

Sygn. akt: KIO 2622/22

WYROK

z dnia 18 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DIMARK S.A. z siedzibą w Złotkowie oraz ANGLOSEC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy P. S., prowadzącego w Płocku działalność gospodarczą pod firmą Savicon, P. S., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących oceny przez zamawiającego oświadczenia złożonego przez wykonawcę P. S., prowadzącego w Płocku działalność gospodarczą pod firmą Savicon, P. S., mającego potwierdzić spełnienie wymogu, opisanego w pkt 6.24 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego część SWZ,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DIMARK S.A. z siedzibą w Złotkowie oraz ANGLOSEC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i 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 DIMARK S.A. z siedzibą w Złotkowie oraz ANGLOSEC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2622/22

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów

ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest zakup i instalację 4 szt. urządzeń EDS (Explosive Detection System) Standardu 3 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej 25 lipca 2022 roku nr 2022/S 141-404781.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 3

października 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DIMARK S.A. z siedzibą w Złotkowie oraz ANGLOSEC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P. S., prowadzącego w Płocku działalność gospodarczą pod firmą Savicon, P. S., zwanego dalej „przystępującym” lub „SAVICON”, w sytuacji, gdy oferta SAVICON została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

b) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty SAVICON w sytuacji, gdy treść oferty SAVICON jest niezgodna z warunkami zamówienia,

c) art. 227 ust. 1 Pzp przez wystosowanie przez zamawiającego zaproszeń do udziału w aukcji elektronicznej, w sytuacji gdy w postępowaniu złożona została tylko jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności obejmującej przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 2) odrzucenia oferty SAVICON,
- 3) unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej i unieważnienia samej aukcji elektronicznej oraz jej wyników.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.

Dz. U. z 2022 roku, poz. 1233, z późn. zm.), zwanej dalej ZNKU, może być zatem uznane

także działanie niewymienione w art. 5-17g ZNKU, jeżeli tylko odpowiada wymogom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji, tj. w art. 3 ust. 1 ZNKU. Odwołujący wskazał, że jako czyn nieuczciwej konkurencji może być uznana praktyka manipulowania ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że ich część określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów koniecznych do realizacji wyodrębnionej części zamówienia, a część cen jest bez uzasadnienia zawyżana, by zrekompensować zaniżenie innych.

Odwołujący wskazał, że brak obiektywnego uzasadnienia dla dokonywania takiej operacji wskazuje, że jedynym jej celem jest zamierzona optymalizacja wyceny przedmiotu zamówienia, która pozwala na uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami przez odmienne, od określonego w dokumentach zamówienia, jego rozliczenie, np. otrzymanie części wynagrodzenia za wykonanie zamówienia na wcześniejszym etapie jego realizacji.

Odwołujący wskazał, że oferta SAVICON opiewała na łączną kwotę 46.617.000,00 zł brutto, z czego aż 11.188.080,00 zł brutto przewidziano za wykonanie Etapu 1. Odwołujący przypomniał, że Etap 1 obejmuje wykonanie i uzgodnienie Dokumentacji Projektowej „systemu EDS”. Argumentował, że standardowo przyjmuje się, że wykonanie dokumentacji projektowej inwestycji budowlanych i okołobudowlanych to 3% wartości inwestycji. Odwołujący wskazał, że tak wykonanie Dokumentacji Projektowej „systemu EDS” wycenił chociażby on, mający wieloletnie doświadczenie w realizacji analogicznych przedsięwzięć. W ofercie SAVICON wynagrodzenie to stanowi aż 24% ceny całkowitej.

Oferta Odwołującego:

- cena całkowita: 46 493 998,77 zł brutto,
- cena za Dokumentację Projektową: 1.394.820,00 zł brutto,
- udział ceny Dokumentacji Projektowej w cenie całkowitej: 3%.

Oferta SAVICON:

- cena całkowita: 46.617.000,00 zł brutto,
- cena za Dokumentację Projektową: 11.188.080,00 zł brutto,
- udział ceny Dokumentacji Projektowej w cenie całkowitej: 24%.

Zdaniem odwołującego, jedynym uzasadnieniem dokonania przez SAVICON wyżej wskazanej manipulacji ceną oferty jest zamiar otrzymania znaczącej części wynagrodzenia za wykonanie zamówienia na wcześniejszym etapie jego realizacji.

Kolejno odwołujący podniósł, że dodatkowym argumentem uzasadniającym złożenie przez SAVICON oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z

dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest posłużenie się przez SAVICON w postępowaniu plikiem pod nazwą: „D11.a_oswiadczenie_o_dostepnosc_i_czesci_4xRTT”. Odwołujący wskazał, że zgodnie bowiem z art. 14 ust. 1 ZNKW: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody”. Odwołujący podniósł, że SAVICON załączył do swojej oferty plik pod nazwą: „D11.a_oswiadczenie_o_dostepnosc_i_czesci_4xRTT”, próbując wprowadzić w błąd Zamawiającego co do spełniania przez zaoferowane przez SAVICON urządzenia wymogu określonego w pkt 6.24 szczegółowego opisu przedmiotu Zamówienia, mówiącego o dostępności części zamiennych przez minimum 10 lat od daty odbioru systemu przez zamawiającego.

Odwołujący argumentował, że punkt 6.24 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wskazywał na konieczność posiadania dokumentu wystawionego przez producenta urządzeń EDS potwierdzającego spełnienie wymogów udziału w postępowaniu: „Dostępność części zamiennych przez minimum 10 lat od daty odbioru systemu przez Zamawiającego”. Tymczasem treść pliku pod nazwą: „D11.a_oswiadczenie_o_dostepnosc_i_czesci_4xRTT” załączonego do oferty SAVICON stanowi, że „(...) części zamienne będą dostępne przez minimum 10 lat od daty dostawy systemów”, co nie stanowi wypełnienia wymogu określonego w punkcie 6.24 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (10 lat od daty odbioru systemu przez zamawiającego).

Odwołujący podniósł ponadto, że treść wskazanego wyżej pliku nie posiada odniesienia do postępowania, a zatem nie można potwierdzić jego relewantności dla spełnienia wymogów zakreślonych przez zamawiającego. Nie jest jasne też kto podpisał oświadczenie zawarte w przedmiotowym pliku i jakie jest umocowanie tej osoby do reprezentowania producenta urządzeń EDS.

Zdaniem odwołującego, warto przyrzeć się także samej istocie i właściwościom pliku pod nazwą: „D11.a_oswiadczenie_o_dostepnosc_i_czesci_4xRTT”. Według odwołującego SAVICON przedłożył go zamawiającemu próbując wprowadzić zamawiającego w błąd, iż plik ten będzie potwierdzał spełnienie wymogów udziału w postępowaniu. Tymczasem otwierając właściwości pliku pod nazwą: „D11.a_oswiadczenie_o_dostepnosc_i_czesci_4xRTT” ukazuje się informacja, że plik załączony do oferty SAVICON został utworzony dnia 29 maja 2018 roku o godz. 13:25:06. Zdaniem odwołującego nie został więc sporządzony na potrzeby postępowania i wykazania przez SAVICON spełniania wymogu punktu 6.24 szczegółowego opisu przedmiotu Zamówienia. Co więcej, plik ten został opatrzony podpisem Pana P. S. co miało mu zapewne nadać walor „zgodności z oryginałem”. Z właściwości pliku wskazanych powyżej jednoznacznie widać jednak, że plik ten nie jest obrazem (skanem) oryginalnego dokumentu posiadanego przez SAVICON. Odwołujący podniósł, że z informacji posiadanych przez niego wynika, że SAVICON nigdy nie posiadał i nie posiada oryginału dokumentu, którego obraz (skan) załączył do swojej oferty.

Odwołujący podniósł, że plikiem, który SAVICON dołączył do swojej oferty, Odwołujący dysponował już w 2018 roku składając ofertę w przetargu na lotnisko w Kairze (Egipt). Wówczas udostępniono Odwołującemu plik pod nazwą: „Annex K Service life and Parts Warranty Confirmation Letter”. Zdaniem odwołującego analiza właściwości tego pliku oraz treści zawartego w pliku obrazu i porównanie ich z treścią i właściwościami pliku załączonego do oferty SAVICON, nie pozostawia wątpliwości, że są to tożsame pliki.

W dalszej części odwołania, uzasadniając zarzut złożenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, odwołujący podniósł, że zgodnie z punktem VII podpunkt 1) litera e) specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej SWZ, wraz z formularzem oferty SAVICON zobowiązany był do złożenia następującego dokumentu: „Projekt wstępny montażu urządzeń EDS w sortowni SORT1 w strefie AB Terminala A opracowany w oparciu o operat geodezyjny oraz rzut antresoli (podestu technicznego) stanowiące załączniki nr 7 i 8 do SWZ” Projekt należy wykonać w oparciu o proponowane do późniejszej dostawy 4 jednakowego typu i modelu urządzenia EDS spełniające wymagania Zamawiającego opisane w OPZ. Zaproponowane urządzenia nie mogą być prototypami.

Odwołujący podniósł, że w oparciu o przedłożony przez SAVICON projekt wstępny montażu EDS oraz operat geodezyjny udostępniony przez Zamawiającego można jednoznacznie stwierdzić, że nie jest fizycznie możliwe zainstalowanie urządzeń EDS produkcji RAPISCAN model RTT110 w przestrzeni, którą w projekcie wstępnym montażu EDS SAVICON przyjął na potrzeby montażu przedmiotowych urządzeń (istniejąca antresola) oraz przy zachowaniu wymogów postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Dodatkowo, według odwołującego, nie jest możliwe zainstalowanie urządzeń EDS produkcji RAPISCAN model RTT110 w przestrzeni, którą w projekcie wstępnym montażu EDS SAVICON przyjął na potrzeby montażu przedmiotowych urządzeń (istniejąca antresola) przy zachowaniu wymogów określonych przez producenta tych urządzeń.

Odwołujący wskazał także, że SAVICON nie wykazał posiadania dokumentu, który spełniałby wymogi punktu 6.24 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia definiującego konieczność posiadania dokumentu wystawionego przez producenta urządzeń EDS potwierdzającego spełnienie następującego wymagania: „Dostępność części zamiennych przez minimum 10 lat od daty odbioru systemu przez Zamawiającego”, co zostało w szczególności opisane powyżej.

Zamawiający w trakcie posiedzenia Izby w dniu 14 października 2022 r., przed otwarciem rozprawy oświadczył, że uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty przystępującego z dokumentami zamówienia w części dotyczącej tego, że urządzenia oferowane przez przystępującego nie mieszczą się w przestrzeni, którą w projekcie wstępnym przystępujący przyjął na potrzeby montażu przedmiotowych urządzeń (pkt 5 uzasadnienia odwołania). W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca P. S.i, prowadzący w Płocku działalność gospodarczą pod firmą Savicon, P. S. . Złożył sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu dot. niezgodności jego oferty z dokumentami zamówienia w części dotyczącej tego, że urządzenia oferowane przez niego nie mieszczą się w przestrzeni, którą w projekcie wstępnym przyjął na potrzeby montażu przedmiotowych urządzeń (pkt 5 uzasadnienia odwołania). Wniósł o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy w dniu 14 października 2022 r. odwołujący oświadczył, że cofa częściowo odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących oceny przez zamawiającego oświadczenia złożonego przez przystępującego, mającego potwierdzić spełnienie wymogu, opisanego w pkt 6.24 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego część SWZ.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), wyjaśnienia treści SWZ, modyfikacje SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, zaproszenie wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, załączniki do pism procesowych odwołującego i przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba

Odwolawcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5. jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
7. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 roku, poz. 1233, z późn. zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Art. 227 ust. 1 Pzp stanowi, że W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest zakup i instalacja 4 szt. urządzeń EDS (Explosive Detection System) co najmniej normy 3.1 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS".

Ustalono ponadto, że w rozdziale VII SWZ (Wykaz oświadczeń lub dokumentów) zamawiający wskazał.

1. Wraz z podpisanym kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione Formularzem „Oferta” (wzór stanowi Załącznik nr 1 do SWZ) Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć:

e) Projekt wstępny montażu urządzeń EDS w sortowni SORT1 w strefie AB Terminala A opracowany w oparciu o operat geodezyjny oraz rzut antresoli (podestu technicznego) stanowiące załączniki nr 7 i 8 do SWZ. Projekt należy wykonać w oparciu o proponowane do późniejszej dostawy 4 jednakowego typu i modelu urządzenia EDS spełniające wymagania Zamawiającego opisane w OPZ. Zaproponowane urządzenia nie mogą być prototypami.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły oferty:

- 1) przystępującego,
- 2) odwołującego,
- 3) wykonawcy Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o.

Przystępujący w formularzu ofertowym oświadczył, że oferuje wykonanie przedmiotu

zamówienia za cenę netto 37 900 000 zł, tj. brutto: 46 617 000 zł, w tym:

- a) Wynagrodzenie za Etap 1, które wynosi: 9 096 000 netto PLN;
- b) Wynagrodzenie za Etap 4, które wynosi 379 000 netto PLN;
- c) Wynagrodzenie za Etap 7, które wynosi: 379 000 netto PLN;
- d) Wynagrodzenie za Etap 8, które wynosi: 379 000 netto PLN;
- e) Wynagrodzenie za Etap 2, Etap 3, Etap 5 i Etap 6 które wynosi 27 667 000 netto PLN (pkt 1 formularza ofertowego przystępującego, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Przystępujący oświadczył także, że oferowane przez niego urządzenia to: RTT110, Rapiscan (pkt 2 ww. formularza ofertowego). Do oferty przystępujący załączył Projekt wstępny montażu urządzeń EDS.

Odwołujący w formularzu ofertowym oświadczył, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę netto 37 799 999,00 zł, tj. brutto: 46 493 998,77 zł, w tym:

- a) Wynagrodzenie za Etap 1, które wynosi: 1 134 000,00 netto PLN;
- b) Wynagrodzenie za Etap 4, które wynosi 70 000,00 netto PLN;
- c) Wynagrodzenie za Etap 7, które wynosi: 50 000,00 netto PLN;
- d) Wynagrodzenie za Etap 8, które wynosi: 150 000,00 netto PLN;
- e) Wynagrodzenie za Etap 2, Etap 3, Etap 5 i Etap 6 które wynosi 36 395 999,00 netto PLN.

(pkt 1 formularza ofertowego odwołującego, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Wykonawca Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. w formularzu ofertowym oświadczył, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę netto 33.000.000 zł, tj. brutto: 40,590,000 zł, w tym:

- a) Wynagrodzenie za Etap 1, które wynosi: 3.300.000 netto PLN;
- b) Wynagrodzenie za Etap 4, które wynosi 50.000 netto PLN;
- c) Wynagrodzenie za Etap 7, które wynosi: 50.000 netto PLN;
- d) Wynagrodzenie za Etap 8, które wynosi: 50.000 netto PLN;
- e) Wynagrodzenie za Etap 2, Etap 3, Etap 5 i Etap 6 które wynosi 29.550.000 netto PLN (pkt 1 formularza ofertowego ww. wykonawcy, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Następnie ustalono, że pismem z 21 września 2022 r., zamawiający zaprosił odwołującego i przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących oceny przez zamawiającego oświadczenia złożonego przez przystępującego, mającego potwierdzać spełnienie wymogu, opisanego w pkt 6.24 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego część SWZ.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Odwołujący w trakcie rozprawy w dniu 14 października 2022 r. oświadczył, że cofa odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem

wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 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.

Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, zawarty w piśmie procesowym z dnia 14 października 2022 r. W uzasadnieniu wniosku przystępujący podniósł, że po stronie odwołującego nie istnieje jakikolwiek interes prawny w kwestionowaniu czynności zaskarżonych w odwołaniu. Wskazywał, że pomimo zaproszenia przystępującego do aukcji elektronicznej, zamawiający nie dokonał jeszcze oceny jego oferty, jak i oceny oferty odwołującego. Zdaniem przystępującego, w świetle zastosowanej przez zamawiającego procedury odróconej oraz braku w protokole informacji o przeprowadzeniu oceny ofert, czynności zaskarżone w odwołaniu należy uznać za nieistniejące, nie mogące wyrządzić szkody odwołującemu, a samo odwołanie jest przedwczesne.

W tym zakresie przystępujący powołał się na zakwalifikowanie jako przedwczesne jego własnego odwołania, które zostało oddalone przez Izbę wyrokiem z dnia 10 października 2022 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2488/22. Argumentował, że sytuacja, w której odwołanie w analizowanej sprawie zostałoby rozpoznane merytorycznie i uwzględnione mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której mógłby zostać pozbawiony prawa do merytorycznego rozpoznania zarzutów podniesionych w sprawie o sygn. akt KIO 2488/22, która to ocena została przesunięta przez skład orzekający Izby w tamtej sprawie do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej. Ewentualnie przystępujący wniósł o odroczenie rozprawy do czasu uzyskania prawomocności przez wyrok Izby z dnia 10 października 2022 r., wydany w sprawie sygn. akt KIO 2488/22.

Skład orzekający Izby w analizowanej sprawie nie podzielił stanowiska przystępującego, jakoby zarzuty obecnego odwołania były przedwczesne, a zaskarżone czynności zamawiającego nieistniejące.

21 września 2022 r. zamawiający zaprosił przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej. Zgodnie z przepisem art. 232 ust. 1 Pzp, Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu.

Skoro zamawiający wystosował do przystępującego zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, to w myśl ww. przepisu musiało to zostać poprzedzone ustaleniem, że oferta przystępującego jest ofertą niepodlegającą odrzuceniu. Przedmiotem zaś odwołania było zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty przystępującego z przyczyn wskazanych w jego uzasadnieniu. Zarzucane w odwołaniu zaniechania czynności istniały w momencie wniesienia odwołania. Okoliczność, iż postępowanie prowadzone było z zastosowaniem tzw. procedury odróconej, w okolicznościach danej sprawy nie miało znaczenia. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Dostrzeżenia wymagało jednak, że przedmiotem zarzutów przedstawionych w analizowanej sprawie (w przeciwieństwie do zasadniczej części zarzutów odwołania w sprawie KIO 2488/22) nie była kwalifikacja podmiotowa przystępującego, w zakresie braku podstaw do wykluczenia ani spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotem zarzutów odwołania były nieprawidłowości w zakresie badania i oceny oferty przystępującego w sferze przedmiotowej. Nie można się było także zgodzić z twierdzeniem, jakoby o braku oceny ofert w analizowanej sprawie miał świadczyć brak wzmianki w protokole o przeprowadzeniu oceny ofert. Izba stwierdziła, że wzmianka o ocenie ofert znajdowała się w pkt 14 protokołu, gdzie wymieniono oferty odrzucone, wśród których próżno było szukać oferty przystępującego. Z kolei w pkt 15 protokołu ujawnia się informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Skoro wybór najkorzystniejszej oferty następuje po

przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, to oczywistym jest, że ten punkt protokołu nie został do końca wypełniony. Wreszcie o nieodrzuconiu oferty przystępującego i dokonanej w tym przedmiocie ocenie świadczył fakt wystosowania przez zamawiającego do tego wykonawcy zaproszenia do aukcji, które to zaproszenie - jak wynika z przywołanego art. 232 ust. 1 Pzp - kierowanie jest wyłącznie do wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Nie można było się także z argumentacją przystępującego, że sytuacja, w której odwołanie w analizowanej sprawie zostałoby rozpoznane merytorycznie i uwzględnione mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której on mógłby zostać pozbawiony prawa do merytorycznego rozpoznania zarzutów podniesionych w sprawie o sygn. akt KIO 2488/22. Wskazywał, że w tamtej sprawie ocena została przesunięta przez skład orzekający Izby do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Po pierwsze podkreślenia wymagało, że orzeczenie wydane w sprawie o sygn. akt KIO 2488/22 nie jest jeszcze prawomocne, skoro w swym piśmie procesowym przystępujący oświadczył, że nie doręczono mu jeszcze ww. wyroku wraz z uzasadnieniem. Przystępujący miał zatem prawo do złożenia skargi wobec ww. orzeczenia.

Po drugie nawet ewentualne uwzględnienie odwołania w analizowanej sprawie nie jest równoznaczne z pozbawieniem obecnego przystępującego prawa do merytorycznego rozpoznania zarzutów podniesionych w sprawie o sygn. akt KIO 2488/22 po wyborze oferty najkorzystniejszej. Jak wynika bowiem z art. 2a ust. 2 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielenia zamówień publicznych, utrata prawa do wniesienia odwołania musiałaby wiązać się z utratą przez przystępującego statusu tzw. „zainteresowanego oferenta”. W myśl zaś ww. przepisu „oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało to uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania”. Z powyższego wynika, że utrata przez przystępującego statusu „zainteresowanego oferenta” mogłaby być dopiero następstwem oddalenia przez Sąd Okręgowy - Sąd Zamówień Publicznych skargi na ewentualny wyrok Izby, nakazujący odrzucenie jego oferty w analizowanej sprawie. O tym, jak rozumieć pojęcie „zainteresowanego oferenta” i że decyzja o odrzuceniu oferty kandydata musi być ostateczna, aby odmówić mu prawa do wniesienia odwołania, wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-

355/15 Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich.

Z przyczyn wskazanych wcześniej oddalono także wniosek przystępującego o

odroczenie rozprawy. Nie zachodziła bowiem żadna ważna przyczyna, dla której orzeczenie Izby w analizowanej sprawie nie mogło zostać wydane.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługiwało na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego w sytuacji, gdy oferta ta została złożona w warunkach

czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z powodu zawyżenia przez przystępującego wynagrodzenia przysługującego za wykonanie etapu I (wykonanie i uzgodnienie Dokumentacji Projektowej „systemu EDS”).

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że standardowo przyjmuje się, że wykonanie dokumentacji projektowej inwestycji budowlanych i okołobudowlanych to 3% wartości inwestycji. Wskazywał, że tak wykonanie dokumentacji projektowej „systemu EDS” wycenił on sam, mający wieloletnie doświadczenie w realizacji analogicznych przedsięwzięć. Tymczasem w ofercie przystępującego wynagrodzenie to stanowiło aż 24% ceny całkowitej i zostało rażąco zawyżone.

Przy wyrokowaniu wzięto pod uwagę, że rzeczywiście w orzecznictwie Izby i piśmiennictwie przyjmuje się, że jako czyn nieuczciwej konkurencji może być uznana praktyka manipulowania ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że ich część określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od

rzeczywistych kosztów i nakładów koniecznych do realizacji wyodrębnionej części zamówienia, a część cen jest bez uzasadnienia zawyżana, by zrekompensować zaniżenie innych (tak M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022).

Jednakże uszło uwadze odwołującego, że z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w analizowanej sprawie. Po pierwsze, jakkolwiek odwołujący zarzucił, że przystępujący miał zawyżyć wartość wynagrodzenia za wykonanie etapu I, to jednak jednocześnie nie zarzucił, aby jakkolwiek część wynagrodzenia przysługującego przystępującemu za pozostałe etapy miała być zaniżona. Nie było zatem sporne, że część wynagrodzenia przystępującego za wykonanie przez niego pozostałych etapów miała charakter rynkowy. Nie można było zatem więc mówić, aby jakkolwiek część kosztów, które będą do poniesienia na etapie wykonania pozostałych etapów, miała być niejako sztucznie przeniesiona do etapu I. Mechanizm manipulacji składnikami ceny, o którym mowa w orzecznictwie Izby i piśmiennictwie, nie zaistniał zatem w analizowanej sprawie.

Niezależnie od tego Izba wzięła pod uwagę fakt, że w SWZ zamawiający skonstruował tylko jedno kryterium oceny ofert odnoszące się do ceny. Wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie etapu I praca nie stanowiło zatem odrębnego kryterium oceny ofert. Ponadto nie ulegało wątpliwości, że wynagrodzenie przysługujące wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu miało charakter ryczałtowy, a nie kosztorysowy. Istotna dla zamawiającego była zatem wyłącznie globalna cena ofertowa brutto.

Kolejno Izba stwierdziła, że także twierdzenia odwołującego o samym zawyżeniu przez przystępującego wartości etapu I pozostały gołosłowne. Nie przedstawiono Izbie żadnych dowodów mogących potwierdzić, że w tego rodzaju zamówieniach wartość dokumentacji projektowej ma wynosić ok. 3 % wartości całej oferty. Odwołujący nie wykazał nawet ile kosztować będzie praca jego projektantów na etapie 1 kontraktu, a ile wynoszą koszty wykonania pozostałych etapów. Na tę okoliczność nie złożono Izbie żadnych dowodów, np. ofert projektantów odwołującego, statystyk z innych podobnych postępowań, itp.

Po drugie odwołujący nie dostrzegł, że w pkt 9 swego formularza ofertowego przystępujący oświadczył, że wykonanie dokumentacji projektowej zamierza powierzyć podmiotowi Daifuku Logan Ltd, a więc podmiotowi brytyjskiemu. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadały, że stawki wynagrodzenia projektantów brytyjskich mogą być wyższe niż stawki oczekiwane przez ich polskich odpowiedników. Jeśli odwołujący uważał, że stawki są zawyżone, to powinien uwzględnić w swej argumentacji również ten czynnik, czego nie uczynił.

Dostrzeżenia wymagało również, że trzeci z wykonawców, którzy złożył ofertę w postępowaniu, to jest Nuctech Warsaw Company Limited sp. z o.o., wycenił wartość etapu I na kwotę 3.300.000 zł netto, co stanowiło 10% wartości całości jego oferty netto. Zatem nawet w tym postępowaniu drugi z wykonawców, wyceniający swą ofertę niezależnie od przystępującego, nie przewidział wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej na standardowym, wg odwołującego, poziomie 3% wartości całej oferty.

W swym piśmie procesowym z dnia 14 października 2022 r. odwołujący dodatkowo argumentował, że o zawyżeniu przez przystępującego wartości dokumentacji projektowej miałyby świadczyć stawki wymienione w rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Dostrzeżenia wymagało jednak, że przedmiotem zamówienia w analizowanej sprawie były dostawy, a nie roboty budowlane. W tej sytuacji odnośnienie się do rozporządzenia przywołanego przez odwołującego było bezprzedmiotowe.

Chybiony okazał się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, której treść miała być niezgodna z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu odwołujący w odwołaniu poprzestał na sformułowaniu de facto jednego zdania: W oparciu o przedłożony przez SAVICON projekt wstępny montażu EDS oraz operat geodezyjny udostępniony przez Zamawiającego można jednoznacznie stwierdzić, że nie jest fizycznie możliwe zainstalowanie urządzeń EDS produkcji RAPISCAN

model RTT110 w przestrzeni, którą w projekcie wstępnym montażu EDS SAVICON przyjął na potrzeby montażu przedmiotowych urządzeń (istniejąca antresola) oraz przy zachowaniu wymogów postępowania w sprawie udzielenia Zamówienia.

Zdaniem Izby takie uzasadnienie zarzutu okazało się zbyt ogólne i lakoniczne. Izba podzieliła stanowisko przedstawione w piśmie procesowym przystępującego z 14 października 2022 r., że odwołujący nie sprostął obowiązkowi wskazania, na czym miałyby polegać (z czego wynikać i jakich wymogów dotyczyć) niezgodność oferty z SWZ.

Przytoczone powyżej lakoniczne, ogólne uzasadnienie zarzutu z odwołania należało zestawzić z tym, co odwołujący oświadczył do protokołu w trakcie rozprawy:

Odnosnie zarzutu niezgodności z SWZ wskazuję, że z odpowiedzi na pytanie nr 3 wynikało, że Zamawiający nie akceptuje możliwości przebudowy, modyfikacji istniejącej konstrukcji stropu żelbetowego budynku. Na przekroju LX5 oraz LX6 Przystępujący założył, że dokona obniżenia istniejącej podłogi platformy oraz pocienienia grubości tej platformy. Zgodnie z operatem geodezyjnym załączonym do SWZ posadzka znajduje się na poziomie 8 mm od poziomu referencyjnego. Do tego należy dodać wysokość 2360 mm (minimalna wysokość, którą należy zachować aby istniała możliwość przejazdów wózków pod antresolą). Wobec powyższego minimalna wysokość, na której będzie wy poziomowana antresola to 2368 mm. Na tym poziomie Przystępujący założył położenie belek SHS o wymiarach 80 mm x 80 mm. Powyższe wynika też z tego załączonego rysunku projektu. Łącznie daje to 2448 mm. Zgodnie z zaleceniami producenta urządzeń pod urządzeniami powinna być gładka stalowa płyta o grubości 5 mm. Kwestię tę omówił odwołujący na stronie 8 u dołu swojego pisma z 14 października. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w pkt 3.4 1.1 dokumentu złożonego w charakterze dowodu na posiedzeniu. Płyty tej nie uwzględniono w projekcie wstępnym montażu. Jeśli wymiar 5 mm dodać do łącznego wcześniejszego wymiaru 2448 mm to otrzymujemy wymiar 2453 mm. Zwraca uwagę, że strop w tym miejscu znajduje się na wysokości 4711 mm. Powyższe wynika z operatu geodezyjnego załączonego do OPZ. Zatem przeswitek pomiędzy dołem przestrzeni a sufitem (belką stropową) wynosi 2258 mm. Natomiast z dokumentacji urządzenia wynika, że ma ono wysokość 2260 mm. W tym zakresie powołuje się na stronę 13 zbożnych przez siebie instrukcji urządzenia. Ponadto belka stropowa podlega ugięciom normatywnym. Ugięcie to może wynosić przy tej długości belki nawet 36 mm. Powołuje się na str. 2 złożonej przez siebie ekspertyzy z 13 października 2022r. W operacie geodezyjnym ujawniono już ugięcie na poziomie 11 mm. Z powyższego wynika, że może nastąpić jeszcze 25 mm ugięcia. Wobec powyższego nawet jeśli urządzenie zmieści się w tej przestrzeni, to zostanie ono zmiażdżone przez belkę stropową. Sam producent narzucił minimalną wysokość pomieszczenia, w którym ma pracować urządzenie jako 2350 mm. Powołuje się na str. 9 swojego pisma procesowego. Powołuje się na pkt. 2.1.1 instrukcji przytoczony również na str. 9 swojego pisma. Tymczasem dostępna przestrzeń zmierzona to 2258 mm zgodnie z projektem montażu przygotowanym przez Przystępującego. Konkludując wskazuje, że urządzenie to nie zmieści się tam fizycznie jak również zgodnie z wymaganiami producenta.

Przedstawione na rozprawie uzasadnienie zarzutu pokazywało po pierwsze, że istniała możliwość takiego opisanego przyczyn ewentualnej niezgodności w uzasadnieniu odwołania, czego jednak odwołujący nie uczynił.

Po drugie, dostrzeżenia wymagało, że sformułowanie użyte w uzasadnieniu odwołania można było rozumieć choćby w ten sposób, że nie będzie fizycznej możliwości montażu, gdyż nie ma dostępu do pojazdu zajmującego się montażem. Można było także utrzymywać, że fizyczna niemożliwość montażu będzie następstwem tego, że nie będzie możliwości doprowadzenia zasilania. Wreszcie równie dobrze przykładowo można byłoby utrzymywać, że fizyczna niemożliwość montażu, zasygnalizowana w odwołaniu, wynikać będzie z tego, że brama wjazdowa jest zbyt niska do wprowadzenia maszyny do bagażowni. Każda z przywołanych wyżej okoliczności wpisywałaby się w to, że nie jest fizycznie możliwe zainstalowanie urządzeń EDS w projektowanej przestrzeni.

Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 516 ust. 1 Pzp odwołanie musi zawierać m.in.:

8) zwięzłe przedstawienie zarzutów;

10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Zdaniem Izby jednozdaniowe, ogólne uzasadnienie zarzutu nie spełniało w sposób dostateczny wymogów wynikających z ww. przepisów. Powyższe uchybienie odwołującego posiadało także doniosłe konsekwencje procesowe. W razie dopuszczenia przez Izbę do rozszerzenia i doprecyzowania zarzutu w sposób wskazany przez odwołującego na rozprawie, doszłoby do naruszenia zasady równości stron postępowania odwoławczego. Strona przeciwna musi przed rozprawą wiedzieć, na czym polega spór, tak aby móc w sposób należyty przygotować się do rozprawy. W szczególności z uwagi na kontrydiktoryjny charakter sprawy zobowiązana jest składać dowody na poparcie swych twierdzeń oraz dowody przeciwne.

Przystępujący w trakcie rozprawy oświadczył, że gdyby miał pewność czego dotyczy problem, to być może zaofiarowałby Izbie dowody na odparcie twierdzeń odwołującego, w postaci stosownej opinii technicznej, oświadczenia producenta itd. Przy prawidłowym postawieniu zarzutów miałby możliwość odniesienia się do konkretnego problemu.

Rolą Izby jest stanie na straży zasady równości stron postępowania odwoławczego. Strona przeciwna nie ma obowiązku domyślania się, czego de facto dotyczy spór. Skutkiem zaś nieprawidłowego postawienia zarzutów jest konieczność ich oddalenia. Próba zaś sformułowania zarzutu prawidłowego, odpowiadającego wymogom z art. 516 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, podjętą przez odwołującego na rozprawie należało uznać za niedopuszczalną i spóźnioną. Zgodnie bowiem z art. 555 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Zdaniem Izby w analizowanej sprawie ewidentnie odwołujący na rozprawie usiłował poddać rozpoznaniu 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.”.

Wobec powyższego zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, której treść miała być niezgodna z warunkami zamówienia, o takiej treści, w jakiej został on opisany w odwołaniu, podlegał oddaleniu.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 1, 3 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem były 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. 553 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 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

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.

W analizowanej sprawie Izba, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: