

Sygn. akt: KIO 2605/23

**WYROK**  
z dnia 22 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2023 r. przez wykonawcę

**W. F., prowadzącego w Ozimku działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie, Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” sp. z o.o. w Świdnicy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **„NAVIGA-STAL” sp. z o.o. w Kielczowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej:

a) zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu odnośnie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia odnośnie zawężenia okresu referencyjnego dla podobnych robót budowlanych do ostatnich 3 lat,

b) zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 i art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ustawy Pzp w związku z art. 353<sup>1</sup>, art. 483 § 1, art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego poprzez sporządzenie wzoru umowy z rażącym przekroczeniem swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim w § 9 ust. 1 pkt 2, 3, 4 wzoru umowy Zamawiający przewidział rażąco wygórowane i nieadekwatne kary umowne,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **W. F., prowadzącego w Ozimku działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **W. F., prowadzącego w Ozimku działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F.** 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 2023 r. poz. 1605) 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 2605/23

**Uzasadnienie**

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie, Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, 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 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest remont skarpy odwodnej Zbiornika Wodnego Otmuchów.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 30 sierpnia 2023 r., nr 2023/BZP 00373168.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 4 września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołaniowykonawca **W. F., prowadzący w Ozimku działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F.**, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia

Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415 ze zm.) poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu odnośnie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia: a) zawężenie okresu referencyjnego dla podobnych robót budowlanych do zaledwie ostatnich 3 lat, b) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz znacznie powyżej minimalnego poziomu zdolności do wykonania zamówienia, umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości;

2) art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC, art. 483 § 1 i art. 484 § 2 KC poprzez sporządzenie wzoru umowy z rażącym przekroczeniem swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim w § 9 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 wzoru umowy zamawiający przewidział rażąco wygórowane i nieadekwatne kary umowne, stanowiące w istocie mechanizm dodatkowego dochodu dla zamawiającego.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) zmiany treści pkt 5.4 ppkt. 1 Ogłoszenia o zamówieniu i nadanie mu następującego brzmienia:

*„1) Zamawiający wymaga posiadania doświadczenia obejmującego wykonanie w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy to w tym okresie co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na wykonaniu :*

- budowy, odbudowy lub remontu obiektów i budowli hydrotechnicznych, w ramach której wykonano: roboty rozbiórkowe ubezpieczeń, roboty ziemne w tym wymianę gruntu wraz z zagęszczeniem, bruki lub okładziny kamienne wraz fugowaniem spoin. Zamawiający wymaga by wykonana ilość bruków lub okładzin kamiennych wykonana w ramach jednego zadania wynosiła minimum 3000 m<sup>2</sup>, a wartość zadania w ramach którego zrealizowane były wymienione roboty wynosiła min. 5.000.000,00 zł brutto.*

*wraz z załączeniem dla każdej roboty budowlanej wskazanej w wykazie, dokumentu potwierdzającego, że remont został wykonany należycie.*

*(pozostała część ww. 5.4 ppkt 1 Ogłoszenia bez zmian)*

2) zmiany treści pkt 7.3 ppkt 1 in principio SWZ i nadanie mu następującego brzmienia:

*„Zamawiający wymaga posiadania doświadczenia obejmującego wykonanie w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy to w tym okresie co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na wykonaniu :*

- budowy, odbudowy lub remontu obiektów i budowli hydrotechnicznych, w ramach której wykonano: roboty rozbiórkowe ubezpieczeń, roboty ziemne w tym wymianę gruntu wraz z zagęszczeniem, bruki lub okładziny kamienne wraz fugowaniem spoin. Zamawiający wymaga by wykonana ilość bruków lub okładzin kamiennych wykonana w ramach jednego zadania wynosiła minimum 3000 m<sup>2</sup>, a wartość zadania w ramach którego zrealizowane były wymienione roboty wynosiła min. 5.000.000,00 zł brutto.*

*wraz z załączeniem dla każdej roboty budowlanej wskazanej w wykazie, dokumentu potwierdzającego, że remont został wykonany należycie.*

*(pozostała część ww. pkt 7.3 ppkt 1 SWZ bez zmian)*

3) zmiany treści pkt. 10.4.1.1 SWZ i nadanie mu brzmienia:

*10.4.1.1 wykaz robót (co najmniej jedna robota budowlana) wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty – zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 11 do SWZ.*

4) zmiany dotychczasowej treści § 9 ust. 1 pkt 2-4 wzoru umowy (załącznik nr 12 do SWZ) poprzez nadanie im następującego brzmienia:

*„2) za zwłokę w wykonaniu zadania w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto, o jakim mowa w § 3 ust. 2 umowy za każdy dzień zwłoki, licząc od umownego terminu zakończenia:*

*3) za zwłokę w usunięciu wad w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto, o jakim mowa w § 3 ust. 2 umowy*

dziennie za każdy dzień zwłoki, licząc od ustalonego przez strony terminu za usunięcie wad;

4) (skreślony).”

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego naruszenia art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ (OPZ) przedmiotem niniejszego zamówienia jest „remont i odbudowa bruków ubezpieczenia skarpowego zapory czołowej zbiornika wodnego Otmuchów oraz wykonanie narzutu kamiennego między ośrodkiem „Kotwica”, a ośrodkiem „Hala” (nowa nazwa ośrodka „ MK TRANS”) zlokalizowanych na terenie gm. Otmuchów, powiat Nysa na terenie działania Zarządu Zlewni Nysa polegających na remoncie i odbudowie narzutu kamiennego stanowiącym ubezpieczenie skarpy odwodnej zbiornika”.

Zgodnie zaś z załączonym do SWZ Projektem Wykonawczym, opis stanu technicznego ubezpieczenia skarpy zapory na poszczególnych odcinkach jest następujący:

a) od Ośrodka „Kotwica” do „Hala”: lokalne uszkodzenia, konieczność wykonania częściowych rozbiórek znacznie uszkodzonych ubezpieczeń z płyt żelbetowych; podmycia istniejących ubezpieczeń.

Suma wszystkich ubytków w skarpie odwodnej na tym odcinku skarpy wynosi 500 m<sup>2</sup>.

b) od Ośrodka „Fala Brzeg” do „PTTK”: lokalne uszkodzenia, konieczność wykonania częściowych rozbiórek znacznie uszkodzonych ubezpieczeń z płyt żelbetowych; podmycia istniejących ubezpieczeń.

Suma wszystkich ubytków w skarpie odwodnej na tym odcinku skarpy wynosi 125 m<sup>2</sup>.

c) od km 0+000 do km ~3+000 (do elektrowni wodnej): lokalne uszkodzenia ubezpieczenia brukowego, silne wyrwy na głębokość dochodzących do 0,8m; liczne i duże zwisy podmytego ubezpieczenia; konieczność pilnego remontu.

Suma wszystkich ubytków w skarpie odwodnej na tym odcinku skarpy wynosi 5 924 m<sup>2</sup>.

d) od km ~3+000 (elektrowni wodnej) do km ~5+800: lokalne uszkodzenia ubezpieczenia brukowego, silne wyrwy na głębokość dochodzących do 0,8m; liczne i duże zwisy podmytego ubezpieczenia; konieczność pilnego remontu.

Lokalizację zinwentaryzowanych wyrw i uszkodzeń skarpy odwodnej przedstawiono na rysunkach projektu zagospodarowania terenu oraz w załączniku nr 1 „Inwentaryzacja skarpy odwodnej”. Skalę zniszczeń i uszkodzeń zobrazowano na fotografiach w punkcie dokumentacja fotograficzna.

Suma wszystkich ubytków w skarpie odwodnej na tym odcinku skarpy wynosi 4 330 m<sup>2</sup>.

Suma wszystkich ubytków w skarpie odwodnej na całym odcinku skarpy wynosi: 10 879 m<sup>2</sup>.”

Z kolei, z załączonej do Projektu Wykonawczego Inwentaryzacji skarpy odwodnej zbiornika wodnego Otmuchów wynika, że powierzchnia pojedynczego ubytku, podlegającego uzupełnieniu w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wynosi od 0,25 m<sup>2</sup> do 304 m<sup>2</sup> (poz. 181 na s. 96).

Odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia jest zatem, nie tyle budowa lub odbudowa skarpy odwodnej zbiornika wodnego Otmuchów, ile jej remont, polegający na „łataniu” szeregu mniejszych lub większych ubytków. Realizacja przedmiotowego zamówienia ma trwać ponad 2 lata, albowiem zgodnie z pkt 5 SWZ, termin realizacji zamówienia określono następująco, jako „od dnia realizacji zamówienia do dnia 10.12.2025 r.”.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w pkt 5.4 cz. I ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 7.2.1 SWZ, określił minimalny wymagany przez siebie poziom zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia jako:

*„Zamawiający wymaga posiadania doświadczenia obejmującego wykonanie w ciągu ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy to w tym okresie co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na wykonaniu :*

*• nowych ubezpieczeń oraz naprawie lub remoncie istniejących ubezpieczeń w postaci bruku z kamienia układanych na podbudowie betonowej lub żelbetowej spoinowanych zaprawą na powierzchni skarp lub konstrukcji obiektów hydrotechnicznych stale lub okresowo piętrzących wodę o klasie ważności nie niższej niż III (według Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. 2007 nr 86 poz. 579) oraz wysokości piętrzenia min. 10 metrów na powierzchni łącznej nie mniejszej niż 5 000,00 m<sup>2</sup> i wartości brutto min 5 000 000,00 PLN.*

*• nowych lub remoncie istniejących ubezpieczeń w postaci narzutu z kamienia łamanego układanych na powierzchni skarp lub konstrukcji budowli hydrotechnicznych.*

Odwołujący podniósł, że jego zdaniem skrócenie przez Zamawiającego okresu referencyjnego dla robót podobnych do zaledwie trzech lat jest niezgodne z minimalnym dopuszczalnym okresem określonym w § 9 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415). Odwołujący wskazał, że błąd Zamawiającego w tym zakresie jest oczywisty. Został on powielony także w pkt 10.4.1.1. SWZ, zatem konieczna jest jego zmiana dostosowująca jego treść do bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Zdaniem Odwołującego, także pozostałe wymagania odnośnie wymaganego doświadczenia, a zwłaszcza powierzchnia wykonanego w ramach jednej roboty ubezpieczenia z bruku kamiennego, zostały określone w sposób nadmierny, bezpodstawnie wykluczając z udziału w postępowaniu podmioty zdolne do wykonania zamówienia. Według odwołującego, w postępowaniu mamy do czynienia z rażąco nieproporcjonalnością postawionego warunku w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, określonym znacznie powyżej minimalnej zdolności wykonawców do realizacji zamówienia.

Odwołujący argumentował, że każdego roku Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie – udziela setek, jeżeli nie tysięcy, zamówień dotyczących robót związanych z obiektami wodnymi, będąc monopolistą w tym zakresie. Jednocześnie, w związku z ogromnym zróżnicowaniem zakresów robót, dostosowanym do uwarunkowań lokalnych, przyjmuje się różne metody i materiały dla robót podobnych, np. budowy ubezpieczeń zbiorników wodnych.

Istotne zdaniem Odwołującego, aspekty doświadczenia, jakie mogą być wymagane od potencjalnych wykonawców, winny zatem dotyczyć kluczowych dla przedmiotu zamówienia aspektów, tj.:

- robót rozbiórkowych ubezpieczeń,
- robót ziemnych w tym wymiany gruntu wraz z zagęszczeniem,
- bruki lub okładziny kamienne wraz fugowaniem spoin.

Przy czym, powyższe zakresy robót powinny być odnoszone do zrealizowanej w okresie ostatnich pięciu lat roboty budowlanej polegającej na budowie, odbudowie lub remoncie obiektów i budowli hydrotechnicznych.

Zdaniem odwołującego, określona przez Zamawiającego minimalna wartość robót podobnych na poziomie min. 5 milionów złotych powinna być odnoszona do wartości zamówienia podobnego, a nie do jego określonej części. Z kolei minimalna wykonana powierzchnia bruków lub okładzin kamiennych powinna być określona na poziomie 3000 m<sup>2</sup>. Planowana wartość niniejszego zadania wynosi bowiem ok. 16 mln zł netto (co wynika z planu zamówień Zamawiającego na 2023 r.), zatem wartość zamówienia podobnego stanowi 25%-30% zamówienia udzielanego. Podobną proporcję należałoby także zastosować w odniesieniu do przewidywanej łącznej powierzchni napraw ubytków (10 879 m<sup>2</sup>), co po zaokrągleniu daje 3000 m<sup>2</sup>. Stanowi to dziesięciokrotność powierzchni największego zinventaryzowanego ubytku, co niewątpliwie daje Zamawiającemu rękojmię należytego wykonania zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Zdaniem odwołującego, opisane przez niego naruszenia ww. przepisów przez Zamawiającego mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem znacznie zawężają one krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, być może tylko do jednego podmiotu.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC, art. 483 § 1 i art. 484 § 2 KC odwołujący podniósł, że Zamawiający w treści § 9 ust. 1 pkt 2 i 3 wzoru umowy, przewidział następujące wysokości kar umownych:

„2) za zwłokę w wykonaniu zadania w wysokości 1,0 % wynagrodzenia umownego brutto, o jakim mowa w § 3 ust. 2 umowy za każdy dzień zwłoki, licząc od umownego terminu zakończenia.

3) za zwłokę w usunięciu wad w wysokości 1,0 % wynagrodzenia umownego brutto, o jakim mowa w § 3 ust. 2 umowy dziennie za każdy dzień zwłoki, licząc od ustalonego przez strony terminu za usunięcie wad.”

Zdaniem odwołującego, tak wysoki poziom kar umownych za zwłokę jest wygórowany w stopniu rażącym. Odwołujący argumentował, że powszechnie przyjęty w obrocie gospodarczym poziom kar umownych za zwłokę to 0,1 % wynagrodzenia, za każdy dzień zwłoki, zatem konieczne jest nakazanie Zamawiającemu odpowiedniego poprawienia postanowień wzoru umowy.

Odwołujący podniósł także, że z kolei, przewidziana w § 9 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy kara umowna „w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę w wysokości 5% wynagrodzenia umownego brutto, o jakim mowa w § 3 ust. 2 umowy”, jest wyjątkowo nieostra i nieprecyzyjna (w przeciwieństwie do np. § 9 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy), a co za tym idzie, stosowana dowolnie może stanowić dodatkowe źródło przychodów dla Zamawiającego. Z tego też względu odwołujący wnosil o wykreślenie § 9 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy. Nienależyte wykonanie zobowiązania jest bowiem jedną z przesłanek odstąpienia od umowy przewidzianych w § 6 wzoru umowy, zatem interes Zamawiającego będzie w pełni zabezpieczony także przy wyeliminowaniu spornego postanowienia umownego.

Odwołujący wskazał, że opisane powyżej naruszenia ww. przepisów przez Zamawiającego mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem odstraszać potencjalnych wykonawców od ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, prowadząc do jeszcze większego zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców, być może do jedynie słusznego podmiotu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w części dotyczącej:

a) zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy

poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu odnośnie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia odnośnie zawężenia okresu referencyjnego dla podobnych robót budowlanych do ostatnich 3 lat,

b) zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 i art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ustawy Pzp w związku z art. 3531, art. 483 § 1, art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego poprzez sporządzenie wzoru umowy z rażącym przekroczeniem swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim w § 9 ust. 1 pkt 2, 3, 4 wzoru umowy Zamawiający przewidział rażąco wygórowane i nieadekwatne kary umowne,

W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienia faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca **Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” sp. z o.o. w Świdnicy**. Nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca **„NAVIGA-STAL” sp. z o.o. w Kielczowie**. Nie stawiał się na posiedzenie Izby i nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: wniosek o wszczęcie postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy przed Izbą, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Art. 8 ust. 1 Pzp stanowi, że *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

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.*

Stosownie do art. 112 ustawy Pzp:

1. *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*
2. *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:*
  - 1) *zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;*
  - 2) *uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;*
  - 3) *sytuacji ekonomicznej lub finansowej;*
  - 4) *zdolności technicznej lub zawodowej.*

Stosownie do art. 116 ustawy Pzp:

1. *W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.*

Stosownie do § 9 ust. 1. pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415)

§ 9. 1. *W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:*

- 1) *wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz*

podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane

zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

Art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego stanowi, że Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

Art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego stanowi, że Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego stanowi, że Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Ustalono, że zamawiający wszczął postępowanie, którego przedmiotem jest remont skarpy odwodnej Zbiornika Wodnego Otmuchów.

Ustalono, że w pkt 7.3. 1) SWZ a także w pkt 5.4 ppkt. 1 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający przewidział: Zamawiający wymaga posiadania doświadczenia obejmującego wykonanie w ciągu ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy to w tym okresie co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na wykonaniu :

- nowych ubezpieczeń oraz naprawie lub remoncie istniejących ubezpieczeń w postaci bruku z kamienia układanych na podbudowie betonowej lub żelbetowej spoinowanych zaprawą na powierzchni skarp lub konstrukcji obiektów hydrotechnicznych stale lub okresowo piętrzących wodę o klasie ważności nie niższej niż III (według Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. 2007 nr 86 poz. 579) oraz wysokości piętrzenia min. 10 metrów na powierzchni łącznej nie mniejszej niż 5 000,00 m<sup>2</sup> i wartości brutto min 5 000 000,00 PLN.
- nowych lub remoncie istniejących ubezpieczeń w postaci narzutu z kamienia łamanego układanych na powierzchni skarp lub konstrukcji budowli hydrotechnicznych.

wraz z załączeniem dla każdej roboty budowlanej wskazanej w wykazie, dokumentu potwierdzającego, że remont został wykonany należycie.]

Ustalono także, że w pkt 10.4.1.1. Zamawiający przewidział:

10. 4 Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (na wezwanie):

10.4.1. dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

10.4.1.1 wykaz robót (co najmniej jedna robota budowlana) wykonanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty – zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 11 do SWZ.

Ustalono także, że w załączniku nr 12 do SWZ (wzór umowy) zamawiający przewidział m.in.:

#### § 9. [Kary umowne]

1. Zamawiający uprawniony jest do naliczania kar umownych w następujących kwotach i przypadkach:

- 1) za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze stron, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto, o jakim mowa w § 3 pkt. 2 umowy;
- 2) za zwłokę w wykonaniu zadania w wysokości 1,0 % wynagrodzenia umownego brutto, o jakim mowa w § 3 ust. 2 umowy za każdy dzień zwłoki, licząc od umownego terminu zakończenia.
- 3) za zwłokę w usunięciu wad w wysokości 1,0 % wynagrodzenia umownego brutto, o jakim mowa w § 3 ust. 2 umowy dziennie za każdy dzień zwłoki, licząc od ustalonego przez strony terminu za usunięcie wad.
- 4) w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę w wysokości 5% wynagrodzenia umownego brutto, o jakim mowa w § 3 ust. 2 umowy;

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w części dotyczącej:

a) zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy

poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu odnośnie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia odnośnie zawężenia okresu referencyjnego dla podobnych robót budowlanych do ostatnich 3 lat,

b) zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 i art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ustawy Pzp w związku z art. 353<sup>1</sup>, art. 483 § 1, art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego poprzez sporządzenie wzoru umowy z rażącym przekroczeniem swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim w § 9 ust. 1 pkt 2, 3, 4 wzoru umowy Zamawiający przewidział rażąco wygórowane i nieadekwatne kary umowne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w ww. części. Przystępujący Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" sp. z o.o. w Świdnicy w trakcie posiedzenia Izby w dniu 21 września 2023 r. oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w ww. części. Z kolei przystępujący NAVIGA-STAL Sp. z o.o. w Kielczowie, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia Izby, nie stawił się na to posiedzenie i nie wniósł sprzeciwu.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze, w ww. części, podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.*

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 4 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

#### **Odwołanie w zakresie rozpatrywanym merytorycznie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

Jak wynikało z treści kwestionowanego przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający wymagał od wykonawców posiadania doświadczenia w zrealizowaniu roboty budowlanej polegającej na wykonaniu:

- *nowych ubezpieczeń oraz naprawie lub remoncie istniejących ubezpieczeń w postaci bruku z kamienia układanych na podbudowie betonowej lub żelbetowej spoinowanych zaprawą na powierzchni skarp lub konstrukcji obiektów hydrotechnicznych stale lub okresowo piętujących wodę o klasie ważności nie niższej niż III (według Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. 2007 nr 86 poz. 579) oraz wysokości piętzenia min. 10 metrów na powierzchni łącznej nie mniejszej niż 5 000,00 m<sup>2</sup> i wartości brutto min 5 000 000,00 PLN.*
- *nowych lub remoncie istniejących ubezpieczeń w postaci narzutu z kamienia łamanego układanych na powierzchni skarp lub konstrukcji budowli hydrotechnicznych.*

Odwołujący domagał się modyfikacji warunku przez nadanie mu brzmienia, zgodnie z którym wykonawca winien się legitymować doświadczeniem w zakresie:

*budowy, odbudowy lub remontu obiektów i budowli hydrotechnicznych, w ramach której wykonano: roboty rozbiórkowe ubezpieczeń, roboty ziemne w tym wymianę gruntu wraz z zagęszczeniem, bruki lub okładziny kamienne wraz fugowaniem spoin. Zamawiający wymaga by wykonana ilość bruków lub okładzin kamiennych wykonana w ramach jednego zadania wynosiła minimum 3000 m<sup>2</sup>, a wartość zadania w ramach którego zrealizowane były wymienione roboty wynosiła min. 5.000.000,00 zł brutto.*

W ocenie Izby nie zostało wykazane przez odwołującego aby kwestionowany przez niego warunek był niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny.

Podkreślenia wymagało, że jak wynikało z pkt 4.1. SWZ, *Przedmiotem zamówienia jest remont i odbudowa bruków ubezpieczenia skarpowego zapory czołowej zbiornika wodnego Otmuchów oraz wykonanie narzutu kamiennego między ośrodkiem „Kotwica”, a ośrodkiem „Hala”(nowa nazwa ośrodka „ MK TRANS”)zlokalizowanych na terenie gm. Otmuchów, powiat Nysa na terenie działania Zarządu Zlewni Nysa polegających na remoncie i odbudowie narzutu kamiennego stanowiącym ubezpieczenie skarpy odwodnej zbiornika.*

Jak wynikało z powyższego, przedmiotem zamówienia był remont i odbudowa bruków ubezpieczenia skarpowego, co odpowiadało brzmieniu warunku. Przedmiotem zamówienia nie była natomiast jakakolwiek budowa, odbudowa lub remont obiektów i budowli hydrotechnicznych, które należało uznać za pojęcia o wiele szersze zakresowo.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, że zgodnie z projektem wykonawczym powierzchnia ubytków, mających podlegać naprawie wynosiła 10 879 m<sup>2</sup> i domagał się zmniejszenia referencyjnej łącznej powierzchni napraw ubytków z 5.000 m<sup>2</sup> do 3,000 m<sup>2</sup>.

Jednakże z przedmiaru robót wynikało, że łączna powierzchnia ubytków jest większa niż w wskazana w projekcie wykonawczym i wynosiła ponad 14 941,0 m<sup>2</sup>. Ponadto suma wszystkich ubytków w skarpie odwodnej na odcinku skarpy od km 0+000 do km 3 + 000 wynosiła 5924 m<sup>2</sup>. Powyższe okazało się największą powierzchnią ubytków w skarpie odwodnej (na danym odcinku) w tym przedmiocie zamówienia.

Wobec powyższego domaganie się przez zamawiającego od wykonawców wykazania doświadczenia w wykonaniu usunięcia ubytków o powierzchni łącznej nie mniejszej niż 5.000,00 m<sup>2</sup>, a więc rzędu ok. 35% powierzchni oszacowanej w przedmiarze i jednocześnie odpowiadającej największemu obszarowi ubytków w skarpie odwodnej w analizowanym zamówieniu, nie okazało się wymaganiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia.

W piśmie procesowym z dnia 20 września 2023 r. odwołujący podniósł także, że zawarty w warunku wymóg wysokości piętrzenia na poziomie 10 m jest niezwiązany z przedmiotem zamówienia. Zarzucił także w ww. piśmie, że katalog budowli hydrotechnicznych, które zamawiający określił w treści warunku, nie został wskazany w sposób jednoznaczny i precyzyjny, co utrudnia uczciwą konkurencję.

W tym zakresie podkreślenia wymagało, że odwołujący w treści odwołania i nie zarzucił i nie wskazał dlaczego uważa, że zawarty w warunku wymóg odnoszący się do wysokości piętrzenia 10 m jest niezwiązany z przedmiotem zamówienia. W odwołaniu nie podnosił także, że katalog budowli hydrotechnicznych, które Zamawiający określił w treści warunku nie został wskazany w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Taki zarzut został przez odwołującego postawiony dopiero w treści pisma procesowego z dnia 20 września 2023 r.

Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu*. Za zarzut zaś uznaje się wskazanie okoliczności faktycznych (faktów) świadczących o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Stąd wskazanie nowych faktów, nawet wpisujących się w dyspozycję tego samego wskazywanego jako naruszonego przepisu ustawy Pzp, należało uznać za nowy zarzut.

Wobec powyższego Izba nie mogła odnieść się do sformułowanego przez odwołującego dopiero w piśmie procesowym z dnia 20 września 2023 r. zarzutu, jakoby wymóg wysokości piętrzenia na poziomie 10 m był niezwiązany z przedmiotem zamówienia. Powyższe dotyczyło także nowoformułowanego zarzutu, że katalog budowli hydrotechnicznych, które Zamawiający określił w treści warunku nie został wskazany w sposób jednoznaczny i precyzyjny.

Na marginesie można było jedynie wskazać, że obiekt Otmuchów był obiektem o wysokości piętrzenia 18,6 m. W tej sytuacji wymóg z warunku, odnoszący się do wysokości piętrzenia 10 m, nie mógł także zostać uznany za niezwiązany z przedmiotem zamówienia.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że również wartość robót w zakresie *nowych ubezpieczeń oraz naprawie lub remoncie istniejących ubezpieczeń w postaci bruku z kamienia układanych na podbudowie betonowej lub żelbetowej spoinowanych zaprawą na powierzchni skarp lub konstrukcji obiektów hydrotechnicznych stałe lub okresowo piętrzących wodę*, ustalona przez zamawiającego w warunku na poziomie 5.000.000 zł, nie mogła zostać uznana za nieproporcjonalną do przedmiotu zamówienia. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że zamawiający oszacował wartość tych robót przeznaczonych do wykonania przez wykonawcę na kwotę około 20.000.000 zł. Wartość wskazana w warunku stanowiła zatem ok. 25% wartości robót przewidzianej przez zamawiającego do wykonania.

Tymczasem istota wnioskowanego przez odwołującego brzmienia warunku sprowadzała się do możliwości wykazania się wykonaniem jakiegokolwiek budowy, odbudowy lub remontu obiektów i budowli hydrotechnicznych o wartości 5.000.000 zł, w ramach której jedynie wykonano wskazywane przez niego roboty: roboty rozbiórkowe ubezpieczeń, roboty ziemne w tym wymianę gruntu wraz z zagęszczeniem, bruki lub okładziny kamienne wraz fugowaniem spoin. Co istotne, kwota 5.000.000 zł brutto, w postulowanym brzmieniu warunku, odnosiła się do wartości całej budowy, odbudowy, remontu obiektu i budowli hydrotechnicznych. W świetle postulowanego przez odwołującego brzmienia warunku wartość zaś tych robót, które były istotą przedmiotu zamówienia (a więc roboty rozbiórkowe ubezpieczeń, roboty ziemne w tym wymianę gruntu wraz z zagęszczeniem, bruki lub okładziny kamienne wraz

fugowaniem spoin) pozostawała zatem bez znaczenia. Innymi słowy, odwołujący domagał się dopuszczenia doświadczenia w wykonaniu budowy, odbudowy, remontu obiektów i budowli hydrotechnicznych, w których niejako przy okazji wykonano wskazywane roboty. Zdaniem Izby zrealizowanie roboty hydrotechnicznej o określonej wartości, w której „przy okazji” wykonano nawet znikome wartościowo roboty odpowiadające istocie przedmiotu zamówienia (remont i odbudowa bruków ubezpieczenia skarpowego), nie mogło zostać uznane za wystarczające dla oceny przez zamawiającego zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia.

Podkreślenia wymagało także, że odwołujący nie tylko w odwołaniu, ale nawet w piśmie procesowym z dnia 20 września 2023 r. nie uzasadnił swego żądania odnośnie wykreślenia wymogu odnoszącego się do klasy ważności referencyjnego obiektu hydrotechnicznego.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, podlegało oddaleniu.

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 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 oraz 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 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, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania w tej części.

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, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, odwołanie okazało się niezasadne. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 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 § 9 ust. 3 w zw. z § 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:.....**