



ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO ZBIÓR URZĘDOWY

Seria A

Warszawa, dnia 12 lutego 2021 r.

Pozycja 5

POSTANOWIENIE z dnia 20 stycznia 2021 r. Sygn. akt SK 74/19

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Rafał Wojciechowski – przewodniczący
Zbigniew Jędrzejewski
Piotr Pszczółkowski – sprawozdawca
Wojciech Sych
Jarosław Wyrembak,

po rozpoznaniu, na posiedzeniu niejawnym w dniu 20 stycznia 2021 r., skargi konstytucyjnej spółki [...] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością o zbadanie zgodności:

art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.) 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 związku z art. 2 oraz art. 31 ust. 3, a także art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji,

p o s t a n a w i a:

umorzyć postępowanie.

Orzeczenie zapadło jednogłośnie.

UZASADNIENIE

I

1. W skardze konstytucyjnej z 7 maja 2019 r. spółka [...] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: spółka, skarżąca) wniosła o stwierdzenie niezgodności art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.; tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843; dalej: p.z.p. lub ustawa – Prawo zamówień publicznych) w zakresie, w jakim przepis ten nakazuje, aby odwołujący poniósł całość kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (dalej: KIO) w sytuacji, w której zamawiający, w toku postępowania odwoławczego, uznał część zarzutów odwołania zgodnie z treścią żądania odwołującego, z art. 45 ust. 1 w związku z art. 2 oraz art. 31 ust. 3, a także art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Skargę konstytucyjną wniesiono na tle poniżej opisanego stanu faktycznego:

Spółka zgłosiła się do przetargu nieograniczonego ogłoszonego przez Główny Inspektorat Transportu Drogowego. Jej zdaniem, czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia były niezgodne z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych. W związku z tym spółka wniosła do Prezesa KIO odwołanie, w którym sformułowała zarzuty dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: s.i.w.z.). Rozprawa przed KIO została wyznaczona na 23 października 2018 r., natomiast 22 października 2018 r. zamawiający dokonał zmiany treści s.i.w.z. w sposób odpowiadający niektórym z zarzutów postawionych przez spółkę w odwołaniu. Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz na rozprawie 23 października 2018 r. spółka wycofała te spośród zarzutów odwołania, które stały się nieaktualne wobec zmiany specyfikacji.

Wyrokiem z 26 października 2018 r. KIO oddaliła odwołanie spółki oraz umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów wycofanych przez skarżącą, a przy tym – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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; dalej: rozporządzenie o kosztach) – obciążyła spółkę kosztami postępowania w całości.

Spółka wniosła do sądu skargę od wyroku KIO, podnosząc w niej, że modyfikacja s.i.w.z. przez zamawiającego była równoznaczna z uznaniem (uwzględnieniem) przez niego w części zarzutów odwołania, w związku z czym to zamawiający powinien być obciążony kosztami w całości. Postanowieniem z 22 stycznia 2019 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił skargę, stwierdzając, że w stanie faktycznym sprawy zasadne było „(...) 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.]”.

Zdaniem skarżącej, regulacja wyrażona w art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. – w zakresie wskazanym w *petitum* skargi – narusza prawo do sądu oraz prawo do równej ochrony praw majątkowych.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia prawa do sądu, skarżąca wyjaśniła przede wszystkim, że jej zdaniem, art. 45 ust. 1 Konstytucji jest adekwatnym wzorcem kontroli przepisów regulujących postępowanie przed KIO. To, że KIO nie spełnia kryteriów sądu w znaczeniu konstytucyjnym, nie oznacza jej zdaniem, iż postępowanie odwoławcze może być ukształtowane z naruszeniem takich elementów prawa do sądu, jak prawo dostępu do sądu czy prawo do rzetelnej (sprawiedliwej) procedury.

Skarżąca stwierdziła, że kwestionowana regulacja ogranicza możliwość dochodzenia ochrony praw przed KIO. Obciążenie strony odwołującej się od czynności zamawiającego obowiązkiem poniesienia kosztów postępowania także w sytuacji, w której zamawiający uznał część zarzutów, może bowiem prowadzić do zaniechania korzystania z tego środka prawnego. Ogranicza to dostęp do sprawiedliwego postępowania odwoławczego w zakresie rozkładu kosztów pomiędzy strony tego postępowania.

Zdaniem skarżącej, brzmienie art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. powoduje, że mimo faktycznego uznania zarzutów przez zamawiającego, odwołujący jest traktowany jako strona przegrywająca zarówno w przypadku, gdy wycofa zarzuty w tym zakresie, jak i gdy tego nie uczyni – wówczas zarzuty te podlegają odrzuceniu jako bezprzedmiotowe. Skarżąca zaznaczyła, że w przypadku uznania przez zamawiającego części zarzutów, strony powinny ponieść koszty postępowania w takim stosunku, w jakim wygrały bądź przegrały sprawę.

Skarżąca podniosła, że kwestionowany przepis narusza zasadę określoności prawa (art. 2 Konstytucji), gdyż tylko pozornie realizuje zasadę ponoszenia kosztów postępowania

sądowego stosownie do jego wyniku. Jej zdaniem, uwzględnienie części zarzutów przez zamawiającego oraz konwalidacja wadliwej czynności (dokonanie zmiany s.i.w.z. oraz publikacja tych zmian przed rozprawą) powinny skutkować poniesieniem części kosztów postępowania również przez zamawiającego. Skarżąca stwierdziła nadto: „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”.

Skarżąca wskazała, że wobec posłużenia się w art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. formułą „koszty postępowania odwoławczego (...) ponosi odwołujący” reguły wykładni językowej prowadzą do konkluzji, że obciążenie odwołującego kosztami postępowania jest obligatoryjne również w przypadku, gdy wygrywa on postępowanie w części (w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego). Przepis ten wyklucza zatem możliwość miarkowania kosztów postępowania przez KIO.

Art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. – w ocenie skarżącej – jest niezgodny również z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Przepis ten nie zapewnia bowiem równej ochrony prawa do żądania zwrotu kosztów procesu. Po pierwsze, przepis ten uprzywilejowuje zamawiającego, który uznał zarzuty odwołującego. Po drugie – wprowadza zróżnicowanie sytuacji prawnej stron postępowania odwoławczego w reżimie ustawy – Prawo zamówień publicznych w stosunku do podmiotów, których sprawy należą w pierwszej instancji do właściwości sądów cywilnych. Jak wskazała skarżąca, w postępowaniu cywilnym za stronę przegrywającą uważa się także pozwanego, który w toku procesu spełnił dochodzone od niego świadczenie, czym zaspokoił roszczenie powoda, wymagalne w chwili wytoczenia powództwa.

2. Sejm, w piśmie swego Marszałka z 18 czerwca 2020 r., wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej: u.o.t.p.TK).

W wypadku nieuwzględnienia przez Trybunał Konstytucyjny wniosku o umorzenie postępowania, Sejm wniósł o stwierdzenie, że art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. nie jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także w związku z zasadą określoności przepisów prawa wywodzoną z art. 2 Konstytucji oraz jest zgodny z art. 64 ust. 2 Konstytucji. Sejm stwierdził, że w pozostałym zakresie postępowanie powinno być umorzone ze względu na zbędność wydania wyroku (art. 59 ust. 1 pkt 3 u.o.t.p.TK).

Po pierwsze, Sejm podał w wątpliwość to, że art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. był podstawą ostatecznego orzeczenia o prawach skarżącej. Wyjaśnił, że zaskarżony przepis ma zastosowanie w sytuacji, gdy: a) w odpowiedzi na odwołanie zamawiający uwzględnił część zarzutów (z zastrzeżeniem, że po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca); b) odwołujący (*in casu* skarżąca) nie wycofał pozostałych zarzutów; c) KIO oddała odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego. Następnie Sejm zauważył, że w realiach sprawy skarżącej KIO orzekła o kosztach w sytuacji, w której doszło nie do procesowej czynności uwzględnienia części zarzutów przez zamawiającego, ale do wycofania zarzutów przez skarżącą z uwagi na zmianę s.i.w.z. przez zamawiającego jeszcze przed rozprawą.

W opinii Sejmu, niezrozumiałe i pozbawione podstaw zakotwiczonych w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy jest stanowisko Sądu Okręgowego orzekającego w sprawie spółki, który zastosował art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p., podczas gdy KIO wyraźnie wskazała jako podstawę rozstrzygnięcia art. 192 ust. 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia o kosztach. Zdaniem Sejmu, związek zaskarżonego przepisu z treścią ostatecznego orzeczenia jest ewidentny jedynie formalnie.

Sejm uznał, że zaskarżony przepis nie zdeterminował treści rozstrzygnięcia o kosztach postępowania w sprawie skarżącej i z tego względu merytoryczne orzekanie o jego konstytucyjności jest niedopuszczalne.

Po drugie, Sejm uzasadniając swe stanowisko merytoryczne, stwierdził, że art. 45 ust. 1 Konstytucji nie stanowi adekwatnego wzorca kontroli w niniejszej sprawie. Art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. stosuje się bowiem w postępowaniu nie przed sądem w rozumieniu konstytucyjnym, lecz przed organem powołanym do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Sejm wskazał, że KIO nie jest sądem nominalnie, jej utworzenie należy postrzegać jako wykonanie zobowiązań związanych z wdrożeniem dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. UE L 395 z 30.12.1989, s. 33) oraz dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. UE L 76 z 23.3.1992, s. 14). Polski ustawodawca powołał organ państwowy, jakim jest KIO, od której wyroków można złożyć skargę do sądu powszechnego.

Zdaniem Sejmu, KIO nie może być postrzegana jako sąd w perspektywie konstytucyjnej, ponieważ jej funkcjonowanie nie jest objęte gwarancją niezależności od władzy wykonawczej. Sejm dodał, że KIO nie da się przypisać przymiotu niezawisłości, a proklamowana w art. 174 ust. 7 p.z.p. niezawisłość członków składu orzekającego nie jest realnie gwarantowana. W jego ocenie, KIO należy kwalifikować jako organ pozasądowy o charakterze quasi-sądu cywilnego. Sejm zaznaczył, że kwalifikacji takiej nie zmienia uznanie KIO przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej za sąd krajowy (zob. wyrok z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta S.A., ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej), ponieważ TSUE przesądził o charakterze KIO wyłącznie w świetle art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 47).

Mając na uwadze, że skarżąca przywołała zasadę określoności przepisów prawa (art. 2 Konstytucji) oraz zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji) jako pomocnicze wobec art. 45 ust. 1 Konstytucji, Sejm uznał, iż konsekwencją stwierdzenia nieadekwatności ostatniego z przywołanych wzorców konstytucyjnych jest brak możliwości odniesienia się do wzorców akcesoryjnych.

Jeśli chodzi o zarzuty dotyczące naruszenia art. 64 ust. 2 Konstytucji, Sejm stwierdził, że w zakresie, w jakim odnoszą się one do porównania ze stronami postępowania cywilnego, wyrażają wątpliwości co do poziomej zgodności przepisów prawa – nie mogą być przedmiotem kontroli konstytucyjności.

Zdaniem Sejmu, jako grupę odniesienia należy traktować wyłącznie podmioty „wygrywające” postępowanie przed KIO. W tym aspekcie Sejm odwołał się do realiów sprawy skarżącej, podnosząc, że w ich perspektywie trudno uznać skarżącą za stronę wygrywającą, zwłaszcza wobec wycofania przez nią części zarzutów, do czego w świetle przepisów prawa zamówień publicznych nie była zobligowana. Sejm uznał, że wycofanie zarzutów mogło stanowić przedwczesną decyzję procesową, gdyż utrzymanie przez skarżącą odwołań w pierwotnym kształcie mogłoby wywołać taki skutek, że zamawiający obstawałby nadal za zgodnością s.i.w.z. z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych, co w świetle jednoczesnej zmiany s.i.w.z. w kierunku wskazanym przez skarżącą, dawałoby szansę na uznanie tej części zarzutów za zasadne. Wówczas KIO mogłaby zasądzić koszty postępowania zgodnie z art. 192 ust. 10 p.z.p., czyli stosownie do jego wyniku (taką regułą przewiduje także § 5 ust. 4 rozporządzenia o kosztach). Sejm dodał, że odmiennym skutkiem niewycofania zarzu-

tów mogłoby być ich uwzględnienie w odpowiedzi na odwołanie (zgodnie z art. 186 ust. 2 p.z.p.). Wówczas zastosowanie miałby sporny art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p., który nie jest – w ocenie Sejmu – adekwatnym przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie.

Sejm podniósł nadto, że w niniejszej sprawie uzasadnione wątpliwości budzi dopuszczalność kontroli art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. z punktu widzenia art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji. W tym aspekcie Sejm przypomniał, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego łączenie art. 32 z art. 64 ust. 2 Konstytucji wydaje się zbędne ze względu na relacje treściowe między tymi przepisami. Dlatego Sejm uznał, że zachodzi zbędność wydania wyroku w zakresie badania zgodności art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. z art. 32 ust. 1 Konstytucji (art. 59 ust. 1 pkt 3 u.o.t.p.TK).

3. Prokurator Generalny w piśmie z 15 października 2020 r. wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 u.o.t.p.TK.

Prokurator Generalny, przeanalizowawszy stan faktyczny, na tle którego wniesiono skargę konstytucyjną, oraz regulacje dotyczące kosztów postępowania odwoławczego przed KIO, doszedł do wniosku, że art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. nie zdeterminował w sensie normatywnym treści ostatecznego orzeczenia w sprawie skarżącej w tym jego aspekcie, w którym skarżąca upatruje naruszenia przysługujących jej praw i wolności konstytucyjnych. Zatem – zdaniem Prokuratora Generalnego – skarga spółki nie spełnia jednego z wymagań jej dopuszczalności.

Prokurator Generalny uznał, że stanowisko Sądu Okręgowego wyrażone w uzasadnieniu postanowienia z 22 stycznia 2019 r., dotyczące orzeczenia o kosztach postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. jest niezasadne. Zauważył, że w art. 186 ust. 4a tej ustawy mowa jest o sytuacji, w której doszło do uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania. W ocenie Prokuratora Generalnego, zachowanie zamawiającego polegające na zmianie s.i.w.z. (zgodnie z niektórymi z zarzutów odwołania) nie może zostać tak zakwalifikowane. Dla uzasadnienia tej tezy Prokurator Generalny odwołał się do wyroku KIO z 17 czerwca 2019 r. (sygn. akt KIO 1022/19).

Zdaniem Prokuratora Generalnego, w sprawie skarżącej nie doszło do czynności procesowej polegającej na uwzględnieniu części zarzutów przez zamawiającego. Dokonana przez zamawiającego zmiana s.i.w.z. była uprawnionym działaniem zmierzającym do naprawienia wadliwych czynności.

Prokurator Generalny dodał, że skarżąca nie wygrała postępowania przed KIO w jakiegokolwiek części. W rezultacie wycofania części zarzutów, tylko pozostałe były przedmiotem merytorycznego rozpoznania. KIO oddaliła te zarzuty, a zatem wynik postępowania odwoławczego był dla skarżącej niekorzystny.

4. Rzecznik Praw Obywatelskich w piśmie z 6 grudnia 2019 r. poinformował Trybunał Konstytucyjny, że postanowił nie przystępować do skargi konstytucyjnej spółki [...] spółka z o.o. zarejestrowanej pod sygn. SK 74/19.

II

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. W skardze konstytucyjnej spółka [...] spółka z o.o. (dalej: skarżąca lub spółka) wniosła o orzeczenie przez Trybunał Konstytucyjny, że art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.; tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843; dalej: p.z.p. lub ustawa – Prawo zamówień publicznych) w zakresie, w jakim nakazuje, aby odwołujący poniósł całość kosztów postępo-

wania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (dalej: KIO lub Izba) 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 związku z art. 2 oraz art. 31 ust. 3, a także art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny w swym ugruntowanym orzecznictwie wielokrotnie wyjaśniał, że na każdym etapie postępowania wszczętego na skutek wniesienia skargi konstytucyjnej – zanim przystąpi do oceny konstytucyjności zaskarżonych przepisów – ma obowiązek zbadać, czy skarga spełnia wszystkie wymagania formalne warunkujące jej merytoryczne rozpoznanie. Tak też uczynił w niniejszej sprawie, mając w szczególności na uwadze, że uczestnicy postępowania zajęli stanowisko, że skarga konstytucyjna spółki [...] spółka z o.o. takich warunków nie spełnia.

2. Jak wynika z art. 79 ust. 1 Konstytucji, skarga konstytucyjna jest szczególnym środkiem ochrony konstytucyjnych praw oraz wolności naruszonych w wyniku oparcia ostatecznego orzeczenia na przepisie niezgodnym z Konstytucją.

Zgodnie z treścią art. 79 Konstytucji – skarga konstytucyjna może być wniesiona wyłącznie w sprawie zgodności z Konstytucją „ustawy lub innego aktu normatywnego”, z czego wynika, że jej przedmiotem nie może być akt stosowania prawa. Skarga konstytucyjna w polskim systemie prawnym jest zatem zawsze „skargą na przepis”, a nie na jego konkretne, nawet wadliwe zastosowanie. Do kompetencji Trybunału nie należy zatem ani sprawowanie kontroli sposobu wykładni obowiązujących przepisów, ani prawidłowości ich stosowania lub niestosowania przez sądy orzekające w indywidualnych sprawach.

Przepis (akt normatywny) kwestionowany za pomocą skargi konstytucyjnej wykazywać powinien złożoną kwalifikację. Po pierwsze, ma być podstawą prawną ostatecznego orzeczenia sądu lub organu administracji rozstrzygającego o konstytucyjnych wolnościach lub prawach przysługujących skarżącemu. Po drugie, ma stanowić źródło naruszenia tych praw i wolności, czyli ma być niezgodny z unormowaniami konstytucyjnymi, te prawa lub wolności wyrażającymi.

Skuteczne zainicjowanie kontroli aktów normatywnych w trybie skargi konstytucyjnej uzależnione jest zatem od spełnienia szeregu konstytucyjnych przesłanek dopuszczalności skargi, doprecyzowanych w przepisach ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej: u.o.t.p.TK), zwłaszcza w art. 53 ust. 1 u.o.t.p.TK. Przepis ten nakłada na skarżącego obowiązek: określenia kwestionowanego przepisu ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o konstytucyjnych prawach (lub wolnościach albo obowiązkach) skarżącego (pkt 1), wskazania, która konstytucyjna wolność lub prawo skarżącego, i w jaki sposób zostały naruszone (pkt 2), a także – uzasadnienia zarzutu niezgodności kwestionowanego przepisu ze wskazaną przez skarżącego konstytucyjną wolnością lub prawem.

3. Mając powyższe na uwadze, Trybunał Konstytucyjny przede wszystkim zbadał, czy skarga konstytucyjna spółki [...] spółka z o.o. spełnia wymagania dopuszczalności jej merytorycznego rozpoznania. Wątpliwości w tym zakresie podnieśli w swych stanowiskach Sejm i Prokurator Generalny, wywodząc między innymi, że przepis zaskarżony przez spółkę nie determinował treści wydanego w jej sprawie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego.

Weryfikacja spełnienia przez skarżącą warunków dopuszczalności merytorycznego rozpoznania skargi konstytucyjnej wymagała analizy kwestionowanego przepisu wraz z jego otoczeniem normatywnym oraz wydanych w sprawie skarżącej orzeczeń.

3.1. W postępowaniu odwoławczym – zgodnie z art. 192 ust. 10 p.z.p. – strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 p.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzyga o kosztach w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie w sprawie (art. 192 ust. 9 p.z.p.).

Wyrok KIO jest wydawany, gdy dochodzi do merytorycznego rozpoznania odwołania, zatem wtedy, gdy zostaje ono uwzględnione lub oddalone (art. 192 ust. 1 p.z.p.). Izba uwzględnia odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Jak wynika z orzecznictwa KIO, nie jest wykluczone, by Izba wydała rozstrzygnięcie, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, a nadto w takim wypadku – jak podniesiono – wynikająca z art. 192 ust. 10 p.z.p. zasada obciążenia kosztami strony odpowiedzialnej za wynik postępowania oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego (zob. wśród nowszych wyrok KIO z 18 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1418/20 oraz przywołaną w jego uzasadnieniu uchwałę SN z 17 lutego 2016 r., sygn. akt III CZP 111/15, a także wyrok KIO z 10 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 631/20, w którym wskazano, że pogląd o konieczności rozdzielenia kosztów w razie uwzględnienia części zarzutów podniesionych w odwołaniu ugruntowuje się w orzecznictwie sądów okręgowych, np. orzeczenia: Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 1992/15, Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13, Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 listopada 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 880/16, Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r., sygn. akt X Ga 653/16, Sądu Okręgowego w Warszawie z 12 grudnia 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 1886/17, Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18, Sądu Okręgowego w Warszawie z 12 października 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 1123/18).

W innych przypadkach niż uwzględnienie lub oddalenie odwołania (a zatem w innych niż rozpoznanie sprawy co do istoty) KIO wydaje postanowienie. Mając na względzie okoliczności leżące w tle rozpoznawanej przez Trybunał w niniejszej sprawie skargi konstytucyjnej, przede wszystkim trzeba zaznaczyć, że Izba umarza postępowanie odwoławcze, gdy odwołujący wycofa odwołanie. Zgodnie z art. 187 ust. 8 p.z.p. odwołujący może to uczynić do czasu zamknięcia rozprawy, przy czym – jeśli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, wówczas odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Regulację tę uszczegóławia § 5 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. z 2018 r. poz. 972; dalej: rozporządzenie o kosztach), zgodnie z którym w przypadku umorzenia postępowania, jeżeli odwołujący cofnął odwołanie, Izba: a) orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu, jeżeli odwołanie zostało cofnięte przed otwarciem rozprawy; b) zasądza koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego lub wnoszącego sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy.

W okolicznościach sprawy leżącej w tle skargi konstytucyjnej spółki, dla zobrazowania jak najpełniejszego jej kontekstu normatywnego, dodatkowo trzeba jeszcze zwrócić uwagę na regulację, zgodnie z którą Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że odwołanie dotyczy 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 p.z.p.).

Ponieważ skarżąca w uzasadnieniu skargi jedną z jego podstawowych osi uczyniła założenie, zgodnie z którym dokonana przez zamawiającego w toku postępowania odwoławczego modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: s.i.w.z.) jest równo-

znaczna z uwzględnieniem przez zamawiającego części zarzutów odwołania, Trybunał poddał analizie jeszcze te przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych, które regulują warunki i skutki uwzględnienia odwołania. Podstawowe znaczenie w tym zakresie ma art. 186 p.z.p., który dotyczy między innymi uwzględnienia części zarzutów odwołania. Ustawa rozróżnia w tym zakresie dwie sytuacje.

Po pierwsze – zgodnie z art. 186 ust. 3a p.z.p. – w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, KIO może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Wówczas koszty postępowania znosi się wzajemnie (art. 186 ust. 6 pkt 1 p.z.p.).

Po drugie – zgodnie z 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.

Prokurator Generalny, podważając zasadność stanowiska skarżącej odnośnie do charakteru czynności zamawiającego polegającej na zmianie s.i.w.z., odwołał się między innymi do wyroku KIO z 17 czerwca 2019 r. (sygn. akt KIO 1022/19), w uzasadnieniu którego napisano: „Obowiązujący przepis art. 186 ust. 2 oraz ust. 3a ustawy [p.z.p.] w sposób jasny i precyzyjny określa, że Zamawiający może dokonać czynności uwzględnienia odwołania w całości lub w części, jednakże czynności te muszą zostać dokonane przez Zamawiającego, tj. musi zostać złożone przez Zamawiającego stosowne oświadczenie, bowiem czynność taka Zamawiającego rodzi skutki w postępowaniu zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców. Uwzględnienie zarzutów odwołania jest prawem Zamawiającego, a nie jego obowiązkiem, a żaden przepis ustawy nie zabrania Zamawiającemu dokonywać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że na gruncie obowiązujących przepisów, brak jest podstaw do przyjęcia, że złożenie odwołania zawiesza w jakikolwiek sposób możliwość podejmowania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu. Żaden przepis nie stoi temu na przeszkodzie, a przeciwnie – ustawa wymaga przeprowadzenia postępowania w sposób odpowiadający przepisom, co oznacza, że należy przyznać Zamawiającemu prawo do podejmowania wszelkich działań podejmowanych w celu naprawienia wadliwych czynności”.

W tym miejscu przywołać należy jeszcze wyrok KIO z 24 czerwca 2019 r. (sygn. akt KIO 1034/19), w którym także wskazano, że dla umorzenia postępowania odwoławczego wystarczające jest jednoznaczne oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości bądź w części, natomiast kwestia tego, jakie czynności zostaną następnie podjęte przez zamawiającego, oraz ocena, czy wypełniają żądania odwołania, nie jest przez Izbę badana. Kwestia ta może natomiast podlegać ewentualnej kontroli w ramach postępowania odwoławczego, w sytuacji gdy dany wykonawca ma poczucie, że czynności zamawiającego nie czynią zadość wnioskowi odwołania albo że zamawiający w ogóle zaniechał czynności, które w wyniku uwzględnienia odwołania w całości bądź w części powinny być przez niego podjęte.

W literaturze podniesiono wprawdzie – co pośrednio zauważyła także spółka w uzasadnieniu swej skargi konstytucyjnej – że sytuacja wygląda nieco inaczej w przypadku wniesienia odwołania na treść ogłoszenia i s.i.w.z., gdyż w takim przypadku zamawiający może zmodyfikować treść s.i.w.z. zgodnie z żądaniami odwołania przed rozprawą bez formalnego

jego uwzględnienia. W konsekwencji rozpoznanie odwołania przez KIO stanie się bezprzedmiotowe (zob. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2020). Nawet jednak w takim wypadku nie można tracić z pola widzenia, że zmiana s.i.w.z. musi być także czynnością zgodną z przepisami ustawy, dokonaną wedle warunków przewidzianych w przepisach p.z.p. (zob. zwłaszcza art. 12a oraz art. 38 ust. 4-6 p.z.p.).

Skarżąca zakwestionowała regulację dotyczącą kosztów postępowania w okolicznościach opisanych w art. 186 ust. 4a p.z.p., a zatem w sytuacji gdy zamawiający uwzględni część zarzutów (gdy nadto po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpi w terminie żaden wykonawca), a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów. Wówczas koszty postępowania odwoławczego ponosi: a) zgodnie z zaskarżonym art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. odwołujący, jeżeli odwołanie zostało oddalone przez Izbę, b) zamawiający, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało uwzględnione przez Izbę (art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. b p.z.p.).

3.2. Uwzględnivszy opisany w poprzednim punkcie kontekst normatywny, Trybunał Konstytucyjny przeanalizował okoliczności sprawy, na tle której spółka [...] spółka z o.o. wystąpiła ze skargą konstytucyjną, oraz zapadłe w niej orzeczenia KIO i sądu okręgowego.

Spółka wniosła odwołanie do KIO w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W swym odwołaniu podniosła szereg zarzutów, wskazując, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest niezgodna z przepisami prawa. Skarżąca domagała się między innymi dokonania modyfikacji s.i.w.z. przez zamawiającego w sposób wskazany w jej odwołaniu.

Dzień przed rozprawą przed KIO zamawiający dokonał modyfikacji treści s.i.w.z., umieścił o tym informację na stronie internetowej oraz przesłał skarżącej pismo z informacją o dokonanych zmianach. Z uwagi na zmianę treści specyfikacji na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz na rozprawie przed KIO skarżąca cofnęła część zarzutów.

Wyrokiem z 26 października 2018 r. KIO umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów wycofanych przez skarżącą (zarzuty te jako wycofane w ogóle nie podlegały rozpoznaniu przez KIO; Izba w związku z tym uwzględniała stanowisko zamawiającego także tylko w zakresie zarzutów, które rozpoznaniu podlegały), poza tym oddaliła odwołanie. KIO kosztami postępowania obciążyła skarżącą (jako odwołującego): zaliczyła w poczet kosztów postępowania kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła kwotę stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa. W uzasadnieniu wyroku KIO wskazała, że o kosztach postępowania orzekła stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia o kosztach. Wskazany w orzeczeniu KIO przepis wykonawczy stanowi, że w przypadku odrzucenia albo oddalenia odwołania KIO zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o którym mowa w § 3 pkt 2 tego rozporządzenia.

Przedstawiając stan faktyczny sprawy, w związku z którą wniesiona została skarga konstytucyjna, skarżąca spółka podniosła, że dokonana przez zamawiającego zmiana s.i.w.z. była „równoznaczna z uznaniem tych zarzutów odwołania przez zamawiającego” (s. 5 uzasadnienia skargi konstytucyjnej) oraz że winna być traktowana jako uwzględnienie przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Jak już wspomniano, Sejm i Prokurator Generalny nie podzielili takiego stanowiska skarżącej.

Trybunał Konstytucyjny doszedł do wniosku, że ustalenie charakteru czynności dokonanej przez zamawiającego (polegającej na zmianie s.i.w.z.) nie było konieczne dla ustalenia spełnienia warunków formalnych skargi konstytucyjnej wniesionej przez skarżącą. Należy bowiem zauważyć, że – niezależnie od kwalifikacji tej czynności, czy to jako równoznacznej

z uwzględnieniem części zarzutów odwołania, czy to jako działania zmierzającego do uzgodnienia warunków s.i.w.z. z prawem – spółka wycofała swe odwołanie do KIO w tej części, w której dotyczyło ono już nieaktualnych zarzutów. Nie można przy tym pomijać, że żaden przepis prawa nie obligował skarżącej do podjęcia takiego działania. Spółka, dokonawszy zatem czynności dyspozytywnej, ukształtowała nową sytuację procesową w postępowaniu odwoławczym. W tym zakresie zrezygnowała zatem z szukania ochrony prawnej w ramach postępowania odwoławczego; wycofane przez nie nią zarzuty nie były w ogóle przedmiotem merytorycznego rozstrzygnięcia w postępowaniu przed KIO. W postanowieniu z 3 grudnia 2014 r. (sygn. akt [...]) KIO stwierdziła: „Odwołujący może zatem zrezygnować z popierania wszystkich, niektórych lub nawet tylko jednego zarzutu odwołania, a rezygnacja z ich popierania powoduje, że nie podlegają one rozpatrzeniu w postępowaniu odwoławczym. W orzecznictwie Izby ukształtowała się bowiem tradycja, że cofnięte zarzuty odwołania pozostawia się bez rozpoznania w toku rozprawy. Niezależnie od powodów decyzji odwołującego w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego brak jest regulacji pozwalającej na ocenę przez Izbę, czy takie cofnięcie jest zgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub nie zmierza do obejścia prawa, jak to ma miejsce w postępowaniu cywilnym, gdzie sąd może uznać na tej podstawie powodów za niedopuszczalne cofnięcie pozwu lub ograniczenie roszczenia (art. 203 § 4 k.p.c.). Powoduje to również, że dla oceny skutków cofnięcia zarzutów odwołania nie ma znaczenia ustalenie, czy nastąpiło ono po wniesieniu przez zamawiającego odpowiedzi na odwołanie lub podjęciu innych czynności przez zamawiającego, a zatem skutek zapoznania się przez odwołującego z merytorycznym stanowiskiem strony przeciwnej. Pozostawienie cofniętych zarzutów bez rozpatrzenia nie narusza w żaden sposób wynikającego z art. 192 ust. 7 [p.z.p.] zakazu orzekania przez Izbę, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast cofnięcie zarzutów może mieć wpływ na rezultat tego rozpoznania, gdyż z mocy art. 192 ust. 2 [p.z.p.] uwzględnienie odwołania jest możliwe, jeżeli zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy [p.z.p.], które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”.

Wobec powyższego, mając na uwadze, że KIO oddaliła pozostałe zarzuty odwołania – a zatem te, które w istocie były przedmiotem rozstrzygnięcia – nie sposób podzielić założenia skarżącej, że była ona stroną, która w części „wygrała” sprawę przed KIO. Wprost przeciwnie – sprawę rozpoznaną przez Izbę formalnie rzecz biorąc wygrał zamawiający, ponieważ Izba w całości oddaliła zarzuty utrzymane w odwołaniu spółki. Prokurator Generalny opisał to innymi słowami, wskazując: „(...) to Skarżąca, wbrew opinii Jej samej, nie wygrała postępowania przed KIO w jakiegokolwiek części. Wszak w rezultacie wycofania przez «odwołującego» (czyli Skarżącą) 14 zarzutów odwołania merytorycznym rozpoznaniem została objęta jedynie część z nich (16 z 30) i jego wynik był dla Skarżącej w całości niekorzystny”.

W postępowaniu odwoławczym leżącym w tle rozpoznawanej skargi konstytucyjnej, umorzenie postępowania przed KIO w zakresie części zarzutów – jak wyżej wskazano – nastąpiło z powodu wycofania zarzutów przez spółkę, czyli na podstawie art. 187 ust. 8 p.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza nie rozważała zatem, czy dokonana przez zamawiającego modyfikacja s.i.w.z. była czynnością zgodną z przepisami ustawy (zob. zwłaszcza art. 38 ust. 4-6 p.z.p., który określa warunki dokonania zmiany s.i.w.z.) lub też czy wynikała z uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Gdyby skarżąca tej części zarzutów nie wycofała, wówczas Izba dokonałaby prawdopodobnie takiej kwalifikacji.

Podobnie Sejm w swym stanowisku wskazał, że wycofanie części zarzutów przez spółkę mogło stanowić przedwczesną decyzję procesową. Sejm podniósł: „(...) utrzymanie odwołania w pierwotnym kształcie przez skarżącą mogłoby wywołać taki skutek, że zamawiający obstawałby nadal o zgodności s.i.w.z. z [p.z.p.], co w świetle ich jednoczesnej zmiany w kierunku wskazanym przez skarżącą, dawałoby ogromną szansę na uznanie części zarzutów za zasadne i zasądzenie przez KIO kosztów postępowania zgodnie z art. 192 ust. 10

[p.z.p.], czyli stosowanie do jego wyniku (taka regułą przewiduje także § 5 ust. 4 rozporządzenia o kosztach, w świetle którego KIO w opisanej potencjalnej sytuacji orzekłaby o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku)”.
Z analizy uzasadnienia skargi konstytucyjnej oraz wniesionej przez spółkę do sądu skargi na wyrok KIO, wynika, że skarżąca zajęła stanowisko, iż to zamawiający jest stroną, która „przegrała” postępowanie odwoławcze (w swej skardze do sądu skarżąca żądała obciążenia zamawiającego kosztami postępowania w całości). Stanowisko skarżącej nie ma jednak podstaw w okolicznościach faktycznych i prawnych postępowania odwoławczego oraz postępowania przed sądem.

Poza poruszonymi wcześniej zagadnieniami, należy zauważyć, że skarżąca w swej skardze do sądu okręgowego zakwestionowała wyrok KIO tylko w części dotyczącej kosztów postępowania, lecz już nie w części, w której Izba oddaliła zarzuty będące przedmiotem rozstrzygnięcia merytorycznego. Nie ulega zatem wątpliwości, że część zarzutów odwołania spółki – nawet przy przyjętych przez nią założeniach co do charakteru dokonanej przez zamawiającego czynności zmiany s.i.w.z. – nie została uwzględniona. Nie zaistniała zatem z pewnością sytuacja, w której skarżąca „wygrała” postępowanie odwoławcze w całości. Jak się wydaje, formułując swe zarzuty wobec art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p., spółka nie uwzględniła specyfiki postępowania odwoławczego, czy nawet bardziej ogólnie rzecz ujmując – specyfiki postępowania o udzielenie zamówienia.

Jeśli chodzi o wydane w sprawie leżącej u podstaw skargi konstytucyjnej postanowienie sądu okręgowego, w którym przywołano zaskarżony w skardze konstytucyjnej art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p., Trybunał Konstytucyjny zaznaczył, że nie jest upoważniony do kontroli prawidłowości rozstrzygnięć sądowych wydanych w sprawie, na kanwie której skarżący wniósł skargę. Trybunał nie jest bowiem instancją odwoławczą od orzeczeń sądów ani nie sprawuje nadzoru judykacyjnego nad sądami, a skarga konstytucyjna nie jest kolejnym środkiem zaskarżenia ostatecznych rozstrzygnięć sądowych. Trybunał nie ocenia zatem także sposobu i prawidłowości zastosowania prawa przez sądy, dlatego nie poddawał ocenie w niniejszej sprawie, czy sąd okręgowy zasadnie odwołał się w uzasadnieniu swego postanowienia do art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p.

Trybunał Konstytucyjny był natomiast zobligowany ocenić, czy wskazany jako przedmiot skargi konstytucyjnej art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. był podstawą tego orzeczenia w tym sensie, że determinował rozstrzygnięcie o wolnościach lub prawach skarżącej, której ochrony dochodzi ona w trybie skargi konstytucyjnej. Z przeprowadzonej wcześniej analizy wynika, że kwestionowana regulacja – jak trafnie ujęto to w stanowisku Sejmu – pozostaje formalnie w ewidentnym związku z ostatecznym orzeczeniem w sprawie skarżącej, lecz mimo to nie wyznacza treści rozstrzygnięcia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego. Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że sąd okręgowy oddalił skargę spółki jako bezzasadną; jak stwierdził w orzeczeniu „(...) orzeczenie Izby zawarte w pkt 3. wyroku [rozstrzygającym o kosztach postępowania odwoławczego] było prawidłowe i skarga na podstawie powołanych przepisów oraz art. 198f ust. 2 [p.z.p.] podlegała oddaleniu”. Analizując istotę i rzeczywisty zakres tego rozstrzygnięcia, należało dostrzec dodatkowo, że w odpowiedzi na skargę do sądu zamawiający wskazał między innymi, że w toku posiedzenia i rozprawy przed KIO nie składał żadnych oświadczeń dotyczących uznania odwołania w jakimkolwiek zakresie i uznawał zarzuty odwołania za bezpodstawne, stąd zmiana s.i.w.z. – jego zdaniem – nie może być traktowana jako uwzględnienie odwołania w trybie art. 186 ust. 2 p.z.p. Skoro skarżąca zajmowała przeciwne niż zamawiający stanowisko co do charakteru czynności przez niego dokonanej, powinna dążyć do rozstrzygnięcia tej kwestii spornej w postępowaniu odwoławczym. Tymczasem to decyzja skarżącej o wycofaniu części zarzutów (których treść zamawiający miał wziąć pod uwagę, dokonując modyfikacji s.i.w.z.) uniemożliwiła w istocie

rozstrzygnięcie tej kwestii przez organ orzekający w postępowaniu odwoławczym i ewentualnie następnie – przez sąd rozpoznający skargę na orzeczenie KIO.

4. W świetle przeprowadzonej wyżej analizy zaskarżonej regulacji i jej kontekstu normatywnego oraz poczynionych ustaleń co do istoty wydanych w sprawie skarżącej orzeczeń, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że skarga konstytucyjna spółki nie spełnia wymagań warunkujących dopuszczalność jej merytorycznego rozpoznania.

Zaskarżony przez spółkę art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. nie był podstawą prawną ostatecznego orzeczenia wydanego w sprawie skarżącej w tym sensie, że stanowił źródło naruszenia konstytucyjnych praw i wolności, których ochrony skarżąca się domagała.

Art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p. skarżąca zakwestionowała zakresowo, a mianowicie „w zakresie, w jakim (...) nakazuje, aby odwołujący poniosł 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”. Niezależnie nawet od wątpliwości, czy w postępowaniu odwoławczym, w którym skarżąca była odwołującym, doszło rzeczywiście do uwzględnienia (uznania) zarzutów przez zamawiającego, Trybunał Konstytucyjny nie mógł pominąć okoliczności, że skarżąca poniosła koszty postępowania w całości wskutek wycofania przez nią – mimo braku takiego obowiązku – części zarzutów odwołania oraz oddalenia w wyroku KIO tych zarzutów, które były przedmiotem rozpoznania w postępowaniu przed Izbą. To, że skarżąca okazała się stroną, która „przegrała” sprawę przed KIO, było wynikiem obranej przez nią strategii procesowej. Być może strategia ta była uzasadniona okolicznościami sprawy, w tym działaniem zamawiającego, oraz całokształtem regulacji postępowania odwoławczego, z jego specyfiką ustalania wyniku tego postępowania. Niemniej jednak, nawet gdyby przychylić się do założenia skarżącej, że w okolicznościach tej konkretnej sprawy obciążenie jej całością kosztów prowadziło do naruszenia jej praw majątkowych oraz zasady rzetelności proceduralnej, to naruszenie to nie wynikało z treści art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a p.z.p.

Podsumowując, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że wydanie wyroku w niniejszej sprawie było niedopuszczalne, co skutkuje umorzeniem postępowania na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 u.o.t.p.TK.

Na marginesie Trybunał wyjaśnił, że wobec uczynienia przedmiotem skargi konstytucyjnej przepisu, który nie determinował rozstrzygnięcia w sprawie spółki, a zatem wobec niespełnienia jednego z warunków dopuszczalności tej skargi, Trybunał nie badał:

– po pierwsze, czy wskazane przez spółkę wzorce kontroli wyrażają konstytucyjne prawa lub wolności jej przysługujące, w szczególności nie badał adekwatności art. 45 Konstytucji do oceny przepisów regulujących postępowanie przed KIO;

– po drugie – wpływu na tok niniejszego postępowania wejścia w życie 1 stycznia 2021 r. ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019) i uchylenia wcześniej obowiązującej ustawy – Prawo zamówień publicznych (zob. art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020)).

Zważywszy powyższe okoliczności, Trybunał Konstytucyjny postanowił jak na wstępie.