

WYROK
z dnia 11 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **P. Sa**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Dromax, P. S. w Knybawie, G. L.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Nadzory – GL G. L. w Starogardzie Gdańskim** oraz **Kontrakt sp. z o.o. w Gdańsku**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Biura Obsługi Inwestycji „Inwest-Wybrzeże” sp. z o.o. w Gdyni**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy **Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest-Wybrzeże” sp. z o.o. w Gdyni** na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.6.1 tiret drugie SIWZ z uwagi na przedstawienie doświadczenia odnoszącego się do zamówień polegających na pełnieniu wraz z nadzorem inwestorskiego kontrolą rozliczenia budowy wykonanych (zakończonych) wcześniej, niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania w 1/2 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **P. S.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Dromax, P. S. w Knybawie, G. L.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą

1

Nadzory – GL G. L. w Starogardzie Gdańskim oraz **Kontrakt sp. z o.o. w Gdańsku**, zaś w 1/2 - **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku** i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **P. S.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Dromax, P. S. w Knybawie, G. L.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Nadzory – GL G. L. w Starogardzie Gdańskim** oraz **Kontrakt sp. z o.o. w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr, poniesioną z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, kwotę 3.600 zł 00 gr, poniesioną z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
- 3.2. zasądza od **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **P. S.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Dromax, P. S. w Knybawie, G. L.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Nadzory – GL G. L. w Starogardzie Gdańskim** oraz **Kontrakt sp. z o.o. w Gdańsku** kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Gdańsku**.

Sygn. akt: KIO 598/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „pełnienie nadzoru inwestorskiego wraz z koordynacją i kontrolą rozliczenia nad projektowaniem i realizacją robót w systemie zaprojektuj i wybuduj zadania pod nazwą: nr 226 na odcinkach węzeł „Rusocin” autostrady A1 – Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański – Przejazdowo>”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 października 2016 r., nr 2016/S 195-351462.

16 marca 2017 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia P. S.o, prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Dromax, P. S. w Knybawie, G L., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Nadzory – GL G L. w Starogardzie Gdańskim oraz Kontrakt sp. z o.o. w Gdańsku, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest-Wybrzeże” sp. z o.o. w Gdyni, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu oraz czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej odwołujący wniósł 27 marca 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez brak wykluczenia przystępującego z postępowania, tj. przez przyjęcie, że przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu wykonując m.in. usługę pełnienia kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z rozliczeniem dla inwestycji pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 2202G Lubiewo Bielkówko Straszyn” w okresie realizacji kontraktu: 12.04.2011 r. - 01.12.2011 r. oraz w okresie zgłaszania wad i usterek: 02.12.2011 r. — 01.12.2014 r. i w zakresie określonym w „poświadczeniu” wydanym przystępującemu przez Zarząd Powiatu Gdańskiego w dniu 12.11.2016 r.,
- 2) art. 7 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 22 ust. 1a Pzp w związku z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 Pzp przez ograniczenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jak również przejrzystości postępowania polegające na przyjęciu przez zamawiającego dopiero po terminie składania ofert rozszerzającej wykładni warunku udziału w postępowaniu dotyczącego „wykonania (zakończenia) co

3

najmniej dwu zamówień polegających na pełnieniu nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia budowy przy przebudowie dróg klasy min. Z o długości łącznej co najmniej 10 km, w których w co najmniej jednym zamówieniu wystąpił przekrój uliczny”.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności z 16 marca 2017 r. polegającej na wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenia przystępującego z postępowania,
- 3) przeprowadzenia ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że nie zgadza się z czynnością wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. Argumentował, że wszystkie zarzuty, wnioski i żądania dotyczą wykładni lub spełnienia postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy, określonego w punkcie 7.6.1. SIWZ a dotyczącego wykazania przez wykonawcę, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał zamówienie odpowiadające swoim przedmiotem usługom będącym przedmiotem niniejszego zamówienia, tj. wykonał (zakończył) co najmniej dwa zamówienia polegające na pełnieniu

nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia budowy przy przebudowie dróg klasy min. Z o długości łącznej co najmniej 10 km, w których w co najmniej jednym zamówieniu wystąpił przekrój uliczny.

Odwołujący wywiódł, że dotychczasowa praktyka zamawiającego, jak również jednoznaczna wykładania treści warunku, będąca konsekwencją tej praktyki, zaprezentowana została w treści pisma wystosowanego przez zamawiającego do przystępującego w dniu 27.01.2017 r. Zamawiający stwierdził, że „cselem przedmiotowego warunku jest ustalenie przez Zamawiającego czy Wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia, którego przedmiotem jest pełnienie nadzoru inwestorskiego wraz z koordynacją rozliczenia nad projektowanie i realizacją robót. W związku z tym doświadczenie Wykonawcy w zakresie pełnienia kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia inwestycji powinno być wykonywane w okresie przeprowadzenia tej inwestycji a nie po jej zakończeniu w okresie gwarancji. Inny sposób interpretacji określonego warunku udziału w postępowaniu, a więc przyjęcie, iż pełnienie kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia inwestycji może być wykonywane również w okresie gwarancji wykonywanych robót budowlanych rodzi ryzyko naruszenia ustawy PZP poprzez możliwość uznania, iż Zamawiający dokonał arbitralnej, rozszerzającej wykładni zastosowanego warunku”. W odpowiedzi na przedmiotowe pismo przystępujący (w piśmie z dnia 06.02.2017 r.) wskazało jedynie „że oba wskazane zamówienia obejmowały (każde w

4

ramach jednej odrębnej umowy obejmującej zamówienie w całości) usługę nadzoru zarówno w okresie realizacji robót, jak również i gwarancji oraz w okresie rozliczenia.

Odwołujący podniósł, że jakkolwiek faktem jest, iż obowiązek świadczenia usługi przez wykonawcę został rozszerzony w umowie na wykonanie usługi kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z rozliczeniem dla inwestycji pn.: „Przebudowa drogi powiatowej nr 2202G Lubiewo Bielkówek-Straszyn”, to wskazać należy, że „przedmiot umowy realizowany będzie przez Inspektora Nadzoru w terminie do 31.10.2011 r.” (§ 2 ust. 2 umowy). Prawa i obowiązki inspektora nadzoru określone zostały w przepisach art. 25 i 26 ustawy Prawo budowlane. W szczególności należy zwrócić uwagę na zapis punktu 4 art. 25, zgodnie z którym do podstawowych obowiązków inspektora nadzoru należy potwierdzenie faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad, a także, na żądanie inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy. Obowiązek potwierdzenia usunięcia wad koresponduje z przepisem art. 26 pkt 2 tej ustawy, zgodnie z którym inspektor nadzoru budowlanego ma prawo żądać od kierownika budowy lub kierownika robót dokonania poprawek bądź ponownego wykonania wadliwie wykonanych robót. Usuwanie wad dotyczy zatem tylko i wyłącznie okresu realizacji inwestycji a nie okresu gwarancji bądź rękojmi. Wydaje się oczywistym, iż proces budowlany (którego uczestnikiem jest inspektor nadzoru inwestorskiego), o którym mowa w Prawie budowlanym dotyczy budowy, przebudowy lub remontu obiektu budowlanego i kończy się z chwilą oddania obiektu do użytkowania. Brak jest jakiegokolwiek podstawy do uznania, że zakres obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego rozciąga się także na okres gwarancji lub rękojmi. Zdaniem odwołującego usługa polegająca na pełnieniu nadzoru inwestorskiego kończy się z chwilą dokonania końcowego odbioru realizowanej inwestycji, ewentualnie jej finansowego rozliczenia. W żadnym przypadku nie można takiego zakończenia utożsamiać z dokonaniem odbioru pogwarancyjnego, który nie stanowi części procesu budowlanego.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający zobowiązany jest na mocy art. 14 ust. 1 Pzp stosować do podejmowanych czynności przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Dotyczy to również sposobu dokonywania wykładni oświadczeń woli, które zgodnie z przepisem art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostały, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Zgodnie z tą zasadą także postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu powinien być interpretowany w oparciu o jego literalne brzmienie, które potwierdzała dotychczasowa praktyka. Argumentował, że zamawiający również w przedmiotowym postępowaniu wyraźnie rozdziela pełnienie nadzoru inwestorskiego na okres realizacji inwestycji oraz na okres gwarancji i rękojmi. Świadczą o tym niezbitce wzory umów dotyczących wykonania zamówienia publicznego w okresie prowadzenia inwestycji oraz w okresie gwarancji i rękojmi.

5

W przypadku oferty przystępującego obie wskazane usługi pełnienia nadzoru inwestorskiego, tj. poza wskazaną wyżej również usługą pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu wraz z kontrolą rozliczenia budowy dla zadania pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 stanowiącej dojazd z miejscowości Tczew do węzła autostrady A1 Stanisławie” nie powinny zostać uznane jako dowody spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W przypadku usługi dotyczącej drogi wojewódzkiej nr 224 (w której zamawiającym był również Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku), inwestycja ta zakończyła się w październiku 2012 r. a przystępujący w wykazie ofertowym wskazał jako termin jej zakończenia 26.10.2015 r., tj. łącznie z okresem gwarancji i rękojmi.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i ust. 4 oraz art. 22 ust. 1a ustawy. Dokonując arbitralnej, rozszerzającej interpretacji spełniania warunku udziału w postępowaniu w sposób wykraczający poza jego literalne brzmienie zadziałał w konsekwencji na niekorzyść wykonawców. Dokonana przez zamawiającego wykładnia rozszerzająca warunku doprowadziła do ograniczenia konkurencji przez uniemożliwienie, na etapie składania ofert, udziału w postępowaniu wykonawców, którzy kierując się literalnym jego brzmieniem uznali, iż spełnienie warunku dotyczy okresu do chwili odbioru końcowego i rozliczenia robót a nie również okresu gwarancji i rękojmi. Zmiana wykładni dokonana została w toku postępowania, już po terminie złożenia ofert. Dokonanie oceny spełnienia warunku przez zamawiającego w sposób jaki dokonał tego w stosunku do oferty przystępującego powinno skutkować ponadto wykluczeniem pozostałych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Nie spełniają oni bowiem warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie uwzględnili w swoim wykazie doświadczenia wraz z okresem gwarancji i rękojmi. Oznacza to, iż w wielu przypadkach usługa de facto nie została jeszcze zakończona a zatem wykonawca nie powinien jej w wykazie uwzględnić.

Zdaniem odwołującego przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie udowodnił stricte merytorycznego zakresu posiadania doświadczenia określonego w warunku. Jakkolwiek w treści „poświadczenia” wystawionego przez Zarząd Powiatu Gdańskiego w dniu 12.11.2016 r. mowa jest o inwestycji pn. „przebudowa drogi powiatowej nr 2202G Lublewo Bielkówek-Straszyn” to dokument ten, zdaniem odwołującego, budzi poważne wątpliwości. Z ogólnie dostępnych informacji i dokumentów zamieszczonych chociażby w Biuletynie Informacji Publicznej Powiatu Gdańskiego wynika, iż inwestycja ta polegała nie na przebudowie lecz na remoncie drogi powiatowej nr 2202G Lublewo Bielkówek Straszyn. Świadczą o tym dokumenty: Ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ oraz wybór najkorzystniejszej oferty - dostępne w Biuletynie Informacji Publicznej Powiatu Gdańskiego pod adresem: <https://biuletyn.net/powiat-gdanski/?bip=2&cid=l08&id=3166>. Ponadto o zakresie wskazanej wyżej inwestycji świadczą: zgłoszenie robót budowlanych z

dnia 18.08.2010 r., potwierdzenie przyjęcia zgłoszenia bez sprzeciwu z dnia 27.09.2010 r. oraz protokół odbioru końcowego robót z dnia 01.12.2011 r.

Jakkolwiek zamawiający w odpowiedzi z dnia 10.11.2016 r. na pytanie nr 1 poinformował, że uzna warunek za spełniony jeżeli zostanie wykazane doświadczenie zdobyte przy budowie dróg, to w dalszym ciągu w zakresie dopuszczalnego doświadczenia brak jest nadzoru inwestorskiego nad remontem drogi klasy minimum Z. Wskazać należy, iż zarówno ustawa z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane jak i ustawa z dnia 21.03.1985 r. o drogach publicznych rozróżniają termin „remont” od terminów „przebudowa” i „budowa”. Są to zatem terminy różne zakresowo i nie ma żadnej podstawy do przyjęcia, że remont jest zbieżny swym zakresem z przebudową. Gdyby zamawiający chciał uznać doświadczenie dotyczące nadzoru inwestorskiego nad remontem drogi to w odpowiedzi na pytanie jednoznacznie wskazałby, obok dopuszczenia nadzoru nad budową, także nadzór nad remontem. Jednakże nie dokonując tego uznał, iż doświadczenie w zakresie nadzoru nad remontem drogi nie stanowi spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazywał na powyższe wątpliwości w piśmie z dnia 08.03.2017 r. Jednakże zamawiający nie poczynił żadnych kroków w celu ich wyjaśnienia, w szczególności poprzez zwrócenie się do Zarządu Powiatu Gdańskiego o stosowne informacje. Zamawiający dokonał zamiast tego własnej interpretacji zakresu inwestycji przeprowadzonej przez Powiat Gdański i uznał arbitralnie, iż „inwestycja miała charakter przebudowy” a „w ocenie zamawiającego zakres wykonanych robót budowlanych jednoznacznie wskazuje, że wykonawca posiada

doświadczenie, które spełnia określony w SIWZ warunek udziału w postępowaniu.”. Zdaniem odwołującego taka kategoryczna ocena zakresu inwestycji wskazanej przez przystępującego jako dowodu posiadania wymaganego doświadczenia stanowi, podobnie jak rozszerzenie czasowego zakresu wykonania zamówienia, stanowi naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 4 Pzp oraz art. 22 ust. 1a Pzp w związku z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 Pzp. Dokonane przez zamawiającego czynności niezgodnie z przepisami ustawy spowodowały naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jak również przejrzystości postępowania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest-Wybrzeże” sp. z o.o. w Gdyni. Wniósł o oddalenie odwołania.

7

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedź na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ z 10.11.2016 r., ofertę przystępującego, wezwania zamawiającego skierowane do przystępującego, odpowiedzi przystępującego na wezwania zamawiającego, pismo odwołującego z 8 marca 2017 r., odpowiedź zamawiającego na ww. pismo, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, pisma procesowe odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone 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. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest-Wybrzeże” sp. z o.o. w Gdyni, 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.

W dalszej kolejności stwierdzono, że odwołujący wykazał przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zaniechał czynności wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania, skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest pełnienie nadzoru inwestorskiego wraz z koordynacją i kontrolą rozliczenia nad projektowaniem i realizacją robót w systemie zaprojektuj i wybuduj zadania pod nazwą: odcinkach węzeł „Rusocin” autostrady A1 – Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański – Przejazdowo>”.

W pkt 7.1. SIWZ zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. zdolności technicznej lub zawodowej.

8

W pkt 7.6.1 SIWZ „zdolność techniczna” zamawiający wskazał, że *Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres*

*prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał zamówienia odpowiadające swoim przedmiotem usługom będącym przedmiotem niniejszego zamówienia, tzn.: (...)
- wykonał (zakończył) co najmniej dwa zamówienia polegające na pełnieniu nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia budowy przy przebudowie dróg klasy min. Z* o długości łącznej co najmniej 10 km, w których w co najmniej jednym zamówieniu wystąpił przekrój uliczny.*

Ustalono także, że w dniu 10 listopada 2016 r. zamawiający na pytanie jednego z wykonawców o treści:

W nawiązaniu do SIWZ pkt. 7.6.1 Zdolność zawodowa Wykonawcy, Zamawiający wymaga aby Wykonawca wykazał się między innymi doświadczeniem zgodnie z treścią poniżej: - wykonał (zakończył) co najmniej dwa zamówienia polegające na pełnieniu nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia budowy przy przebudowie dróg klasy min. Z o długości łącznej co najmniej 10 km, w których co najmniej jednym zamówieniu wystąpił przekrój uliczny. W związku z powyższym, czy Zamawiający uzna za warunek spełniony doświadczenie Wykonawcy na co najmniej dwóch zamówieniach polegających na pełnieniu nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia przy budowie dróg klasy min. Z* o długości łącznej co najmniej 10 km, w których w co najmniej jednym zamówieniu wystąpił przekrój uliczny.*

udzielił odpowiedzi:

Zamawiający informuje, że uzna warunek za spełniony jeżeli wykazane zostanie doświadczenie zdobyte przy budowie dróg.

Ustalono również, że w pkt 8.1. SIWZ zamawiający wskazał, że *do oferty każdy Wykonawca musi dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE (JEDZ) – załącznik nr 1 do Rozdział II SIWZ. Informacje zawarte w oświadczeniu będą stanowić wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.*

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. przystępujący. Do oferty przystępujący dołączył oświadczenie w formie jednolitego dokumentu (JEDZ). W dokumencie JEDZ wskazał na posiadanie następującego doświadczenia:

- 1) usługę pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu wraz z kontrolą rozliczenia budowy dla zadania pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 stanowiącej dojazd z miejscowości

9

Tczew do węzła autostrady A1 Stanisławie na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, w okresie od 16.03.2010 r. do 26.10.2015 r.,

- 2) usługę pełnienia kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia dla inwestycji pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 2202G Lublewo Bielkówko Straszyn” na rzecz Starostwa Powiatu Gdańskiego z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, wykonaną w okresie od 21.04.2011 r. do 28.12.2014 r.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 27 stycznia 2017 r. skierował do przystępującego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W wezwaniu zamawiający wskazał, że z informacji, którymi dysponuje zamawiający wynika, że wskazane daty realizacji ww. usług obejmują okresy gwarancji, a nie rzeczywistego wykonywania nadzoru inwestorskiego nad realizowanymi robotami budowlanymi. Zamawiający przywołał treść warunku z pkt 7.6.1 SIWZ. Wskazał, że *celem przedmiotowego warunku jest ustalenie przez zamawiającego czy Wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia, którego przedmiotem jest pełnienie nadzoru inwestorskiego wraz z koordynacją rozliczenia nad projektowanie i realizacją robót. W związku z tym doświadczenie Wykonawcy w zakresie pełnienia kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia inwestycji powinno być wykonywane w okresie przeprowadzenia tej inwestycji a nie po jej zakończeniu w okresie gwarancji. Inny sposób interpretacji określonego warunku udziału w postępowaniu, a więc przyjęcie, iż pełnienie kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia inwestycji może być wykonywane również w okresie gwarancji wykonywanych robót budowlanych rodzi ryzyko naruszenia ustawy PZP poprzez możliwość uznania, iż Zamawiający dokonał arbitralnej, rozszerzającej wykładni zastosowanego warunku. W*

związku z powyższym proszę o przedłożenie wykazu wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert usług potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania (zakończenia) co najmniej dwóch zamówień polegających na pełnieniu nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia budowy przy przebudowie dróg klasy min. Z o długości łącznej co najmniej 10 km, w których co najmniej jednym zamówieniu wystąpił przekrój uliczny.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 6 lutego 2017 r. W piśmie tym oświadczył, że wykazał spełnianie warunku z pkt 7.6.1. SIWZ. Oświadczył, że podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w ofercie. Wskazał, że oba wskazane zamówienia obejmowały (w ramach jednej odrębnej umowy obejmującej zamówienie w całości) usługę nadzoru zarówno w okresie realizacji robót, jak i gwarancji oraz w okresie rozliczenia.

16 marca 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

10

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Za zasadne uznano zarzuty odwołującego dotyczące zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.6.1 tiret drugie SIWZ z uwagi na przedstawienie doświadczenia odnoszącego się do zamówień polegających na pełnieniu nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia budowy wykonanych (zakończonych) wcześniej, niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert.

Jak wynikało z pkt 7.6.1. SIWZ zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się taki wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał zamówienia odpowiadające swoim przedmiotem usługom będącym przedmiotem niniejszego zamówienia, tzn.: (...) wykonał (zakończył) co najmniej dwa zamówienia polegające na pełnieniu nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia budowy przy przebudowie dróg klasy min. Z* o długości łącznej co najmniej 10 km, w których w co najmniej jednym zamówieniu wystąpił przekrój uliczny.

Ponadto, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 1 z 10 listopada 2016 r., zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykazane zostanie doświadczenie zdobyte przy budowie dróg.

Celem wykazania tak opisanego warunku przystępujący powołał się na doświadczenie zdobyte przy realizacji dwóch usług.

- 1) usługę pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu wraz z kontrolą rozliczenia budowy dla zadania pn. „rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 stanowiącej dojazd z miejscowości Tczew do węzła autostrady A1 Stanisławie na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, w okresie od 16.03.2010 r. do 26.10.2015 r.,
- 2) usługę pełnienia kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia dla inwestycji pn. „przebudowa drogi powiatowej nr 2202G Lublewo Bielkówko Straszyn” na rzecz Starostwa Powiatu Gdańskiego z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, wykonaną w okresie od 21.04.2011 r. do 28.12.2014 r.

Co do pierwszej usługi wskazano, że była ona realizowana w okresie od 16 marca 2010 r. do 26.10.2015 r., a co do drugiej, że wykonano ją w okresie od 21 kwietnia 2011 do 28 grudnia 2014 r.

11

Ustalono także, że przystępujący określając w dokumencie JEDZ końcowy termin realizacji usługi brał pod uwagę wykonywanie takich obowiązków umownych, które następowały po końcowym odbiorze nadzorowanych robót i zakończeniu kontroli rozliczenia budowy, a które odnosiły się do uczestniczenia osób ze strony przystępującego w przeglądach gwarancyjnych odebranych robót.

W przypadku pierwszej z inwestycji, odwołujący podniósł w odwołaniu, że nadzorowane przez przystępującego roboty budowlane zostały zakończone i odebrane w październiku 2012 r. Zamawiający i przystępujący w swych pismach, ani w trakcie rozprawy nie zaprzeczyli temu faktowi, wdając się w spór jedynie co do możliwości zaliczenia dalszego okresu realizacji usługi, już w okresie gwarancji na odebrane roboty, na potrzeby warunku. Ponadto na powyższy fakt zamawiający zwracał uwagę przystępującemu w piśmie z 27 stycznia 2017 r. pisząc, że z informacji jakimi dysponuje wynika, że wskazane daty realizacji obejmują okresy gwarancji, a nie rzeczywistego wykonywania nadzoru inwestorskiego nad realizowanymi robotami budowlanymi. W odpowiedzi na powyższe przystępujący w piśmie z 6 lutego 2017 r. nie polemizował z tą tezą. Wobec powyższego Izba uznała ten fakt za udowodniony.

Co do drugiej z inwestycji Izba ustaliła ww. fakt w oparciu o dowody z dokumentów złożone na rozprawie. Jak wynikało bowiem z treści protokołu końcowego odbioru robót, odbiór ten miał miejsce w dniu 1 grudnia 2011 r. (dowód, protokół odbioru robót z 1.12.2011 r., załącznik do odwołania).

Jak wynikało z powyższego, odbiory końcowe nadzorowanych robót i zakończenie przez inspektora nadzoru kontroli rozliczenia budów nastąpiły odpowiednio w październiku 2012 r. i w grudniu 2011 r., a zatem wcześniej, niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert upłynął bowiem 7 grudnia 2016 r. (pkt 10.6 protokołu postępowania).

Spór pomiędzy stronami sprowadzał się zatem do stwierdzenia, czy wykonywanie przez przystępującego takich obowiązków umownych, jak uczestniczenie w przeglądach gwarancyjnych, które miało miejsce już po końcowych odbiorach robót i zakończeniu kontroli rozliczania budów, wpisuje się w treść warunku.

W ocenie Izby na tak postanowione pytanie należało udzielić odpowiedzi przeczącej. Jak wynikało z literalnej treści warunku zamawiający wymagał od wykonawców wykazania doświadczenia polegającego na pełnieniu nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia budowy, zdobytego w okresie 3 lat wstecz licząc od 7 grudnia 2016 r. Dla zamawiającego istotna była zatem biegłość w dwóch elementach - pełnieniu nadzoru inwestorskiego obejmującego także kontrolę rozliczenia budowy, na co wskazuje użyte słowo „wraz”. W ocenie Izby, z żadnego fragmentu warunku nie wynikało, aby dla zamawiającego było istotne doświadczenie wykonawcy w uczestniczeniu w przeglądach

12

gwarancyjnych. Taki sposób ukształtowania warunku można uznać za zrozumiałą, biorąc pod uwagę nieporównywalność, zakres i skalę zaangażowania wykonawcy w pełnienie nadzoru wraz z kontrolą rozliczenia budowy, z epizodycznym, niepewnym uczestniczeniem w przeglądach gwarancyjnych już odebranych robót.

Nie można również utrzymywać, że uczestniczenie przez inspektora nadzoru w przeglądach gwarancyjnych można określić mianem kontroli rozliczenia budowy. W ocenie Izby tego rodzaju obowiązku nie wiążą się z jakąkolwiek kontrolą rozliczenia budowy.

Powyższe znajduje potwierdzenie w dowodach z dokumentów odnoszących się do drugiej inwestycji. Jak wynikało z umowy z 12 kwietnia 2011 r. dotyczącej pełnienia nadzoru inwestorskiego, określono w niej termin zakończenia jej realizacji już w dniu 31.10.2011 r. Co istotne, w świetle § 5 tej umowy przystępujący otrzymał całość wynagrodzenia już po podpisaniu protokołu odbioru końcowego nadzorowanych robót i uzyskaniu dokumentów pozwalających na użytkowanie drogi. Rzeczywiście z § 3 ust. 1 pkt o ww. umowy wynikało wprawdzie, że do obowiązków przystępującego należało także uczestnictwo w przeglądach gwarancyjnych w okresie 36 miesięcznej gwarancji. Jednakże, w ocenie Izby, nie jest to obowiązek umowny, który można określić mianem pełnienia nadzoru inwestorskiego, zwłaszcza połączonego z „kontrolą rozliczenia budowy”, jak wymagał zamawiający w warunku. W ocenie Izby tego rodzaju obowiązek umowny można było określić mianem obowiązku akcesoryjnego, pomocniczego, epizodycznego. Potwierdzeniem tego była analiza protokołów przeglądów gwarancyjnych, jakie złożono w trakcie rozprawy. Jak wynikało z protokołów złożonych na rozprawie, przeprowadzono jedynie dwa takie przeglądy (24 kwietnia 2013 r. i 29 grudnia 2014 r.), zaś przedstawiciel przystępującego uczestniczył jedynie w pierwszym z nich.

W konsekwencji stwierdzono, że zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że usługi wymienione przez przystępującego zostały zakończone dopiero w momencie zakończenia rękami na nadzorowane roboty budowlane. W przypadku usługi na pełnienie

nadzoru inwestorskiego nad realizacją prac pn. remont drogi powiatowej nr 2202G Lublewo-Bielkówko-Straszyn należało przyjąć, że zamówienie to, w zakresie wpisującym się w warunek, zostało zakończone w dacie 1 grudnia 2011 r., zaś w przypadku drugiej inwestycji - w październiku 2012 r. W efekcie doświadczenie to nie mogło być uwzględnione przy ocenie warunku, gdyż zostało zdobyte przy realizacji usług zakończonych wcześniej niż wymagane 3 lata przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający wzywał już przystępującego do uzupełnienia tego braku w trybie art. 26 ust. 3 pzp, co nastąpiło pismem z dnia 27 stycznia 2017 r. W tej sytuacji, wobec niewykazania warunku udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany był wykluczyć przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z ww. powodów, czego jednak nie uczynił. W efekcie stwierdzonego naruszenia zamawiający

13

dopuszczył się także naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp. Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu wykonanie zaniechanej czynności w sposób wskazany w pkt 1 sentencji.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie znalazła potwierdzenia druga grupa zarzutów sformułowanych przez odwołującego. Odwołujący wywiódł w odwołaniu, że wymieniona przez przystępującego w jednolitym dokumencie usługa polegająca na pełnieniu kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia inwestycji pn. przebudowa drogi powiatowej nr 2202G Lublewo-Bielkówko-Straszyn nie mogła być brana pod uwagę przy ocenie warunku, gdyż przedmiotem tej usługi było nadzorowanie prac polegających na remoncie, a nie na przebudowie drogi.

Stwierdzono, że warunek opisany w pkt 7.6.1. SIWZ rzeczywiście referował do usługi pełnienia nadzoru wraz z kontrolą rozliczenia budowy „przy przebudowie drogi”, choć można było wykazać się także doświadczeniem „przy budowie drogi”, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 1, jakiej zamawiający udzielił 10 listopada 2016r.

Strony w dotychczasowych stanowiskach zgodnie powoływały się na definicje ustawowe odnoszące się do pojęć „remont” i „przebudowa”, zatem Izba przyjęła, że mogą i powinny być one przydatne przy procesie interpretacji warunku postawionego w SIWZ.

Zgodnie z art. 3 pkt 7a ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.) przez „przebudowę” należy rozumieć *wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.*

W myśl art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego przez „remont” należy rozumieć *wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.*

Stosownie do art. 4 pkt 17 ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1440 ze zm.) przez „budowę drogi” należy rozumieć *wykonywanie połączenia drogowego między określonymi miejscami lub miejscowościami, a także jego odbudowę i rozbudowę.*

Jak wynika z art. 4 pkt 18 ustawy o drogach publicznych przez „przebudowę drogi” rozumie się *wykonywanie robót, w których wyniku następuje podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi, niewymagających zmiany granic pasa drogowego.*

14

Wreszcie, w myśl art. 4 pkt 19 ustawy o drogach publicznych przez „remont drogi” należy rozumieć *wykonywanie robót przywracających pierwotny stan drogi, także przy użyciu wyrobów budowlanych innych niż użyte w stanie pierwotnym.*

Odwołujący, celem wykazania, że roboty nadzorowane przez przystępującego były jedynie „remontem” a nie „przebudową” powołał się na dowody:

a) pierwszą stroną wzoru umowy stanowiącą załącznik do SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Gdański na pełnienie usługi nadzoru nad realizacją prac pn.

- „remont drogi powiatowej nr 2202G Lublewo-Bielkówko-Straszyn”,
- b) ogłoszenie o zamówieniu z 16 marca 2011 r. dotyczące przedmiotowej usługi,
 - c) pierwszą stroną SIWZ w ww. postępowaniu,
 - d) zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w ww. postępowaniu,
 - e) zgłoszenie robót budowlanych z 18 sierpnia 2010 r.
 - f) potwierdzenie Starostwa Powiatowego w Gdańsku nr AB.7352/GK-165/0/AM co do niewnoszenia sprzeciwu wobec zgłoszenia,
 - g) protokół odbioru końcowego robót z 1 grudnia 2011 r.

W wyniku analizy ww. dowodów stwierdzono, że rzeczywiście we wszystkich tych dokumentach w tytule spornej inwestycji używane jest słowo „remont”. Powyższe nie jest jednak wystarczające do ustalenia, że przedmiotowe roboty w rzeczywistości były „remontem”, a nie „przebudową”. W ocenie Izby, o kwalifikacji robót nie decyduje nazwa nadana inwestycji przez inwestora lecz rzeczywisty zakres robót. Dopiero przeanalizowanie tego zakresu i odniesienie go do definicji ustawowych pozwalało na stwierdzenie, czy dane roboty były tylko remontem czy już przebudową drogi. Na tę okoliczność dowód przeciwny przedstawił zamawiający. Na podstawie analizy treści SIWZ w postępowaniu dotyczącym spornej inwestycji, popartej treścią pisma samego inwestora tj. Starostwa Powiatowego w Pruszczu Gdańskim z 5 listopada 2015 r. ustalono, że przedmiotem zamówienia były także takie roboty jak: budowa zatok autobusowych, budowa i przebudowa kanalizacji deszczowej, usunięcie kolizji teletechnicznych, budowa oświetlenia ulicznego, budowa chodników oraz ścieżek rowerowych, ustawienie barier ochronnych. Powyższe wynikało z treści pkt II SIWZ Powiatu Gdańskiego z siedzibą w Pruszczu Gdańskim z 15 marca 2011 r. w sprawie ZP.272-10.11., która korespondowała także z treścią pisma Starostwa Powiatowego w Pruszczu Gdańskim z 5 listopada 2015 r.

W oparciu o powyższe Izba stwierdziła, że w efekcie prowadzonych robót zostały podniesione parametry techniczne drogi. Nie było to zatem żadną miarą jedynie przywrócenie pierwotnego stanu drugi, skoro w ramach wykonanych robót powstały nowe elementy infrastruktury, jak zatoki autobusowe, oświetlenie, kanalizacja deszczowa, ścieżki rowerowe, nie istniejące przed wykonaniem robót. Powyższe wyczerpywało zatem dyspozycję zarówno art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego jak i art. 4 pkt 18 ustawy o drogach

15

publicznych. Wobec powyższego stwierdzono, że omawiana grupa zarzutów nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

Za niezasadny uznano zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a pzp. Przepis ten stanowi, że *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.* Jak wynika z jego treści, przepis ten dotyczy obowiązków zamawiającego podejmowanych na etapie opisywania w SIWZ warunków udziału w postępowaniu i środków dowodowych, jakie wykonawcy mają użyć, aby te warunki wykazać. Okoliczności faktyczne, jakie były przedmiotem orzeczenia przez Izbę w tej sprawie, dotyczyły oceny spełnienia przez wykonawcę już postawionych warunków, zatem w żaden sposób nie dotyczyły naruszenia obowiązków zamawiającego, o których mowa w przywołanym przepisie.

Za chybiony uznano także zarzut naruszenia art. 7 ust. 4 Pzp. Dostrzeżenia wymaga, że w obowiązującej ustawie Pzp próżno szukać takiego przepisu.

Izba nie orzekała co do nowych zarzutów podniesionych przed odwołującego, po wniesieniu odwołania, w jego piśmie procesowym z 5 kwietnia 2017 r. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu.*

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 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 (1, 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*

16

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 wyrzucić istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia przystępującego ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, który powinien zostać z postępowania wykluczony.

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 i wykluczenie przystępującego z postępowania z powodów wskazanych w pkt 1 sentencji.

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.

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.*

17

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.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielanie kosztów polega na rozdzielaniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam*

wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

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.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadna okazała się jedna grupa zarzutów, zaś za chybioną należało uznać drugą grupę zarzutów. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 50% (1/2) i chybione w takim samym stopniu. Kosztami postępowania w wysokości po 50% obciążono zatem odwołującego i zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w maksymalnie dopuszczalnej wysokości 3.600 zł, a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł, co łącznie dawało kwotę 22.200,00 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł (15.000,00 zł tytułem wpisu i 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.100 zł (22.200,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500,00 zł (18.600,00 –

18

11.100,00), 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, § 5 ust. 3 pkt 1, § 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

19