Sygn. akt: KIO 3537/24

WYROK

Warszawa, dnia **21 października 2024 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2024 r. przez wykonawcę **Stanisława Burczyńskiego prowadzącego w Piotrkowie Trybunalskim działalność pod firmą Zakładu Usług Komunalnych „HAK" Stanisław Burczyński**
w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Piotrków Trybunalski w Piotrkowie Trybunalskim**

orzeka:

1.**oddala odwołanie,**

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Stanisława Burczyńskiego prowadzącego w Piotrkowie Trybunalskim działalność pod firmą Zakładu Usług Komunalnych „HAK" Stanisław Burczyńskii** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Stanisława Burczyńskiego prowadzącego w Piotrkowie Trybunalskim działalność pod firmą Zakładu Usług Komunalnych „HAK" Stanisław Burczyński** tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……..…

Sygn. akt: KIO 3537/24

U z a s a d n i e n i e

Miasto Piotrków Trybunalski w Piotrkowie Trybunalskim, 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 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych z terenu miasta Piotrkowa Trybunalskiego z nieruchomości w całości lub częściowo zamieszkanych przez mieszkańców miasta oraz z Miejskiego Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) oraz dzierżawa pojemników.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 lipca 2024 r., Dz.U. S: 141/2024, nr 437056-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 27 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Stanisław Burczyński prowadzący w Piotrkowie Trybunalskim działalność pod firmą Zakładu Usług Komunalnych „HAK" Stanisław Burczyński, zwany dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 j.t. ze zm.), dalej jako "uokik", w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, gdy zamawiający nie wykazał, że nie jest możliwe zwiększenie przez niego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie realizacji zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, tym bardziej w sytuacji, gdy zamawiający dysponuje środkami, które mógłby przeznaczyć na sfinansowanie kosztów realizacji zamówienia w oparciu o np. jego ofertę, co jednocześnie stanowi nadużycie przez zamawiającego pozycji dominującej, co doprowadziło do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2)kontynuowania czynności badania i oceny ofert i czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

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

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza 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. 255 pkt 3 Pzp stanowi, że *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:*

3) cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych z terenu miasta Piotrkowa Trybunalskiego z nieruchomości w całości lub częściowo zamieszkanych przez mieszkańców miasta oraz z Miejskiego Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) oraz dzierżawa pojemników.

Ustalono także, że zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Zamawiający wskazał w SWZ, że:

Część 1 zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi odbioru, transportu i zagospodarowania całej masy odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują lub częściowo, zamieszkują mieszkańcy na terenie Miasta Piotrków Trybunalski z SEKTORA I (w tym dla obszaru Starego Miasta (Rycerska, Farna, Starowarszawska Grodzka, Zamkowa, Sieradzka, Szewska, Rwańska, Zamurowa, Plac Czarnieckiego, Garncarska, Pijarska, Konarskiego, Łazienna Mokra): (…)

Część 2 zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi odbioru, transportu i zagospodarowania całej masy odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują lub częściowo zamieszkują mieszkańcy na terenie Miasta Piotrków Trybunalski z SEKTORA II:

Część 3 zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi odbioru, transportu i zagospodarowania całej masy odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują lub częściowo zamieszkują mieszkańcy na terenie Miasta Piotrków Trybunalski z SEKTORA III:

Część 4 zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest Odbiór (transport) i zagospodarowanie odpadów komunalnych z miejskiego Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) zlokalizowanego przy ul. Orlej 11 oraz dzierżawa pojemników.

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

1)część 1 zamówienia:
   a)Remondis sp. z o.o. z ceną brutto 10.912.426,92 zł,
   b)odwołującego z ceną brutto 10.627.805,88 zł,
2)część 2 zamówienia:
   a)Remondis sp. z o.o. z ceną brutto 6.057.873,36 zł,
   b)odwołującego z ceną brutto 6.086.005,20 zł,
   c)Juko sp. z o.o. z ceną brutto 6.999.291,00 zł,
   d)Konsorcjum "Ekom" Maciejczyk spółka jawna z ceną brutto 5.197.120,61 zł,
3)część 3 zamówienia:
   a)Remondis sp. z o.o. z ceną brutto 6.856.947,00 zł,
   b)Juko sp. z o.o. z ceną brutto 6.477.516,00 zł,
   c)Konsorcjum "Ekom" Maciejczyk spółka jawna z ceną brutto 5.707.681,73 zł,
4)część 4 zamówienia:
   a)odwołującego z ceną brutto 854.314,56 zł,
   b)Juko sp. z o.o. z ceną brutto 912.864,96 zł.

Zamawiający poinformował także wykonawców, że planuje przeznaczyć na realizację zamówienia:

1)Część I: 9.605.000,00 zł brutto,
2)Część II: 6.205.000,00 zł brutto,
3)Część III: 6.380.000,00 zł brutto,
4)Część IV: 870.000,00 zł brutto.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku

elektronicznym).

Następnie ustalono, że 17 września 2024 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania w części 1 na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności zamawiający wskazał, co następuje: *Cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.*
(por. zawiadomienie zamawiającego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).
Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Podkreślenia wymagało, że zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej jest autonomiczną i suwerenną decyzją zamawiającego, podejmowaną w oparciu o jego własną analizę możliwości finansowych. To zamawiający, a nie wykonawca odpowiada za swoją gospodarkę finansową i decyduje na co przeznaczyć środki finansowe, a także czy i jakich dokonywać przesunięć w budżecie. W ocenie Izby zamawiający nie ma jakiegokolwiek obowiązku zwiększania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej. Sformułowanie „*chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty*", o którym mowa w art. 255 pkt 3 Pzp, stanowi wyjątek od kategorycznego nakazu unieważnienia postępowania w sytuacji gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Wyjątek ten nie może zatem podlegać rozszerzającej interpretacji. W konsekwencji zamawiający nie jest zobligowany do przedstawiania w uzasadnieniu faktycznym czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp jakiejkolwiek poszerzonej argumentacji faktycznej na okoliczność braku możliwości zwiększenia finansowania do ceny oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem izby uszedł uwadze odwołującego cel regulacji. W uzasadnieniu do nowelizacji art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z 2004 r., będącego odpowiednikiem art. 255 pkt 3 Pzp, wskazano wyraźnie na powody wprowadzanej regulacji:

Inne proponowane przepisy mają na celu jednoznaczne przyznanie zamawiającemu uprawnienia do zwiększenia kwoty, którą przeznaczy na sfinansowanie zamówienia w porównaniu z kwotą, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert (art. 93 ust. 1a). Rozwiązanie to służyć ma wyeliminowaniu wątpliwości interpretacyjnych, które zaistniały w orzecznictwie sądowym, zgodnie z którymi – wbrew literalnemu brzmieniu art. 86 ust. 3 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy – na zamawiającym ciąży obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli najkorzystniejsza oferta zawiera cenę wyższą od kwoty, którą zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert.

Kwota, którą zamawiający podaje bezpośrednio przed otwarciem ofert, jest jedynie jego deklaracją na temat środków finansowych, jakie w danym momencie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W trakcie postępowania kwota środków znajdujących się w jego dyspozycji może jednak ulec zmianie. W szczególności, po otwarciu ofert, zamawiający będzie mógł zwiększyć ilość środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, jeżeli deklarowana przez niego wcześniej kwota odbiega od ceny oferty najkorzystniejszej (por druk sejmowy nr 2310 w ramach prac nad ustawą o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 2 grudnia 2009 r. (Dz.U. Nr 223, poz. 1778, za stroną sejm.gov.pl).

Jak wynika z powyższego, wyłącznym celem ustawodawcy było wyeliminowanie przymusu unieważnienia postępowania i przyznanie zamawiającemu uprawnienia do zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, z którego może, lecz nie musi korzystać. W szczególności zaś celem tym nie było zmuszanie zamawiającego niejako do skutku do poszukiwania możliwości zwiększania finansowania do ceny oferty najkorzystniejszej. Odwołujący w proponowanej przez siebie wykładni przepisu pominął zatem reguły wykładni autentycznej prawa, a więc wykładni prawa przeprowadzanej przez samego ustawodawcę.

Wbrew stanowisku odwołującego zamawiający nie ma też jakiegokolwiek obowiązku wykazywania, że nie jest możliwe zwiększenie przez niego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie realizacji zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, tak jak wskazał w zarzucie. Podkreślenia wymagało, że przy przyjęciu interpretacji przepisu przedstawionej przez odwołującego, instytucja zamawiająca prawie nigdy nie byłaby uprawniona do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Przepis ten stałby się praktycznie martwy. Oznaczałoby to także konieczność poddania kontroli celowości, gospodarności całej bez wyjątku gospodarki finansowej zamawiającego celem ustalenia, czy aby na pewno nie ma on możliwości zwiększenia finansowania do ceny oferty najkorzystniejszej. Przypomnienia wymaga jednak, że zgodnie z art. 513 Pzp, odwołanie do prezesa izby przysługuje *na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego*, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak wynika jednoznacznie z ww. przepisu czynność zamawiającego podlega kontroli izby wyłącznie pod kątem jej zgodności z prawem (legalności), a nie pod kątem celowości, gospodarności itd.

Na taką interpretację przepisu art. 255 pkt 3 Pzp wskazuje się także w piśmiennictwie. *Informacja o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podawana jest przez zamawiającego najpóźniej przed otwarciem ofert. Zgodnie z art. 222 ust. 4 Pzp zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W jednostkach sektora finansów publicznych kwota ta, w przeciwieństwie do wartości zamówienia i zaoferowanej ceny, ma swoje źródło w planie finansowym lub w dokumentach planowania wieloletniego. Jest to wiążąca deklaracja na temat minimalnej sumy gwarantowanej, która stanowi dodatkowy warunek zamówienia. Udostępnienie informacji o minimalnej sumie gwarantowanej, najpóźniej przed otwarciem ofert, zapobiega bezzasadnemu unieważnieniu postępowania z powodu rzekomego braku środków. Przez złożenie oświadczenia w sprawie deklarowanej kwoty zamawiający zobowiązuje się przyjąć ofertę najkorzystniejszą, jeśli zaoferowana cena lub koszt nie przekroczy tej kwoty. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, odnosi się zarówno do ceny, jak i – jeżeli dotyczy – kosztu. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, może zostać ujawniona przed upływem lub po upływie terminu składania ofert, lecz przed otwarciem ofert (art. 222 ust. 4 Pzp).*

Ustawodawca wyraźnie dopuścił możliwość zwiększenia kwoty pokrycia finansowego w związku z wyborem oferty. Decyzja o zwiększeniu tej kwoty jest oparta na swobodnym uznaniu zamawiającego. Wyrażenie „może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty" należy interpretować jako uprawnienie zamawiającego i to do jego decyzji należy kwestia możliwości zwiększenia środków finansowych na dany cel. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją Huberta Nowaka Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021)

Na taką interpretację wskazuje się także w orzecznictwie izby. Jedynie przykładowo, w wyroku izby z dnia 5 czerwca 2023 r. sygn. akt KIO 1431/23 wskazano: *Izba podkreśla, że ustawodawca dopuścił możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienie, wskazując, że „zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty". Nie jest to jednak obowiązek leżący po stronie Zamawiającego lecz jego uprawnienie, które oparte jest na swobodzie uznania. To do decyzji Zamawiającego należy kwestia zwiększenia środków przeznaczonych na dany cel. Zamawiający nie ma też obowiązku poszukiwania dodatkowych środków na sfinansowanie zamówienia, a tym bardziej zawierania umów, które w jego ocenie są niekorzystne.*

Również w wyroku izby z 30 stycznia 2024 r. sygn. akt KIO 68/24 wskazano: *W ocenie Izby fragment ww. przepisu w brzmieniu: „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty" umożliwia odstępstwo od kategorycznego nakazu, jaki wynika z poprzedzającego go sformułowania, obligującego zamawiającego do unieważnienia postępowania. Należy go interpretować jako uprawnienie zamawiającego. Oznacza to, że to do zamawiającego należy ocena jego ewentualnych możliwości zwiększenia środków finansowych na dany cel, a decyzja w tym zakresie zależy od swobodnego uznania zamawiającego (tak też wyrok KIO z dnia 29 marca 2022 r., KIO 718/22). Wobec tak przyjętej interpretacji powyższego przepisu nie można również uznać, że na zamawiającym ciąży jakiś podwyższony rygor dowodowy uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania na tej podstawie. Skoro decyzja o zwiększeniu kwoty jest suwerenną decyzją zamawiającego, a wykonawca nie może badać jego rzeczywistych możliwości finansowych, dla uzasadnienia dokonania czynności unieważnienia wystarczającym jest powołanie się na okoliczności, o którym mowa w przepisie art. 255 pkt 3 ustawy PZP, tj. na wysokość kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz kwoty jaka została wskazana w ofercie wykonawcy najkorzystniejszego lub wykonawcy z najniższą ceną. Proste porównanie tych kwot, jest zdaniem Izby wystarczającym uzasadnieniem dokonania tej czynności.*

Stanowisko takie jest również aprobowane przez Sąd Zamówień Publicznych. Tytułem przykładu można powołać się na pogląd wyrażony w wyroku z dnia 22 lipca 2022 r. XXIII Zs 73/22, w którym wskazano, że *decyzja co do możliwości zwiększenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia należy do zamawiającego, bowiem to zamawiający podejmuje decyzję o wszczęciu postępowania i o budżecie na ten cel przeznaczony, a kwestia faktycznych zasobów finansowych zamawiającego nie ma w tej kwestii znaczenia. Ewentualne zmiany co do możliwości zwiększenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia są czynnościami leżącymi po stronie zamawiającego i w zależności od jego statusu prawnego podlegają decyzji własnej zamawiającego lub są uzależnione od innych podmiotów, w szczególności od dysponentów budżetowych określonego stopnia. Art. 93 ust. 1 pkt 4 dopuszcza wprost możliwość unieważnienia postępowania przez zamawiającego, po samym tylko ustaleniu, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Możliwość podwyższenia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia stanowi jego uprawnienie, a nie obowiązek. To uprawnienie nie oznacza jednak nałożenia na zamawiającego obowiązku korygowania uprzednio ustalonych i ogłoszonych zamiarów co do kwoty przewidzianej do wydatkowania. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych*

środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W analizowanej sprawie zamawiający poinformował wykonawców, że w zakresie części 1 zamówienia unieważnia postepowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, gdyż *Cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.* Powyższe oznaczało, że zamawiający oparł się na zasadzie unieważniania postępowania wynikającej z tego przepisu. W konsekwencji z tego uzasadnienia wynikało jednocześnie, że zamawiający nie skorzystał ze swego wyłącznego i autonomicznego uprawnienia do zwiększenia kwoty finansowania do ceny oferty najkorzystniejszej. Tak sporządzone uzasadnienie faktyczne czynności unieważnienia postępowania okazało się zatem wystarczające. Za chybiony uznano zatem zarzut dotyczący niewystarczającego uzasadnienia przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania.

Za całkowicie chybioną należało uznać argumentację odwołującego, który wywiódł, ze czynność zamawiającego miałaby być sprzeczna z art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Odwołujący podniósł także, że poprzez swą decyzję zamawiający miał nadużyć swojej pozycji dominującej na rynku właściwym, w szczególności zamawiający miał przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Jak wskazano wcześniej, zamawiający nie skorzystał ze swojej wyłącznej i autonomicznej kompetencji do zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Skutkiem takiej czynności będzie zapewne powtórzenie postępowania o udzielenie zamówienia celem wyłonienia wykonawcy, świadczącego usługę objętą przedmiotem zamówienia w części 1, w konkurencyjnej i równej procedurze. Na wszczęcie już przez zamawiającego postępowania wskazywał sam odwołujący w trakcie rozprawy. W nowym postępowaniu będą mogli wziąć udział wszyscy wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia, w tym odwołujący. Nie wiadomo zatem, w jaki sposób ktoś w tej sytuacji miałby zostać wyeliminowany z rynku. Odwołujący nie wykazał także istnienia jakiegokolwiek porozumienia w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik stojącego za decyzją zamawiającego.

Nie można było się także zgodzić z odwołującym, jakoby czynność zamawiającego miałaby być niezgodna z art. 58 KC. Jak wskazano wcześniej, czynność prawna zamawiającego okazała się zgodna z ustawą i nie miała na celu jej obejścia. Ponadto odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie wskazał, jakie konkretnie zasady współżycia społecznego miał w tej sytuacji naruszyć zamawiający.

Kierując się powyższymi rozważaniami izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 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 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 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. 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 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 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 stwierdzi 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 nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 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 oddaliła odwołanie. 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 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:……