Sygn. akt: KIO 1170/19

WYROK

z dnia 4 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ADAC-LEWAR sp. z o.o. w Przystajni oraz Gramar sp. z o.o. w Lublińcu

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Lewin Brzeski z siedzibą w Lewinie Brzeskim
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. K. i Z. K., prowadzących w Opolu działalność gospodarczą pod nazwą KRAW-BUD s.c., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie

czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. K. i Z. K., prowadzących w Opolu działalność gospodarczą pod nazwą KRAW-BUD s.c. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, czy w ramach zadań pt. „Kanalizacja sanitarna oraz deszczowa wraz z robotami dodatkowymi: nawierzchnie dróg oraz placów manewrowych z kostki betonowej i mieszanki mineralno-asfaltowej”

zrealizowanych na rzecz Opoltrans sp. z o.o. w Opolu wykonali oni ciągi komunikacyjne dróg o nawierzchni asfaltowej o powierzchni minimum 10.000 m^2 w ramach jednego zamówienia lub dwóch odrębnych zamówień,

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

3. kosztami postępowania obciąża Gminę Lewin Brzeski z siedzibą w Lewinie Brzeskim w części i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ADAC-LEWAR sp. z o.o. w Przystajni oraz Gramar sp. z o.o. w Lublińcu w części 14 :

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ADAC-LEWAR sp. z o.o. w Przystajni oraz Gramar sp. z o.o. w Lublińcu tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Gminy Lewin Brzeski z siedzibą w Lewinie Brzeskim na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ADAC-LEWAR sp. z o.o. w Przystajni oraz Gramar sp. z o.o. w Lublińcu kwotę 6.800 zł 00 gr (słownie: sześciu tysięcy ośmiuset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1170/19

Uzasadnienie

Gmina Lewin Brzeski z siedzibą w Lewinie Brzeskim, zwana dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „budowa ścieżek pieszo-rowerowych w Gminie Popielów i w Gminie Lewin Brzeski".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 9 maja 2019 r., poz. 544428-N-2019.

18 czerwca 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia ADAC-LEWAR sp. z o.o. w Przystajni oraz Gramar sp. z o.o. w Lublińcu, zwanym dalej „odwołującym", zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. K. i Z. K., prowadzących w Opolu działalność gospodarczą pod nazwą KRAW-BUD s.c., zwanych dalej „przystępującym".

Wobec:

1) czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej,

2) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu odwołujący wniósł 24 czerwca 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w pkt. 4.2.3. rozdziału 4 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zamawiający zastrzegł, że wykonawca ubiegający się o udzielenie tego zamówienia winien spełnić warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej polegający na należytym i zgodnym z przepisami prawa budowlanego wykonaniu oraz prawidłowym ukończeniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwóch zadań, z których każde obejmowało budowę ciągu/ciągów komunikacyjnych/dróg o nawierzchni asfaltowej o powierzchni minimum 10.000 m^2, przy czym zadania te mogły być realizowane łącznie w ramach jednego zlecenia lub odrębnie w ramach dwóch oddzielnych zleceń.

Odwołujący podkreślił, że z opisu ww. warunku udziału w postępowaniu wynika, że zamawiający wymaga od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia doświadczenia polegającego na wybudowaniu ciągów komunikacyjnych/dróg o nawierzchni asfaltowej, a nie ograniczającego się tylko do wykonania takiej nawierzchni na już istniejących ciągach komunikacyjnych/drogach, że doświadczenie to winno być nabyte dzięki zrealizowaniu co najmniej dwóch zadań, z których każde obejmowało budowę ciągu/ciągów komunikacyjnych/dróg o nawierzchni asfaltowej o powierzchni minimum 10.000 m^2, i że nie będzie spełnieniem tego warunku wykonanie na podstawie jednego lub kilku zleceń kilku ciągów komunikacyjnych/dróg o nawierzchni asfaltowej, każda o powierzchni mniejszej niż 10.000 m^2, nawet jeżeli łączna powierzchnia nawierzchni asfaltowej na tych ciągach komunikacyjnych/drogach będzie równa lub wyższa niż 10.000 m^2.

Odwołujący wywiódł, że przystępujący w celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego wystosowane do niego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp złożył:

- „Wykaz zamówień wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert";

- referencje Usług Wodno-Kanalizacyjnych „HYDRO-LEW" spółki z o.o. z siedzibą w Lewinie Brzeskim z dnia 22 maja 2019 r.;

- referencje OPOLTRANS spółki z o.o. z siedzibą w Opolu z dnia 20 maja 2019 r.

Odwołujący wskazał, że w pozycji 2 powyższego wykazu napisano, że przystępujący na zlecenie HYDRO-LEW spółki z o.o. wykonał prace nawierzchniowe na zadaniu „Budowa kanalizacji", które ukończył w dniu 22 maja 2019 r. Z kolei w pozycji 3 tego wykazu napisano, że w latach 2014 - 2018 r. przystępujący wykonywał na zlecenie OPOLTRANS spółki z o.o. nawierzchnie jezdni.

Odwołujący wskazał, że w referencjach Usług Wodno-Kanalizacyjnych „HYDRO-LEW" spółki z o.o. z dnia 22 maja 2019 r. stwierdza się, że:

- przystępujący zrealizował udzielone mu przez „HYDRO-LEW" spółkę z o.o. zamówienie publiczne na budowę kanalizacji sanitarnej wraz z przepompowniami dla miejscowości Lewin Brzeski - osiedle Mickiewicza, Przeczą, Raski, Skorogoszcz i Chróścina;
- w ramach tego zamówienia odtworzona została z betonu asfaltowego nawierzchnia istniejących dróg gminnych w miejscowościach Skorogoszcz i Chróścina oraz nawierzchnia istniejącej drogi gminnej Przeczą - Raski;

- powierzchnia nawierzchni odtworzonej na tych drogach wynosiła 10.040,20 m^2.

W referencjach OPOLTRANS spółki z o.o. z dnia 20 maja 2019 r. stwierdza się, że:

- przystępujący w latach od 2014 do 2018 r. realizował na zlecenie tej spółki bliżej nieokreśloną liczbę zadań polegających na budowie kanalizacji sanitarnej i deszczowej;

zadania te obejmowały między innymi wykonanie nawierzchni jezdni z mieszanek mineralno- asfaltowych o łącznej powierzchni 10.340 m^2.

Według odwołującego opisane wyżej dokumenty nie potwierdzają spełnienia opisanego warunku udziału w postępowaniu. Wywiódł, że z przedmiotowych dokumentów wynika, że przystępujący legitymują się doświadczeniem jedynie w odtwarzaniu lub wykonywaniu nawierzchni asfaltowej na już istniejących ciągach komunikacyjnych (drogach gminnych, placach manewrowych), a nie wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem polegającym na wykonaniu takich ciągów o nawierzchni asfaltowej. Ponadto jeśli nawet powierzchnia nawierzchni asfaltowej odtworzonej przez przystępującego w ramach realizacji udzielonego im przez „HYDRO-LEW" spółkę z o.o. zamówienia publicznego na budowę kanalizacji sanitarnej wraz z przepompowniami dla miejscowości Lewin Brzeski - osiedle Mickiewicza, Przeczą, Raski, Skorogoszcz i Chróścina przekracza nawet wymagane przez zamawiającego minimum 10.000 m^2, to jest co najmniej wątpliwe, by powierzchnia takiej nawierzchni wykonanej przez przystępującego w ramach poszczególnych zadań zleconych im przez OPOLTRANS spółki z o.o. przekraczała na którymkolwiek z tych zadań wymagane przez zamawiającego minimum 10.000 m^2, skoro zadań owych, zleconych w latach 2014 - 2018, a więc przez okres 5 lat, było co najmniej kilka, a łączna powierzchnia nawierzchni asfaltowej wykonanej w ramach wszystkich tych zadań wynosiła 10.040,20 m^2, a więc minimalnie tylko przekraczała wymagane przez zamawiającego 10.000 m^2.

W tym stanie rzeczy wybór, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego oraz zaniechanie wykluczenia go z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą naruszają art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W konsekwencji wybór ów naruszał także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowiący, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 25 czerwca 2019 r., w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł w odpowiedzi, że do zamawiającego wpłynęła kopia odwołania konsorcjum w składzie: ADAC-LEWAR sp. z o.o. oraz GRAMAR sp. z o.o. Odwołanie zostało podpisane przez Prezesa Zarządu ADAC-LEWAR sp. z o.o., pana D. Ż. Zamawiający podniósł, że w ustawie Pzp korzystanie ze środków ochrony prawnej przyznane zostało uczestnikom konsorcjum tylko wtedy, gdy działają wspólnie. Wywiódł, że status wykonawcy w postępowaniu odwoławczym mają podmioty występujące wspólnie, pod warunkiem że działają w tym postępowaniu łącznie, a nie jak mamy do

czynienia w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w którym jeden z członków konsorcjum działa samodzielnie.

W dalszej części odpowiedzi zamawiający podniósł, że lider konsorcjum odwołującego błędnie w swoim odwołaniu stwierdza, iż zamawiający przez postawienie w pkt. 4.2.3 Rozdziału 4 SIWZ, w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wymogu wykonania ciągów komunikacyjnych o nawierzchni asfaltowej, wymagał wykonania nowych ciągów a nie dopuścił odtworzenia istniejących ciągów komunikacyjnych. Podkreślił, iż za wyrażenie „wykonanie" należy, w ślad za słownikiem synonimów, rozumieć również m.in. odtworzenie. Powołał się na internetowy słownik — synonimy.pl

Zamawiający podniósł, że lider konsorcjum wskazał w odwołaniu, iż wykonanie ciągów komunikacyjnych różni się od odtworzenia, i na tej podstawie domaga się odrzucenia oferty domniemując, iż te dwa zakresy rzeczowe nie są tożsame. Wywiódł, że kwestia zakresu rzeczowego została również zbadana przez zamawiającego w związku z referencjami jaki przedstawił przystępujący. Po zbadaniu zakresu rzeczowego robót związanych z wykonywaniem nawierzchni bitumicznych wskazanych w referencjach przystępującego stwierdzono, iż zakres tych robót polegał m.in. na wykonaniu rozbiórki nawierzchni bitumicznych, wykonywaniu robót ziemnych, wykonywaniu konstrukcyjnych warstw drogowych (podsypki, podbudowy), wykonywaniu nawierzchni bitumicznych i betonowych. Zakres tych robót dotyczył dróg gminnych, powiatowych, wojewódzkich, zarówno publicznych jak i wewnętrznych. Konstrukcja tych dróg jest znacząco większa i stawiane są jej o wiele większe wymagania techniczne niż dla ścieżek rowerowych, a to z uwagi na obciążenie użytkowe czy natężenie ruchu. Zamawiający wywiódł, że trudno mu było powątpiewać, iż wykonawca który ma doświadczenie w wykonywaniu robót drogowych w pełnej konstrukcji jezdni i nawierzchni jezdni dróg kategorii wyżej wskazanych, nie będzie w stanie wykonać konstrukcji i nawierzchni ścieżki rowerowej. Zamawiający stwierdził, iż zakres robót przedstawiony w referencjach przystępującego w pełni odpowiada wymaganiom zamawiającego, stąd, po zakończeniu badania ofert i dokonaniu ich oceny, podjęto decyzję o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S. K. i Z. K., prowadzący w Opolu działalność gospodarczą pod nazwą KRAW-BUD s.c.. Wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp skierowane do przystępującego 29 maja 2019 r., odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18 czerwca 2019 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. K. i Z. K., prowadzących w Opolu działalność gospodarczą pod nazwą KRAW-BUD s.c. uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła oddalić wniosek odwołującego o niedopuszczenie przystępującego do udziału w postępowaniu odwoławczym. Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 4 lipca 2019 r. podniósł, że w zgłoszeniu przystąpienia z dnia 26 czerwca 2019 r. zgłaszający przystąpienie nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Wskazał, że na str. 2 zgłoszenia przystąpienia pozostało niewypełnione pole, w którym zgłaszający przystąpienie miał opisać, na czym polega jego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Zamawiający i przystępujący wnieśli o oddalenie wniosku.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba stwierdziła, że rzeczywiście na str. 2 zgłoszenia przystąpienia pozostało niewypełnione pole, w którym zgłaszający przystąpienie miał opisać, na czym polega jego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Stwierdzono jednak, że interes ten został wykazany w uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia. Dostrzeżenia wymagało, że w sporządzonym przez siebie uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia przystępujący wskazał, że jest gotowy do realizacji przedmiotowego zamówienia i że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał do jego realizacji. Wniósł o oddalenie zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zdaniem Izby w ten sposób przystępujący wystarczająco wykazał, na czym polega jego interes w oddaleniu odwołania, powołując się na swe dalsze zainteresowanie realizacją zamówienia i domagając się oddalenia odwołania. Wobec powyższego wniosek odwołującego podlegał oddaleniu.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, jakoby odwołanie miał wnieść jedynie lider konsorcjum (ADAC-LEWAR sp. z o.o. w Przystajni), a nie obaj członkowie konsorcjum odwołującego łącznie (tj. ADAC-LEWAR sp. z o.o. w Przystajni i Gramar sp. z o.o. w Lublińcu). Ze str. 1 odwołania jednoznacznie wynikało, że wnoszone jest w imieniu obu ww. członków konsorcjum odwołującego, za których działał - jedynie jako pełnomocnik - ADAC-LEWAR sp. z o.o., w imieniu której odwołanie podpisał prezes zarządu ADAC-LEWAR sp. z o.o. pan D. Ż. Do odwołania załączono prawidłowe pełnomocnictwo z dnia 20 maja 2019 r. mocą którego ADAC-LEWAR sp. z o.o. i Gramar sp. z o.o. udzieliły umocowania ADAC-LEWAR sp. z o.o. do pełnienia funkcji lidera konsorcjum wraz z prawem do reprezentowania tego konsorcjum oraz do podejmowania w imieniu konsorcjum wszelkich czynności. Wobec powyższego należało uznać, że odwołanie zostało wniesione w imieniu konsorcjum, a prezes zarządu ADAC-LEWAR sp. z o.o. podpisując odwołanie działał nie tylko w imieniu ADAC-LEWAR sp. z o.o. ale także w imieniu Gramar sp. z o.o.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu skutkować będzie koniecznością nakazania wykonania tej czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający w rozdziale 4 pkt 4.2.3. (s. 10 SIWZ) opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający przesądził, że Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:
- minimum 2 roboty polegające na wykonaniu ciągu/ciągów komunikacyjnych/dróg z nawierzchni asfaltowej o powierzchni minimum 10.000,00 m^2 każda.

Pod warunkiem znalazła się dodatkowo uwaga o treści: Wykonawca może wykazać spełnienie warunku w taki sposób, że wykonanie ciągu/ciągów komunikacyjnych/dróg o nawierzchni asfaltowej o powierzchni minimum 10.000,00 m^2 każda miała miejsce w ramach jednego zamówienia lub dwóch odrębnych zamówień.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający postanowił w rozdziale 5 w pkt 5.1.1. (s. 13 SIWZ), że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w rozdziale 4 SIWZ oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia, Wykonawcy muszą złożyć wraz z ofertą oświadczenia (aktualne na dzień składania ofert) w zakresie wskazanym w załączniku Nr 4 i 5 do SIWZ. Informacje zawarte w oświadczeniach będą stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Oświadczenia te Wykonawca składa zgodnie ze wzorami stanowiącymi Załącznik Nr 4 i 5 do SIWZ.

Ponadto, w rozdziale 5 w pkt 5.3.1. (s. 14 SIWZ) zamawiający wskazał, że Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia, następujących oświadczeń lub dokumentów:

a) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (sporządzonego zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do SIWZ), z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył zamawiającemu m.in. przystępujący. Przystępujący załączył do swej oferty wstępne oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w zakresie opisanym w rozdziale 4.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 29 maja 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wymienionych w rozdziale 5 pkt 5.3.1. SIWZ.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przystępujący złożył wykaz prac projektowych i budowlanych. W wykazie tym wymienił następujące roboty budowlane:

1) (poz. 2) - prace nawierzchniowe na zadaniu „budowa kanalizacji", zakończone 22.05.2019 r. wykonane na rzecz Hydro-Lew z siedzibą w Lewinie Brzeskim,

2) (poz. 3) - nawierzchnia jezdni dla Opoltrans, wykonane w okresie 2014 r. do 2018 r. na rzecz Opol-Trans sp. z o.o. w Opolu.

Ustalono także, że do wykazu przystępujący załączył m.in.:

1) referencje Hydro-Lew sp. z o.o. w Lewinie Brzeskim z 22 maja 2019 r., w których wskazano, że przystępujący został wybrany jako Wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przepompowniami dla miejscowości Lewin Brzeski „osiedle Mickiewicza'', Przeczą, Raski, Skorogoszcz, Chróścina, w ramach którego zostały wykonane nawierzchnie z mieszanek mineralno-bitumicznych na drodze Przeczą - Raski oraz na drodze gminnej w m. Skorogoszcz Chróścina

- Zakres robót odtworzeniowych nawierzchni dróg gminnych w m. Skorogoszcz i Chróścina obejmował wykonanie ok. 1 740,20 m^2 nawierzchni z warstwy ścieralnej z betonu asfaltowego AC 11S wraz z podbudowami.

Koszt wykonanych robót odtworzeniowych nawierzchni dróg gminnych Skorogoszcz, Chróścina wyniósł 183 669,60 zł (netto)

- Zakres robót odtworzeniowych nawierzchni drogi w m. Przeczą - Raski obejmował wykonanie ok. 8 300,00 m^2 nawierzchni z warstw ścieralnej z betonu asfaltowego AC11S wraz z podbudowami.

Koszt wykonanych robót odtworzeniowych nawierzchni drogi Przeczą - Raski wyniósł 703 222,33zł (netto)

Razem 10.040,20 m^2 7886 891,93 zł

2) referencje Opoltrans sp. z o.o. w Opolu z 20 maja 2019 r., w których wystawca referencji oświadcza, że przystępujący w okresie od 2014 do 2018 roku, jako wykonawca, wykonał na rzecz firmy OPOLTRANS Sp. z o.o. 45-920 Opole, ul. Norweska 13 w ramach zadań pt: „Kanalizacja sanitarna oraz deszczowa wraz z robotami dodatkowymi: nawierzchnie dróg oraz placów manewrowych z kostki betonowej i mieszanki mineralno-asfaltowej" w ilościach:

- Kanalizacja sanitarna o średnicy 300,500,200,160 mm L=8200 m
- Kanalizacja deszczowa o średnicy 500,300,200,160 mm L=3800 m
- Odwodnienie drenaż rurowy o średnicy 100mb L=2100 m
- Montaż studzienek kanalizacyjnych o średnicy 425mm 58 szt.
- Montaż studni kanalizacyjnych z kręgów żelbetowych o średnicy 100-1200mm 98 szt.
- Montaż studzienek kanalizacyjnych o średnicy 315 mm 49 szt.
- Przewierty maszyną do wierceń poziomych -mikrotuneling L- 120m
- Montaż przepompowni wraz z układem sterowania i robotami elektrycznymi 4 kpi.
- Nawierzchnie z kostki brukowej betonowej o gr. 8 15000 m^2
- Nawierzchnie jezdni z mieszanek mineralno-asfaltowych 10 340 m^2
- Krawężniki drogowe 15x30x100 1800 mb

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 18 czerwca 2019 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (...).

Art. 26 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zasadny okazał się zarzut odwołującego, który wywiódł w odwołaniu, że przystępujący w odniesieniu do roboty wymienionej w wierszu 3 wykazu robót (zadania wykonane na rzecz Opoltrans sp. z o.o. w Opolu) nie wykazał czy robota ta został wykonana w ramach jednego lub dwóch zamówień.

Nie było sporne między stronami, że zgodnie z literalnym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu, wykonawcy zobowiązani byli wykazać swe doświadczenie w wykonaniu minimum dwóch robót polegających na wykonaniu ciągu/ciągów komunikacyjnych/dróg z nawierzchni asfaltowej o powierzchni minimum 10.000,00 m^2 każda. Co istotne jednak, zamawiający dodatkowo zastrzegł w uwadze znajdującej się pod warunkiem, że wykonanie ciągu/ciągów komunikacyjnych/dróg o nawierzchni asfaltowej o powierzchni minimum 10.000,00 m^2 każda musiało mieć miejsce w ramach jednego zamówienia lub dwóch odrębnych zamówień. Innymi słowy w ramach danej roboty można było sumować zamówienia polegające na wykonaniu ciągu/ciągów komunikacyjnych/dróg o nawierzchni asfaltowej, ale tylko maksymalnie dwa.

Tymczasem, jak słusznie wskazał odwołujący, z referencji dotyczącej roboty wykonanej przez przystępującego na rzecz Opoltrans sp. z o. o. w Opolu wynikało, że przystępujący wykonał nawierzchnie jezdni z mieszanek mineralno - asfaltowych o powierzchni 10.340 m^2 w ramach „zadań". Na uwagę zasługiwał fakt, że wystawiający referencje, opisując roboty w ramach których wykonano roboty na jezdniach, posłużył się liczbą mnogą, jednak bez doprecyzowania liczby owych „zadań". W tej sytuacji nie wiadomo było, czy nawierzchnie z mieszanek mineralno-asfaltowych wykonano w ramach jednego,

dwóch czy większej liczby zamówień. Powyższa wątpliwości wynikała także z tego, że referencje Opoltrans sp. z o.o. miały charakter zbiorczy, gdyż odnosiły się do wykonania także innych rodzajowo robót. Okoliczność, czy ciągi/ciągi komunikacyjne/drogi o nawierzchni asfaltowej wykonano na rzecz Opoltrans sp. z o.o. na podstawie jednego lub co najwyżej dwóch zamówień nie wynikała także z treści wykazu, ani wyjaśnień złożonych przez przystępującego w trakcie postępowania. Zamawiający w trakcie rozprawy na pytanie Izby jednoznacznie oświadczył, że kwestii tej nie badał.

W tej sytuacji zamawiający Izba stwierdziła, że zamawiający przedwcześnie uznał, że przystępujący wykazał mu spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Nie można bowiem wykluczyć, że roboty polegające na wykonaniu ciągu/ciągów komunikacyjnych/dróg o nawierzchni z mieszanek mineralno-asfaltowych rzeczywiście zostały wykonane na rzecz Opoltrans sp. z o.o. w ramach jednego lub maksymalnie dwóch zamówień i wtedy warunek zostanie wykazany. Jeśli zaś ze złożonych wyjaśnień wynikać będzie, że przystępujący wykonał ciągi/ciągi komunikacyjne/drogi o nawierzchni asfaltowej w ramach trzech lub większej liczby zamówień, wtedy zamawiający zobowiązany będzie wezwać przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podkreślenia w tym miejscu wymagało, że Izba nie jest związana żądaniami odwołującego, który domagał się wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba pozostawała związana jedynie zarzutami przedstawionymi w odwołaniu. W analizowanym stanie faktycznym żądanie odwołującego okazało się przedwczesne, gdyż zamawiający przed wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zobowiązany jest uprzednio skorzystać z procedur uregulowanych w art. 26 ust. 4 i w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Za chybiony uznano zarzut odwołującego, który wywiódł, że nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu roboty polegające na odtworzeniu lub wykonywaniu nawierzchni asfaltowych na już istniejących ciągach komunikacyjnych.

Zamawiający w rozdziale 4 pkt 4.2.3. (s. 10 SIWZ) opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający przesądził, że Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- minimum 2 roboty polegające na wykonaniu ciągu/ciągów komunikacyjnych/dróg z nawierzchni asfaltowej o powierzchni minimum 10.000,00 m^2 każda.

Wzięto pod uwagę, że zamawiający nie zawarł w opisie przywołanego warunku definicji sformułowania „roboty polegające na wykonaniu ciągu/ciągów komunikacyjnych/dróg z nawierzchni asfaltowej". W tej sytuacji należało więc odwołać się do ogólnego znaczenia pojęcia „wykonanie". Nie sposób było odmówić racji zamawiającemu, który w odpowiedzi na odwołanie w ślad za słownikiem synonimy.pl przyjął, że przez „wykonanie" należało także rozumieć „odtworzenie" ciągu/ciągów/drogi, polegające na rozebraniu nawierzchni na istniejącym ciągu/ciągach/drodze i wykonaniu w tym miejscu nowej nawierzchni. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie doprecyzował w treści SIWZ, że „wykonanie ciągu/ciągów komunikacyjnych/dróg z nawierzchni asfaltowych" nie mogło być poprzedzone rozbiórką nawierzchni na już istniejących ciągach/drogach. Zdaniem Izby jeżeli wykonawca prowadził prace rozbiórkowe nawierzchni na już istniejącym ciągu/ciągach/drodze, a następnie wykonał nowe nawierzchnie asfaltowe na takim ciągu/ciągach/drodze, to wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 4.2.3 ppkt 1 SIWZ.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawało, w jaki sposób warunek z pkt 4.2.3 SIWZ rozumieli odwołujący i wykonawca WASBUD R. W. Odwołujący w trakcie rozprawy argumentował, że - analogicznie jak on - warunek rozumiał także wykonawca WASBUD R. W. Na tę okoliczność złożył, w charakterze dowodu, wykaz zamówień wraz z dokumentami referencyjnymi złożony przez wykonawcę R. W. firma Wasbud, oraz wykaz własnych robót budowlanych wraz z dokumentami referencyjnymi. Na marginesie jedynie dostrzeżenia wymagało, że z zestawienia wartości wykonanych robót odnoszącym się do zadania „Budowa ścieżek rowerowych w gminie Grodków" wykonanego przez R. W. wynikało, że przedmiotem robót było także „odtworzenie trasy" (pkt 2 zestawienia). Z kolei z poświadczenia odnoszącego się do wykonanego przez R. W. zadania „Budowa dróg lokalnych w Tarnowie Grodkowskim" wynikało, że roboty wykonano „w zwartej zabudowie jednorodzinnej z dostępem mieszkańców do posesji". Nie można było zatem wykluczyć, że również wykonawca R. W. wykazał się doświadczeniem polegającym na wykonaniu nawierzchni asfaltowych na już istniejących ciągach/drogach.

Kierując się powyższymi rozważaniami zarzut należało uznać za chybiony.

Izba zobowiązana była pominąć przy wyrokowaniu nowe zarzuty, które odwołujący sformułował dopiero w trakcie rozprawy. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu. W orzecznictwie Izby i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby jednolicie uznaje się, że przez „zarzut" należy rozumieć konkretne fakty i towarzyszącą im argumentację prawną świadczące o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Wskazanie nowych faktów, nawet wypełniających dyspozycję tego samego przepisu ustawy Pzp, uznaje się za nowy zarzut. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.".

Odwołujący w trakcie rozprawy usiłował poddać rozstrzygnięciu Izby nowy, dodatkowy zarzut. Zgodnie z treścią tego zarzutu, dokumenty złożone przez przystępującego nie mogły być wzięte pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż robota, o której mowa w wierszu 2 wykazu, miała nie zostać ukończona. Odwołujący zarzucił, że przystępujący w ramach robót odtworzeniowych nawierzchni drogi w miejscowości Przecza-Raski wykonał nawierzchnię drogi o powierzchni 8 300 m^2. Podniósł, że zamówienie to nie zostało ukończone, gdyż, jak wynika z kosztorysu inwestorskiego, na zadaniu tym do wykonania było 18 275,9 m^2 nawierzchni asfaltowych.

Izba stwierdziła, że takiego zarzutu próżno było szukać w treści odwołania. Lektura odwołania prowadziła do jednoznacznego wniosku, że jego przedmiotem były jedynie dwie okoliczności faktyczne, które Izba rozstrzygnęła. W konsekwencji Izba postanowiła, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie:

- dowodu z dokumentu kosztorysu inwestorskiego dla zadania Przecza-Raski,

- dowodu z dokumentacji fotograficznej i materiałów filmowych wykonanych przez odwołującego na drodze Przecza-Raski, m./ Skorogorszcz,

- dowodu z odtworzenia materiałów filmowych wykonanych przez odwołującego na drodze Przecza-Raski, m. Skorogoszcz,

uznając, że dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki. Izba stwierdziła, że wnioskowane dowody zostały złożone celem wykazania, że roboty na drodze Przecza-Raski nie zostały ukończone. Takiego zarzutu nie sformułowano w odwołaniu, a zatem dowody nie miały jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, co skutkowało oddaleniem wniosku.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 i 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W sprawie stwierdzono naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, które mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający przedwcześnie uznał, że przystępujący, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, czy w ramach zadań pt. „Kanalizacja sanitarna oraz deszczowa wraz z robotami dodatkowymi: nawierzchnie dróg oraz placów manewrowych z kostki betonowej i mieszanki mineralno-asfaltowej" zrealizowanych na rzecz Opoltrans sp. z o.o. w Opolu wykonał on ciągi /ciągi komunikacyjne /dróg o nawierzchni asfaltowej o powierzchni minimum 10.000 m^2 w ramach jednego zamówienia lub dwóch odrębnych zamówień.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnośnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu

Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: „Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący R. S. i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie.

Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy § 5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania.

W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego R. S. Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.”.

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 14 (zarzut dotyczący ilości zamówień) i chybione w pozostałej części (zarzut dotyczący robót odtworzeniowych). Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem zamawiającego i odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 10.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł (łącznie 13.600 zł). Nie zaliczono w poczet kosztów postępowania odwoławczego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego i kosztów jego dojazdu na posiedzenie Izby. Uszło uwadze przystępującego, że zgodnie z § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) Izba w razie oddalenia odwołania, zasądza koszty od odwołującego na rzecz zamawiającego, a nie na rzecz przystępującego. Koszty na rzecz przystępującego mogą być zasądzone jedynie w sytuacji, o której mowa w § 5 ust. 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia, gdy zamawiający uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu, przystępujący wniesie sprzeciw wobec takiego uwzględnienia, a odwołanie zostanie oddalone. Z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, gdyż zamawiający nie uwzględnił zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 13.600 zł, a mianowicie tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (10.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 6.800 zł (13.600 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę

6.800 zł (13.600 - 6.800), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b, § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....