem przykładu odwołujący zarzucił (pkt 2 odwołania) zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zarzut ten dotyczył m.in. następujących definicji i wymagań technicznych:

- pkt 2d odwołania - silnik cylindrowy o pojemności od cm³ do cm³ (pkt OPZ), co w przypadku dopuszczonego podwozia -osiowego (pkt) jest wartością za niską; taki pojazd nie uzyskiwałby ogólnie przyjętych własności trakcyjnych (np. przyspieszenia) i cechowałby się trwałością niższą niż w przypadku prawidłowo dobranego silnika (zakres pojemności skokowych silnika należałoby zwiększyć do cm³). Zamawiający w piśmie z dnia października w pkt 1 zmienił SIWZ w zakresie pkt OPZ w ten sposób, że wymaga silnika cylindrowego o pojemności od cm³ do cm³;
- pkt 2e odwołania - wymienne nadwozie (pkt OPZ), co sugeruje zawarcie w OPZ wymogu możliwości zdejmowania MLD z pojazdu, przy czym nie podano sposobu, w jaki miało by się to odbywać (dźwig, zabudowany wewnątrz MJD układ hydrauliczny), ewentualnego miejsca mocowania konstrukcji nośnej urządzenia dźwigowego (do ramy pojazdu bądź do podłogi kontenera). Zamawiający w piśmie z dnia października w pkt 2 zmienił SIWZ w zakresie pkt OPZ w ten sposób, że wymaga MJD w formie prostopadłościennej skrzyni kontenera o konstrukcji samonośnej, mocowanej do ramy pojazdu;
- pkt 2i odwołania - zasilanie urządzenia akumulatorowe, umożliwiające pracę ciągłą przez co najmniej 8 godzin, czas nagrzewania maksymalnie minut (pkt OPZ), który to warunek jest niemożliwy do spełnienia, w zakresie temperatur ujemnych podanych w SIWZ (- 10 st. C). Zamawiający w piśmie z dnia października w pkt 5 – 8 zmienił SIWZ w zakresie pkt OPZ w ten sposób, że wymaga

- minimalnego czasu działania 5 godzin przy zapewnieniu stałego, automatycznego doładowywania urządzenia w miejscu dla niego przewidzianym w MJD – stacji dokującej;
- pkt 2q odwołania - wymagania dotyczące komputera przenośnego (pkt

OPZ) – laptopa są niejednoznaczne i wymagają doprecyzowania w zakresie rdzeni procesora, minimalnego taktowania, trybu występowania częstotliwości oraz modemu LTE. Zamawiający w piśmie z dnia października w pkt 11 i 12 zmienił SIWZ w zakresie pkt 2 tabeli zawartej w pkt OPZ w ten sposób, że wymaga procesora typu x 64 z co najmniej 6 rdzeniami taktowanymi z prędkością (tryb bazowy) nie mniejszą niż 2,6 GHz oraz wbudowanego modemu LTE.

Odwołujący zarzucił także zamawiającemu (pkt 3 odwołania) naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. i art. 29 ust. 2 i 3 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję oraz w sposób, który może doprowadzić do uprzywilejowania niektórych wykonawców, w sytuacji gdy nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a wskazaniu temu nie towarzyszą wyrazy „lub równoważny”, co jednocześnie stanowi o prowadzeniu przez zamawiającego postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wobec m.in. następujących wymagań technicznych:

- pkt 3b odwołania – trwałe zabezpieczenie antykorozyjne przez naniesienie powłoki galwanicznej na wszystkich elementach konstrukcji (pkt OPZ), które to zabezpieczenie w odniesieniu do części urządzeń stosuje wyłącznie jeden producent (U Sp. z o.o.) – inni producenci stosują malowanie proszkowe lub ocynk ogniowy, co stanowi rozwiązanie równoważne lub lepsze od ocynku galwanicznego. Zamawiający w piśmie z dnia października w pkt 3 zmienił SIWZ w zakresie pkt

OPZ w ten sposób, że wymaga powłoki cynkowej galwanicznie lub ogniowo na wszystkich elementach konstrukcji MLD i skrzyni kontenera;

- w pkt 3e odwołania - rozpoznawanie przez czytnik EOBD rodzajów błędów i usterek co najmniej marek pojazdów wymienionych w pkt

OPZ, z których znacząca część to pojazdy z rynków azjatyckich i amerykańskich, które nie występują na polskich drogach, co może wskazywać na ograniczoną ilość producentów urządzenia. Zamawiający w piśmie z dnia października w pkt 17 zmienił SIWZ w zakresie pkt

OPZ w ten sposób, że wymaga rozpoznawanie błędów i usterek co najmniej następujących marek pojazdów ciężarowych

oraz autobusów: DAF, KAMAZ, ISUZU, IVECO, SCANIA, RENAULT, VOLVO, MERCEDES BENZ, VOLKSWAGEN, MAN.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą rozpoczyna się wraz ze złożeniem odwołania. Wszystkie kolejne czynności dokonywane są w toku postępowania odwoławczego i należy je oceniać w jego kontekście.

I tak wskazać należy, że pismo z modyfikacjami SIWZ zostało przesłane bezpośrednio na adres skarżącego, pomimo braku ustawowego obowiązku w tym zakresie. Powyższe dowodzi, że modyfikacja ta stanowiła odpowiedź na odwołanie Skarżącego z dnia października 2018 r. Modyfikacja SIWZ była konsekwencją zarzutów zawartych w odwołaniu – zmiany odzwierciedlają treść zarzutów i zostały dokonane zgodnie z żądaniem odwołania. Nie ma zatem wątpliwości, że modyfikacja SIWZ nastąpiła na skutek wniesienia odwołania przez skarżącego, a zatem stanowi uznanie odwołania w odpowiedniej części. Zamawiający, dokonując modyfikacji SIWZ, potwierdził zasadność twierdzeń odwołującego. Mając na uwadze uznanie odwołania przez Zamawiającego w części zarzutów wskazanych w pkt , odwołujący cofnął odwołanie w ww. zakresie.

W wyroku z dnia października 2018 r., sygn. akt , Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie W Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G , umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów wycofanych przez odwołującego i obciążyła kosztami postępowania Odwołującego w ten sposób, że: zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

W uzasadnieniu ww. wyroku wskazano, że o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p. oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Pismem z dnia listopada 2018 r. skarżący złożył skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia października 2018 r., sygn. akt , w zakresie kosztów postępowania (pkt 3 wyroku), zarzucając ww. wyrokowi naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. w zw. z § 5 ust. 3 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 poprzez ich błędne zastosowanie, polegające na obciążeniu kosztami postępowania Odwołującego, w sytuacji, gdy w toku postępowania Zamawiający uznał zarzuty odwołania w zakresie pkt , co powinno prowadzić do wniosku, że Zamawiający jest stroną „przegrywającą” postępowanie i powinien zostać obciążony jego kosztami stosownie do jego wyniku.

Postanowieniem z dnia stycznia 2019 r., sygn. akt , Sąd Okręgowy w W Wydział Gospodarczy Odwoławczy, postanowił oddalić skargę i zasądził od W Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Skarbu Państwa – Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego w Warszawie zł tytułem kosztów postępowania skargowego.

W uzasadnieniu ww. postanowienia Sąd wskazał, że: „o ile zamawiający nie złożył wprost oświadczenia dotyczącego uznania odwołania w jakimkolwiek zakresie, to w odpowiedzi na skargę przyznał, iż przed dniem otwarcia rozprawy, tj. dnia października 2018 r. – a więc już po wniesieniu odwołania – dokonał zmiany SIWZ w zakresie, jaki był zbieżny z zarzutami odwołania. W niniejszym stanie faktycznym zasadnym było zatem w ocenie Sądu Okręgowego orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 186 ust. 6 pkt 4a p.z.p. w zw. z art. 186 ust. 4a p.z.p. stanowiący, iż w okoliczności uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, nie wycofania przez odwołującego pozostałych zarzutów i rozpoznania przez Izbę odwołania w zakresie pozostałych zarzutów – koszty postępowania odwoławczego ponosi odwołujący, jeżeli odwołanie w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało oddalone przez Izbę.”

II. Uzasadnienie zarzutów niezgodności art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. z Konstytucją RP.

Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p.: „Koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 4a, ponosi, odwołujący, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało oddalone przez Izbę.”

Na mocy art. 186 ust. 4a p.z.p.: „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.”

W tym miejscu warto również przywołać treść art. 192 ust. 10 p.z.p., zgodnie z którym: „Strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.”

W przypadku umorzenia postępowania na skutek uwzględnienia w części zarzutów zawartych w odwołaniu i jednoczesnym braku wycofania pozostałych przepisy ustawy dotyczące postępowania odwoławczego modyfikują wyrażoną w art. 192 ust. 10 p.z.p. obowiązującą dla rozliczenia kosztów postępowania zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania. Z przytoczonych przepisów wynika, że fakt uznania części zarzutów przez zamawiającego nie jest brany pod uwagę, a Izba rozpatrując odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów obciąża kosztami postępowania w całości jedną stronę – w zależności od wyniku tego postępowania w przypadku oddalenia zarzutów – odwołującego.

Zdaniem skarżącego nie ulega wątpliwości, że brak zasądzenia na rzecz odwołującego co najmniej części kosztów postępowania jest rozwiązaniem krzywdzącym dla odwołującego, bowiem pomimo że wygrywa on sprawę w części i ponosi koszty uczestnictwa w posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, to jednak nie uzyskuje ich zwrotu.

1. Naruszenie art. 45 ust. 1 w zw. z art. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że zdaniem skarżącego art. 45 ust. 1 Konstytucji RP może stanowić wzorzec konstytucyjny w niniejszej sprawie, bowiem Krajowa Izba Odwoławcza ma charakter organu quasi-sądowego. Powyższe potwierdza fakt, że sąd powszechny rozpoznający skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej działa jako organ drugiej instancji. Sama skarga jest zaś środkiem odwoławczym, za pomocą którego

realizowane jest konstytucyjne prawo do zaskarżenia orzeczeń wydanych w pierwszej instancji. W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, chyba że przepisy działu VI, rozdziału 3 "Skarga do sądu" p.z.p. "stanowią inaczej".

Powyższe oznacza, że do postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą winny mieć zastosowanie konstytucyjne zasady dotyczące prawa do sądu. Nie ma bowiem powodu, dla którego postępowanie odwoławcze, które cechuje merytoryczna kontrola zaskarżonych czynności zamawiającego, było traktowane odmiennie od „zwykłego” postępowania sądowego. Oba postępowania mają ten sam cel. Skarżący jest świadom, że w polskim systemie prawa Krajowa Izba Odwoławcza nie spełnia kryteriów sądu w znaczeniu konstytucyjnym, niemniej jednak powyższe nie oznacza, że postępowanie odwoławcze może być prowadzone bez uwzględnienia prawa dostępu do tego postępowania oraz prawa do sprawiedliwego postępowania, którego elementem jest zasada odpowiedzialności za wynik tego postępowania oraz prawa do odpowiednio ukształtowanej procedury zgodnej z zasadami sprawiedliwości i określoności prawa.

Zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji, każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia swojej sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Przepis ten wyraża jedno z fundamentalnych praw demokratycznego państwa prawnego - prawo do sądu, które gwarantuje każdemu obronę jego interesów przed niezawisłym organem kierującym się wyłącznie obowiązującym w państwie prawem (zob. np. wyrok TK z 12 marca 2002 r., sygn. P 9/01).

Ujęcie prawa do sądu jako jednego z konstytucyjnych praw (osobistych) jednostki zawiera w sobie zasadę o randze konstytucyjnej – dostępności do sądów oraz prawo do odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej, zgodnie z zasadami sprawiedliwości, jawności i dwuinstancyjności. Zaangażowanie sądu przez jednostkę poszukującą ochrony sądowej powinno być względnie łatwe i proste. Granice tej dostępności mogą być wprowadzone wyłącznie z przyczyn i w formie, określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji (tak: Sarnecki Paweł. Art. 45. W: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II, wyd. II. Wydawnictwo Sejmowe, 2016.). W tym kontekście skarżący wyjaśnia, że art. 31 ust. 3 Konstytucji RP został przywołany jako przepis dookreślający argumentację wywodzoną z art. 45 ust. 1 Konstytucji, a to z uwagi na fakt, że rozważania skarżącego dotyczą ograniczenia konstytucyjnego prawa

do sądu w zakresie prawa do sprawiedliwego postępowania, którego elementem jest zasada odpowiedzialności za wynik tego postępowania oraz prawa do odpowiednio ukształtowanej procedury zgodnej z zasadami sprawiedliwości i określoności prawa. Powołanie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w takim kontekście jest zgodne z utrwaloną linią orzecniczą Trybunału Konstytucyjnego (np. wyroki TK z: 6 grudnia 2011 r., sygn. SK 3/11; 20 listopada 2002 r., sygn. K 41/02; 25 lipca 2006 r., sygn. P 24/05; 25 lipca 2013 r., sygn. P 56/11).

Reprezentatywny w tej materii jest pogląd wyrażony w wyroku z 17 listopada 2008 r. (sygn. SK 33/07), w którym - odwołując się do wcześniejszego orzecznictwa - Trybunał Konstytucyjny stwierdził: *"(...) dostęp do sądu przez jednostkę poszukującą ochrony sądowej powinien być względnie łatwy i prosty. Dotyczy to zarówno dostępności do pierwszej, jak i do wyższych instancji sądowych. Ograniczenia tej dostępności mogą być wprowadzane wyłącznie z przyczyn i w formach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Bariery o charakterze ekonomicznym mogą być uznawane za elementy ograniczające możliwość realizacji prawa do sądu, wyrażonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji, ale ograniczenia tego nie można utożsamiać z samym istnieniem obowiązku ponoszenia określonych opłat i kosztów sądowych. O ograniczeniu dostępności do sądu przez bariery ekonomiczne można mówić dopiero w wypadku nadmiernie wysokiego ryzyka ekonomicznego, wywołanego nieprawidłowymi zasadami, wedle których kształtuje się obowiązki ponoszenia kosztów postępowania (...)"*.

Wątpliwości Trybunału Konstytucyjnego nie ulegało dotychczas, że zasady rozliczania kosztów po zakończeniu postępowania mogą być barierą ekonomiczną prawa do sądu, ponieważ wazą bezpośrednio na "rachunku zysków i strat", poprzedzającym decyzję o wstąpieniu na drogę sądową (zwłaszcza wyroki: sygn. akt 25/16, cz. III pkt 4.3. uzasadnienia, sygn. SK 37/14, cz. III, pkt 4.1 uzasadnienia; sygn. SK 35/15, cz. III, pkt 5.3.2; sygn. P 13/01, cz. III, pkt 5 uzasadnienia; sygn. SK 33/07, cz. III, pkt 3.7 uzasadnienia).

Trybunał Konstytucyjny prezentował w tym zakresie pogląd, że wśród elementów ograniczających realizację prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji) *„mogą się znajdować bariery o charakterze ekonomicznym, w szczególności mające postać wygórowanych kosztów, niezbędnych dla wszczęcia i prowadzenia postępowania sądowego. (...) Ograniczenie dostępności do sądu poprzez istnienie barier ekonomicznych może bowiem przejawiać się w nadmiernie wysokim ryzyku ekonomicznym, wywołanym zarówno zasadami, wedle jakich kształtuje się ostatecznie obowiązki ponoszenia kosztów postępowania, jak i może być*

spowodowane samym wygórowanym poziomem kosztów. (...) Uznać należy, że zarówno wygórowany poziom kosztów, jak i zasady ich rozkładu mogą być podnoszone jako zarzut naruszenia prawa do sądu (...)." (wyrok TK z 30 marca 2004 r., sygn. SK 14/03).

Jednocześnie uznać należy, że elementem sprawiedliwego postępowania sądowego (wywodzonego z prawa do sądu - art. 45 ust. 1 Konstytucji) jest również zasada odpowiedzialności za wynik procesu, a tym samym obowiązek zwrotu kosztów postępowania na rzecz strony wygrywającej proces (wyroki TK o sygn. P 8/12, SK 30/09, SK 39/09 oraz SK 35/15). Zasada powyższa i wynikający z niej obowiązek zwrotu kosztów postępowania na rzecz strony wygrywającej stanowią ważne elementy sprawiedliwości proceduralnej i z tego powodu są objęte gwarancjami wynikającymi z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Tym samym unormowania dotyczące kosztów postępowania, w tym zasad ich ponoszenia przez strony oraz odstępstw od tych zasad, są ściśle związane z realizacją konstytucyjnych reguł porządku prawnego, które gwarantują skuteczną ochronę praw jednostek przez dostęp do sądu.

Zakwestionowane przez skarżącego regulacje, całkowicie wyłączają obowiązek zwrotu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą przez zamawiającego w sytuacji, w której uznał on część zarzutów skargi, a pozostała ich część została oddalona. Zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, strony w opisanej sytuacji powinny ponieść koszty postępowania w takim w stosunku, w jakim wygrały bądź przegrały sprawę.

Realne jest w takiej sytuacji ryzyko, że - w obawie przed brakiem chociażby częściowego zwrotu kosztów postępowania - strona zamierzająca złożyć odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej może w ogóle zrezygnować z wnoszenia tego środka. Nawet bowiem w razie wygrania sprawy w części będzie musiała ponieść całość kosztów postępowania. W praktyce uzyskana przez nią korzyść z wygrania sprawy w części zostanie zmniejszona ze względu na brak możliwości odzyskania poniesionych w związku z tym kosztów.

Uregulowanie art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. narusza zdaniem skarżącego konstytucyjnie gwarantowane prawo do sądu, z uwagi na to, iż w sposób rzeczywisty i istotny ogranicza możliwość dochodzenia ochrony praw przed Krajową Izbą Odwoławczą – obarczenie strony odwołującej się od czynności zamawiającego obowiązkiem poniesienia kosztów postępowania, które ma służyć ochronie jej praw, bez względu na wynik tego postępowania w sytuacji, w której zamawiający uznał część zarzutów, może w praktyce prowadzić do zaniechania

korzystania z tego środka prawnego, nawet wtedy gdy czynność zamawiającego jest w oczywisty sposób sprzeczna z obowiązującym porządkiem prawnym.

Reguły dotyczące kosztów procesu stanowią także element prawa do odpowiednio ukształtowanej procedury. Jest bowiem oczywistym, że strony mogą oczekiwać, że postępowanie zostanie ukształtowane przez ustawodawcę w ten sposób, że będzie realizowało zarówno zasadę prawa do sądu oraz zasadę ponoszenia kosztów postępowania zgodnie z odpowiedzialnością za jego wynik.

Art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. narusza również prawo do sądu, ograniczając dostęp do sprawiedliwego postępowania odwoławczego w zakresie rozkładu pomiędzy strony kosztów tego postępowania zgodnie z odpowiedzialnością za jego wynik, ponieważ nie przewiduje, że za stronę przegrywającą sprawę należy także uważać zamawiającego, który w toku postępowania konwalidował wadliwe czynności postępowania, czym zaspokoił żądanie odwołującego wyrażone w odwołaniu. Aktualne brzmienie przepisu powoduje, że pomimo faktycznego uznania zarzutów przez zamawiającego, odwołujący zostanie uznany za stronę przegrywającą zarówno w przypadku cofnięcia w tym zakresie zarzutów, jak i w braku cofnięcia tych zarzutów (wówczas zarzuty zostaną bowiem oddalone przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej części jako bezprzedmiotowe). Odwołujący w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą w każdej sytuacji, w której zamawiający w toku postępowania odwoławczego konwaliduje zaskarżoną przez odwołującego czynność zgodnie z jego żądaniem, i tak zostanie uznany za stronę przegrywającą postępowanie, co przeczy zasadzie sprawiedliwego ukształtowania procedury sądowej.

Doktryna i Trybunał Konstytucyjny definiuje sprawiedliwość jako powinność „*określonych działań względem innych podmiotów z punktu widzenia równości*”, zakładającą równowagę między obciążeniami a nagrodami oraz korzyści wzajemne. Sprawiedliwość społeczna wyraża „*(...) dążenie do zachowania równowagi w stosunkach społecznych i powstrzymywania się od kreowania nieusprawiedliwionych, niepopartych obiektywnymi wymogami i kryteriami przywilejów dla wybranych grup obywateli*” (K 24/00 z 21 marca 2001 r.). W świetle przytoczonej definicji sprawiedliwe postępowanie odwoławcze powinno uwzględniać w zakresie rozkładu ponoszenia kosztów pomiędzy stronami postępowania potrzebę zachowania równowagi między obciążeniami i korzyściami płynącymi z wyniku postępowania.

W tym miejscu skarżący zwraca uwagę na zasadę określoności prawa wywodzoną z art. 2 Konstytucji RP. Wymóg określoności odnosi się do relacji między państwem i obywatelami –

adresatami danej regulacji, którzy mają prawo oczekiwać jej czytelności, przejrzystości, a także poszanowania zasad systemowych (sygn. akt SK 26/02 z 31 marca 2005 r.). Regulacja, która nie uwzględnia określonej zasady, zdaniem skarżącego, nie spełnia warunku określoności. W ustawie Prawo zamówień publicznych w art. 192 ust. 10 wprost wskazano, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie art. 186 ust. 6 p.z.p. zawiera wyjątki od ww. zasady, przy czym ich wprowadzenie nie znajduje uzasadnienia w interesie publicznym czy też innych zasadach chronionych konstytucyjnie.

Zasada poprawnej legislacji, w tym wywodząca się z niej zasada określoności prawa *"wymaga nie tylko poprawności każdego z przepisów z osobna, lecz także tego, by tworzyły one spójną całość opartą na spójnej wiedzy, jej konsekwentnym zastosowaniu i jasnych założeniach aksjologicznych"* (wyrok o sygn. P 13/11).

W stosunku do art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. brak spójności systemowej. Z analogiczną sytuacją mamy bowiem do czynienia w postępowaniu cywilnym, gdy po doręczeniu pozwu pozwany spełnia świadczenie. Orzecznictwo jednolicie wskazuje, że za stronę przegrywającą sprawę należy także uważać pozwanego, który w toku procesu spełnił dochodzone od niego świadczenie, czym zaspokoił roszczenie powoda, wymagalne w chwili wytoczenia powództwa (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z 21 lipca 1951 r., sygn. akt C 593/51). Ocena ta jest niezależna od powinności cofnięcia pozwu przez pozwanego z uwagi na bezprzedmiotowość dalszego prowadzenia postępowania. Powyższą zasadę można przełożyć na analizowaną sytuację.

Zasada określoności prawa w kontekście zasady ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku powinna uwzględniać, że wycofanie zarzutów przez odwołującego było związane z uznaniem odwołania w tym zakresie przez zamawiającego. Uwzględnienie części zarzutów przez zamawiającego oraz konwalidacja wadliwej czynności (dokonanie zmiany treści SIWZ oraz publikacja zmian przed rozprawą), powinno powodować sytuację, w której zamawiający musi ponieść koszty postępowania. Interpretacja, w której odwołujący traktowany jest jako „przegrywający postępowanie” pomimo faktycznego uznania przez zamawiającego znacznej części zarzutów jest nieracjonalna i sprzeczna ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa do uzyskania zwrotu kosztów postępowania. Powyższe z kolei prowadzi do pozornego uwzględniania przez regulację ustawy Prawo zamówień publicznych zasady sprawiedliwego ukształtowania procedury. Unormowania o charakterze „wyłącznie iluzorycznym” mogą prowadzić „do chaosu” i stwarzają potencjalne

niebezpieczeństwo instrumentalizacji postępowania i prób wykorzystywania regulacji przez strony w odwrotnym od zamierzonego przez ustawodawcę celu. Z taką sytuacją mógłby się spotkać odwołujący, którego odwołanie zostało uwzględnione przez zamawiającego we wszystkich zarzutach poza jednym, który z kolei został oddalony przez Krajową Izbę Odwoławczą – w świetle art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. odwołujący poniósłby całość kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zdaniem skarżącego wprowadzone w art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. ograniczenie prawa dostępu do postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą nie może być, w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji, uznane za proporcjonalne. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podnosi się, że badając, czy dane ograniczenie konstytucyjnych praw i wolności mieści się w zasadzie proporcjonalności, należy odpowiedzieć na trzy pytania: czy może ono doprowadzić do zamierzonych skutków, czy jest niezbędne dla ochrony interesu publicznego, z którym jest związane, oraz czy efekty ograniczenia pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nałożonych na obywatela. (wyrok o sygn. P 11/10, cz. III, pkt 4.2.2 uzasadnienia).

Skarżący nie widzi uzasadnienia dla obciążenia całością kosztów odwołującego, który wyłącznie w części przegrywa sprawę na skutek uznania pozostałej części zarzutów przez zamawiającego. W szczególności ponownie podkreślić należy, że taka regulacja nie jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego. Skarżący jest świadomy potrzeby wprowadzenia odpłatności za dostęp do wymiaru sprawiedliwości i funkcji fiskalnej kosztów postępowania. Niemniej jednak rozkład obowiązku zwrotu kosztów sądowych pomiędzy strony po zakończonym postępowaniu w każdym przypadku powinien uwzględniać zasadę odpowiedzialności za jego wynik. Ciężar nałożony na obywatela nie jest w tej sytuacji proporcjonalny do efektu - korzyść z wygrania sprawy w części w drodze uznania zarzutów przez zamawiającego nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w możliwości odzyskania poniesionych w związku z tym kosztów.

Skarżący nie przeczy zasadzie, że odwołujący powinien ponieść koszty wytoczonego, ale przegranego postępowania. Kwestionowany przepis posługuje się natomiast formułą „koszty postępowania odwoławczego (...) ponosi, odwołujący”. Przy takim brzmieniu, reguły wykładni językowej prowadzą do konkluzji, że obciążenie kosztami postępowania odwołującego jest obligatoryjne również w przypadku, gdy odwołujący wygrywa postępowanie w części (w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego). Z brzmienia przepisu nie wynika

zatem, iż koszty postępowania mogą być miarkowane przez Krajową Izbę Odwoławczą, w zależności od konkretnej sytuacji. Obowiązek ukształtowany przez kwestionowany przepis nie jest więc fakultatywny i nie pozostawia Krajowej Izbie Odwoławczej żadnego wyboru w kształtowaniu kosztów postępowania.

W konsekwencji art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. nie pozwala na różnicowanie rozstrzygnięć w przedmiocie kosztów postępowania w zależności od tego, czyje zachowanie spowodowało powstanie tych kosztów. Nie można uznać za sprawiedliwe obciążenia odwołującego kosztami postępowania w całym zakresie, gdy zamawiający uznał znaczną część zarzutów odwołania.

Na marginesie skarżący podnosi, że za nadmierną barierę ekonomiczną dostępu do sądu Trybunał uznał dotychczas rozwiązania obowiązujące w procedurze cywilnej, które:

- wyłączały obowiązek zwrotu kosztów procesu przez jedną ze stron bez względu na wynik sprawy (por. wyroki o sygn. SK 2/05 i P 8/12),
- nakładały obowiązek poniesienia kosztów procesu tylko na jedną ze stron w wypadku umorzenia postępowania (por. wyrok z 23 maja 2005 r., sygn. SK 44/04, OTK ZU nr 5/A/2005, poz. 52).

2. Naruszenie art. 64 ust. 2 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

Zgodnie z wzorcem określonym w art. 64 ust. 2 Konstytucji, własność, inne prawa majątkowe oraz prawo dziedziczenia podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej. Oznacza to, że co do zasady ochrona ta nie może być różnicowana z uwagi na zakres podmiotowy praw (wyrok TK z 21 maja 2001 r., sygn. SK 15/00). Ustawodawca ma wprawdzie w zasadzie swobodę w zakresie kreowania innych niż własność praw majątkowych, zarówno co do ich charakteru prawnego, jak i przenoszalności (wyrok TK, sygn. SK 15/00). Nie uzasadnia to jednak arbitralnego kształtowania treści i granic poszczególnych praw majątkowych, spełniających identyczne funkcje i chroniących podobne interesy (wyrok TK, sygn. SK 15/00). Jednocześnie nie budzi wątpliwości dopuszczalność różnicowania intensyfikacji tejże ochrony w zależności od obiektywnie stwierdzalnych i relewantnych okoliczności o charakterze przedmiotowym (wyrok TK z 28 października 2003 r., sygn. P 3/03).

W myśl art. 64 ust. 2 Konstytucji władze publiczne są obowiązane do zapewnienia omawianym prawom równej ochrony prawnej. Jest to podkreślenie pozytywnych obowiązków władz publicznych, wynikających z własności (i innych praw majątkowych), a tym samym z uznania ochrony tych praw za element obiektywnego porządku prawnego. Obowiązkiem ustawodawcy

jest więc ustanowienie regulacji prawnych w dostateczny sposób zabezpieczających ochronę tych praw oraz powstrzymanie się od stanowienia regulacji, które ochrony tych praw nie uwzględniają, a obowiązkiem władzy wykonawczej i sądowniczej jest zapewnienie właściwego i efektywnego egzekwowania owych regulacji. Proces interpretacji i stosowania wszelkich przepisów dotyczących własności, innych praw majątkowych oraz prawa dziedziczenia powinien też uwzględniać konstytucyjny nakaz ochrony tych praw, a w wypadkach wątpliwych powinna przeważać wykładnia służąca tej ochronie (wyrok z 17 marca 2008 r., K 32/05, pkt III.4.1, a także wyrok z 8 października 2013 r., SK 40/12, pkt III.4.2).

W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego roszczenie o zwrot kosztów postępowania podlega ochronie właśnie na podstawie art. 64 ust. 2 Konstytucji. W wyroku o sygn. akt SK 25/15, Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że żądanie to ma charakter majątkowy, bowiem zmierza do realizacji prawa lub uprawnienia mającego bezpośredni wpływ na stosunki majątkowe stron; nie zmienia tego charakteru okoliczność, że roszczenie ma typowo procesową naturę. Istota roszczenia o zwrot kosztów jest w pewnym sensie bliska roszczeniu odszkodowawczemu, skoro konstrukcja odpowiedzialności za koszty postępowania uwzględnia zasadę zawinienia, zasadę słuszności oraz zasadę kompensaty (wyrok TK z 22 marca 2011 r. o sygn. SK 13/08).

Co istotne, ochroną art. 64 ust. 2 Konstytucji objęto nie tylko osoby fizyczne, ale także własność grupową. Nie przeczy temu miejsce art. 64 w systematyce konstytucji, tj. w rozdziale poświęconym prawom jednostki (tak: Garlicki Leszek i Jarosz-Żukowska Sylwia. Art. 64. W: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II, wyd. II. Wydawnictwo Sejmowe, 2016.). Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie podkreślał, że pewne prawa, w tym także prawo do ochrony własności i innych praw majątkowych, muszą – z istoty systemu gospodarczego – obejmować nie tylko osoby fizyczne, ale także podmioty gospodarcze niebędące osobami fizycznymi (wyrok z 8 czerwca 1999 r., SK 12/98, pkt III.1). W wyroku z 29 maja 2001 r. (K 5/01, pkt III.2) wskazano zaś: *„z uwagi na to, że źródłem wszystkich wolności i praw jest godność człowieka (...), różnego rodzaju osoby prawne typu korporacyjnego korzystają z nich również, ale tylko w takim zakresie, w jakim ich działalność manifestuje wynikającą z konstytucji wolność zrzeszania się i inne konstytucyjnie zagwarantowane wolności i prawa jednostki. Stwierdzenie to aktualne jest również co do prawa własności i innych praw majątkowych”*. Konstytucyjne określenie „każdy” obejmuje zatem osoby prawne prawa prywatnego. Do takich podmiotów Trybunał zaliczył m.in. spółki prawa

handlowego (zob. SK 12/98, pkt III.1) (tak: Garlicki Leszek i Jarosz-Żukowska Sylwia. Art. 64. W: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II, wyd. II. Wydawnictwo Sejmowe, 2016.).

Jednocześnie postanowienie art. 64 ust. 2 Konstytucji trzeba traktować jako jedno ze szczegółowych odniesień ogólnej zasady równości przewidzianej w art. 32 ust. 1 Konstytucji do poszczególnych dziedzin życia społecznego (Garlicki Leszek i Jarosz-Żukowska Sylwia. Art. 64. W: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II, wyd. II. Wydawnictwo Sejmowe, 2016.). Z tego względu art. 64 ust. 2 Konstytucji powinien być interpretowany i stosowany w bliskim związku z art. 32 Konstytucji, ponieważ zapewnienie równej dla wszystkich ochrony prawnej jest elementem równego traktowania przez władze publiczne. Zasada równości stanowi nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy (kategorii). Wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną powinny być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez różnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących. Wobec tego punktem wyjścia do oceny zgodności danej regulacji prawnej z zasadą równości jest rozważenie, czy można wskazać wspólną cechę istotną uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa, biorąc pod uwagę treść i cel danej regulacji prawnej. Jeżeli kontrolowana norma traktuje odmiennie adresatów, którzy odznaczają się określoną cechą wspólną, to mamy do czynienia z odstępstwem od zasady równości (wyrok TK z 20 października 1998 r., sygn. K 7/98 i cytowane tam orzeczenia).

Art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. może być rozpatrywany w kontekście równej ochrony prawnej praw majątkowych podmiotów w dwóch płaszczyznach:

- podmiotów „wygrywających” postępowanie – z ww. przepisu wynika, że w sytuacji, w której odwołujący wygrał postępowanie w części (część zarzutów została uwzględniona przez zamawiającego), oraz przegrał postępowanie w zakresie zarzutów oddalonych przez Izbę – całość kosztów postępowania ponosi wyłącznie odwołujący. Art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. narusza zasadę równej ochrony praw majątkowych, ponieważ w grupie podmiotów mających tę samą cechę istotną (strona wygrywająca spór w części – zamawiający jest stroną wygrywającą w zakresie zarzutów oddalonych przez Izbę) wprowadza arbitralne różnicowanie i prowadzi do pokrzywdzenia (dyskryminacji) podmiotów działających w postępowaniu po stronie odwołującego;

- sposobu rozkładu kosztów postępowania pomiędzy podmioty, których sprawy rozpatrywane są w pierwszej instancji przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz sąd cywilny – jak wskazano na wstępie tej części skargi konstytucyjnej, Krajowa Izba Odwoławcza jest organem quasi-sądowym, od którego orzeczeń przysługuje skarga do sądu cywilnego. Ustawodawca, zdaniem skarżącego, niezasadnie w postępowaniu odwoławczym w art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. wprowadził obowiązek ponoszenia całości kosztów przez odwołującego, podczas gdy w analogicznej sytuacji w postępowaniu cywilnym koszty zostałyby rozłożone pomiędzy strony stosownie do zasady ponoszenia kosztów odpowiednio do wyniku postępowania. Jedynym kryterium różniącym obie wymienione sytuacje jest rodzaj prowadzonego postępowania.

Aby odpowiedzieć na pytanie, czy wskazane kryteria mogą stanowić podstawę różnicowania podmiotów prawa charakteryzujących się wspólną cechą istotną, należy rozstrzygnąć:

- 1) czy pozostają one w racjonalnym związku z celem i treścią danej regulacji;
- 2) czy waga interesu, któremu różnicowanie ma służyć, pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku wprowadzonego różnicowania;
- 3) czy kryterium różnicowania pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych (zob. sygn. K 7/98).

Zdaniem skarżącego ocena wskazanych kryteriów z punktu widzenia spełnienia ww. wymogów dopuszczalnego przez Konstytucję odstępstwa od zasady równości, prowadzi do wniosku, że w tym przypadku nie zostały one spełnione. Przyjęte zróżnicowanie zasad zwrotu kosztów postępowania wobec podmiotów wygrywających sprawę w części oraz w zależności od rodzaju procedury w żaden sposób nie wiąże się z celem regulacji prawnej, jakim jest zapewnienie zwrotu poniesionych przez stronę kosztów postępowania. Skarżący nie znajduje również interesu, któremu mają służyć przyjęte kryteria i nie widzi podstaw do preferencyjnego traktowania zamawiającego bądź stron, których sprawa rozpatrywana jest w postępowaniu cywilnym. Tym samym wskazane kryteria uznać należy za dowolne i nie znajdujące żadnego usprawiedliwienia. Ponadto, na co skarżący wskazał już w uzasadnieniu zarzutu art. 45 ust. 1 w zw. z art. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, wprowadzone zróżnicowanie może potęgować niechęć do składania odwołań od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, skoro nawet w przypadku uznania przez zamawiającego części zarzutów koszty postępowania w całości będzie musiał ponieść odwołujący.

Wzorzec konstytucyjny wynikający z art. 64 ust. 2 wymaga wprowadzenia jednolitych reguł zwrotu kosztów postępowania, bez względu na pozycję w postępowaniu (odwołujący/zamawiający) czy rodzaj postępowania. Art. 64 ust. 2 Konstytucji wymaga równej ochrony prawnej podmiotów znajdujących się w analogicznej sytuacji faktycznej.

Zdaniem skarżącego, art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. narusza prawo skarżącego do równej ochrony jego prawa do żądania zwrotu kosztów procesu jako prawa majątkowego, uprzywilejowując nie tylko zamawiającego, który uznał zarzuty odwołującego, a mimo to uważany jest za „stronę wygrywającą postępowanie” w całości, ale również podmioty, których sprawy należą w pierwszej instancji do właściwości sądów cywilnych, w którym to postępowaniu nie budzi wątpliwości, że za stronę przegrywającą sprawę należy także uważać pozwanego, który w toku procesu spełnił dochodzone od niego świadczenie, czym zaspokoił roszczenie powoda, wymagalne w chwili wytoczenia powództwa.

3. Podsumowanie

Reasumując, zdaniem skarżącego, art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: p.z.p.) w zakresie, w jakim przepis ten nakazuje, aby odwołujący poniósł całość kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą w sytuacji, w której zamawiający, w toku postępowania odwoławczego, uznał część zarzutów odwołania zgodnie z treścią żądania odwołującego, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP a także z art. 64 ust. 2 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

Biorąc pod uwagę powyższe, wnoszę jak w *petitum*.

RADCA PRAWNY

Natalia Stefańska

Załączniki:

1. pełnomocnictwo szczególne,
2. wydruk z rejestru przedsiębiorców KRS skarżącego,
3. postanowienie Sądu Okręgowego w W Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia stycznia 2019 r., sygn. akt . wraz z potwierdzeniem daty doręczenia,
4. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia października 2018 r., sygn. akt ,
5. 4 odpisy skargi wraz z załącznikami.