Sygn. akt: KIO 1760/16

WYROK
z dnia 5 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2016 r. przez wykonawcę **G.M. i Wspólnicy sp.j. z siedzibą w Rethimno, Grecja**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział w Rzeszowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwa Dubr sp. z o.o. w Kielcach, Planeta sp. z o.o. w Warszawie, Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim, Saferoad Grawil sp. z o.o. we Włocławku** oraz **Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. we Wrocławiu,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę G.M. i Wspólnicy sp.j. z siedzibą w Rethimno, Grecja** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **G.M. i Wspólnicy sp.j. z siedzibą w Rethimno, Grecja** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawcy **G.M. i Wspólnicy sp.j. z siedzibą w Rethimno, Grecja** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział w Rzeszowie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 1760/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział w Rzeszowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „wykonanie oznakowania poziomego na drogach krajowych administrowanych przez Oddział w Rzeszowie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w ciągu 4 lat od podpisania umowy".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 22 lipca 2016 r., poz. 152707.

15 września 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę G.M. i Wspólnicy sp.j. z

siedzibą w Rethimno, Grecja, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Dubr sp. z o.o. w Kielcach, Planeta sp. z o.o. w Warszawie, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim, Saferoad Grawil sp. z o.o. we Włocławku oraz Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. we Wrocławiu, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu odwołujący wniósł 20 września 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp przez błędne zastosowanie polegające na bezpodstawnym uznaniu, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu
2) § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231) przez jego niezastosowanie i uznanie, że dokumenty złożone w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym we wskazanym przez zamawiającego terminie są złożone w nieprawidłowej formie,
3) §17 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z dnia 27 lipca 2016 r poz. 1126). przez jego niezastosowanie i przyjęcie, że do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie regulacje zawarte w § 14 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w

sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że nie zgadza się z rozstrzygnięciem zamawiającego, który wykluczył go z udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że 1 września 2016 r. zamawiający wezwał go do uzupełnienia wykazu robót budowlanych wykonywanych w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert wraz ze stosownymi dokumentami poświadczającymi prawidłowe wykonanie prac i ewentualnym pisemnym zobowiązaniem do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Zamawiający wskazał, że dokumenty należy złożyć do 8 września 2016 r. w formie:

a) oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę — osobę należycie umocowaną (dokumenty dotyczące wykonawcy),
b) oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez inne podmioty w 7.3, 8.2, 8,2a i 8.2bIDW - osobę należycie umocowaną (dokumenty dotyczące innych podmiotów na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp,
c) zobowiązanie, o którym mowa w pkt. 8.2 IDW wymaga zachowania formy pisemnej.

Odwołujący 8 września 2016 roku przesłał zamawiającemu dokumenty określone w wezwaniu z 1 września 2016 roku w formie faxu, maila oraz maila zawierającego załączniki podpisane przez osobę upoważnioną do działania w imieniu odwołującego bezpiecznym podpisem elektronicznym. Niezależnie od tego odwołujący przesłał oryginały dokumentów kurierem, który dostarczył je zamawiającemu 9 września 2016 roku. Zamawiający uznał, że złożone przez odwołującego dokumenty nie spełniły wymagań co do formy, a w konsekwencji nie zostały dopuszczone dla celów dokonania czynności uzupełnienia dokumentów. W uzasadnieniu swego stanowiska zamawiający powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 5 listopada 2014 r. wydane w sprawie o sygn. akt KIO 2241/14.

Odwołujący wywiódł, że wskazane przez zamawiającego orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, wskutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zostało zmienione wyrokiem Sądu Okręgowego w Kaliszu z 26 marca 2015 sygn. akt II Ca 675/14. Odwołujący wywiódł, że błędne jest stanowisko jakoby składanie dokumentów drogą elektroniczną,

wymagające korzystania z bezpiecznego podpisu elektronicznego, było możliwe tylko, gdy zamawiający wyrazi zgodę na złożenie oferty w postaci elektronicznej. Argumentował, że żaden przepis ustawy Pzp ani rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie w sprawie

rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231 ze zm.) nie określa takiej zależności. W konsekwencji, wykonawca nie powinien zostać wykluczony z przetargu gdy uzupełnił dokumenty w wymaganym terminie i zrobił to w sposób dopuszczony w § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Odwołujący wywiódł także, że wskazane rozporządzenie zostało uchylone w dniu 28 lipca 2016 roku rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z brzmieniem § 17 rozporządzenia Ministra Rozwoju do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszego rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte 22 lipca 2016 r., w związku z tym stosuje się do niego reguły zawarte w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Odwołujący nie zgodził się także z twierdzeniem, że nie wykazał, iż dysponuje potencjałem technicznym w postaci „pojazdu z przyczepką z oznakowaniem pulsacyjnym firmy Berghaus 1 sztuka". Zamawiający pismem z dnia 1 września 2016 roku wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie dysponowania potencjałem technicznym. Odwołujący potwierdził na formularzu 3.3 dysponowanie całym wymaganym przez zamawiającego potencjałem technicznym. Odwołujący wskazał, iż w pkt. 6 formularza 3.3 zapisał, iż dysponuje pojazdem z przyczepką z oznakowaniem pulsacyjnym, który znajduje się w zasobie podmiotu trzeciego Vernicol S.A. W zobowiązaniu Vernicol S.A. stanowiącym formularz 3.5 oferty Vernicol zobowiązał się do użyczenia odwołującemu łącznie 5 sztuk pojazdów - malowarek samobieżnych na samochodach ciężarowych oraz przyczepę z oznakowaniem pulsacyjnym. Odwołujący wskazał, że użyczone przez Vernicol S.A malowarki na samochodach ciężarowych spełniają nie tylko funkcję malowarek, ale też są pojazdami ciężarowymi podlegającymi pełnej rejestracji pojazdów, które mogą ciągnąć przyczepkę z oznakowaniem pulsacyjnym. Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że odwołujący nie wykazał, iż dysponuje „pojazdem z przyczepką z oznakowaniem pulsacyjnym" pochodzącym z zasobu podmiotu trzeciego - Vernicol S.A. Faktem notoryjnym, nie wymagającym dowodzenia jest okoliczność, że malowarka na samochodzie ciężarowym jest pojazdem. Nie ma również żadnych przeciwskazań faktycznych, czy też prawnych, aby pojazd - malowarka na ciężarówce ciągnęła przyczepkę z oznakowaniem pulsacyjnym. Argumentował, że z żadnego zapisu SIWZ nie wynika, aby malowarka nie mogła jednocześnie stanowić pojazdu, który będzie ciągnąć przyczepę z oznakowaniem pulsacyjnym. Wywodził, że warunek posiadania

pojazdu, który będzie ciągnął przyczepę z oznakowaniem pulsacyjnym spełnił, nie tylko w wymiarze 1, ale 5 pojazdów.

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

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Dubr sp. z o.o. w Kielcach, Planeta sp. z o.o. w Warszawie, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim, Saferoad Grawil sp. z o.o. we Włocławku oraz Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. we Wrocławiu. Wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, korespondencję kierowaną przez odwołującego do zamawiającego, stanowiącą odpowiedź na ww. wezwanie, ofertę złożoną przez odwołującego, zawiadomienie zamawiającego o wykluczeniu odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie, zgłoszenie przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego

interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu wskutek czego jego ofertę należało uznać za odrzuconą, zaś w świetle kryteriów oceny ofert złożył ofertę korzystniejszą od oferty wybranej. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający w pkt 7.2 ppkt 2 SIWZ opisał warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia. Wskazał, że wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej: jednego zadania polegającego na wykonaniu oznakowania poziomego na drogach klasy min. G o powierzchni malowania wynoszącej:
- dla technologii cienkowarstwowej nie mniej niż 409 900 m^2 i
- dla technologii grubowarstwowej nie mniej niż 12 250 m^2 .

Z kolei w pkt 7.2. ppkt 3 SIWZ zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. Zastrzegł, że wykonawca musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia następujące narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne:
- malowarka samobieżna do oznakowania cienkowarstwowego, z elektronicznym sterowaniem znakowania, z możliwością regulowania szerokości malowanego pasa oraz wyposażona w system pneumatyczny do wykonania odblasku – min 5 szt. o wydajności co najmniej 1500 m^2 dziennie,
- malowarka do wykonywania drobnych elementów oznakowania cienkowarstwowego, ze sterowaniem ręcznym, wyposażona w system pneumatyczny do wykonywania odblasku – min 2 szt. o wydajności co najmniej 600 m^2 dziennie, (…)
- pojazdy z przyczepami z oznakowaniem pulsacyjnym – min. 4 szt. (…).

Zgodnie z pkt 8.1.2. SIWZ celem potwierdzenia warunku wiedzy i doświadczenia należało złożyć wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem

dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zgodnie z pkt 8.1.3 SIWZ celem potwierdzenia warunku w zakresie potencjału technicznego należało złożyć wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami.

W pkt 8.2. SIWZ wskazano, że jeżeli wykonawca polega na m.in. na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

W pkt 8.6.1. SIWZ wskazano, że dokumenty i oświadczenia wymagane w celu oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (za wyjątkiem oświadczenia wymienionego w pkt 8.1.1. IDW, które musi zostać złożone w formie oryginału, a także zobowiązania, o którym mowa w pkt 8.2. IDW, które wymaga zachowania formy pisemnej), należy złożyć w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

W pkt 18.1. SIWZ zamawiający wskazał, że wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje zamawiający oraz wykonawcy będą przekazywać pisemnie, faksem (…) lub drogą elektroniczną (…), z uwzględnieniem pkt 18.2. W pkt 18.2. SIWZ zamawiający przesądził, iż forma pisemna zastrzeżona jest dla złożenia oferty wraz z załącznikami, w tym oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (…).

Ustalono także, że celem potwierdzenia ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia odwołujący złożył wykaz robót budowlanych. W wykazie tym wymienił swe doświadczenie polegające na wykonaniu:

a) roboty polegającej na ulepszeniu całości zabezpieczeń na całej drodze wojewódzkiej województwa Kreta na drodze G w technologii cienkowarstwowej o powierzchni 535.000 m^2,
b) roboty polegającej na oznakowaniu poziomym sieci drogowej w Attyce w ramach kompetencji Dyrekcji Projektów Konserwacji i Prac Drogowych na drodze G w technologii grubowarstwowej o powierzchni 16.784,42 m^2.

Do wykazu załączono dokumenty referencyjne.

Celem wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego odwołujący złożył wykaz, w którym wskazał dysponowanie m.in. następującym sprzętem:

a) malowarka samobieżna do oznakowanie cienkowarstwowego / pojazdy IVECO ML 100 E18 oraz Mercedes 1424 z osprzętem (…) – 5 szt., będące zasobem firmy Vernicol S.A.,
b) malowarka do wykonywania drobnych elementów oznakowania cienkowartowego ze sterowaniem ręcznym /LineLazer IV 200HS, LineLazer IV 200 HS PBS oraz Linelazer 250 DC PBS firmy Graco (…) – 3 szt., będące zasobem firmy Vernicol S.A.,
c) pojazd z przyczepą z oznakowaniem pulsacyjnym firmy Berghaus – 1 szt., będący zasobem firmy Vernicol S.A.,
d) pojazd z przyczepą z oznakowaniem pulsacyjnym firmy Schiffner oraz Faro – 3 szt., będące zasobem firmy Maycon Poland sp. z o.o.

Do wykazu załączono:

a) zobowiązanie firmy Vernicol S.A.,do udostępnienia odwołującemu malowarek samobieżnych do oznakowania cienkowarstwowego / pojazdy IVECO ML 100 E18 oraz Mercedes 1424 z osprzętem (…) – 5 szt., malowarek do wykonywania drobnych elementów oznakowania cienkowartowego ze sterowaniem ręcznym /LineLazer IV 200HS, LineLazer IV 200 HS PBS oraz Linelazer 250 DC PBS firmy Graco (…) – 3 szt. oraz przyczepki z oznakowaniem pulsacyjnym firmy Berghaus – 1 szt.,
b) zobowiązanie firmy Maycon Poland sp. z o.o. do udostępnienia odwołującemu 3

pojazdów z przyczepami z oznakowaniem pulsacyjnym firmy Schiffner oraz Faro.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 1 września 2016 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów celem wykazania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jako powód wezwania zamawiający wskazał, że wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu jednego zadania polegającego na wykonaniu oznakowania poziomego na drogach klasy m.in. G o powierzchni malowania wynoszącej dla technologii cienkowarstwowej nie mniej niż 409 900 m^2 i dla technologii grubowarstwowej nie mniej niż 12 250 m^2, podczas gdy wykonawca wykazał się dysponowaniem 2 zadań, z których jedno polegało na wykonaniu malowania w technologii cienkowarstwowej, a drugie – w technologii grubowarstwowej.

W drugiej części pisma zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia zobowiązania firmy Vernicol S.A. do oddania do dyspozycji wykonawcy pojazdu z przyczepką z oznakowaniem pulsacyjnym – 1 szt. lub wykazu sprzętu, w którym będzie wymieniony pojazd z przyczepką z oznakowaniem pulsacyjnym – 1 szt. (…).

Zamawiający w wezwaniu wskazał, że dokumenty i oświadczenia należy złożyć:

1) w formie oryginału lub w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (…) zamawiającemu na adres (…) w nieprzekraczalnym terminie do 8 września 2016 r.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący przesłał do zamawiającego korespondencję. W korespondencji tej odwołujący wskazał, że w wykazie wskazano 1 pojazd z przyczepką jako zasób firmy Vernicol i 3 szt. pojazdów z przyczepką jako zasób firmy Maycon Poland sp. z o.o. Ponadto argumentował, że potwierdzeniem tego są także dokumenty w postaci zobowiązań tych podmiotów. Do pisma odwołujący załączył uzupełniony wykaz robót, w którym wymienił dodatkowo robotę wykonaną na rzecz Vernicol S.A. polegającą na konserwacji, uruchomieniu i prowadzeniu odcinka od węzła Ag do Kipous na drodze klasy A, w technologii cienkowarstwowej o powierzchni 640 000 m^2 oraz technologii grubowarstwowej o powierzchni 44 600 m^2. Do pisma załączono także dokument referencyjny.

Korespondencję tę przekazano zamawiającemu drogą elektroniczną zwykłą 8 września 2016 r. o g. 14.09, faksem 8 września 2016 r. o g. 12.58. Ponadto 8 września 2016 r. o g. 20.27 przekazano zamawiającemu ww. korespondencję uzupełnioną o pełnomocnictwo odwołującego dla r.pr. Joanny Andryskowskiej oraz dowód uiszczenia opłaty skarbowej od ww. pełnomocnictwa. Korespondencję tę przesłano drogą elektroniczną z załącznikami w postaci plików: opis.pdf, opis.pdf.XAdES, opłata.POA.pdf, opłata.POA.pdf.XAdES, POA.pdf, POA.pdf.XAdES. Jak wynika z dokumentacji, podpis złożony w plikach POA.pdf.XAdES oraz opłata.POA.pdf.XAdES przez Joannę Andryskowską certyfikatem kwalifikowanym o nr seryjnym (…) wydanym przez CN=Cope Szafir - Kwalifikowany, O=Krajowa Izba Rozliczeniowa S.A., C=PL, został poprawnie zweryfikowany na podstawie listy CRL o numerze seryjnym 5131 w dniu (…). Natomiast dokument opis.pdf został podpisany przez Joanna Beata Andryskowska certyfikatem kwalifikowanym o nr seryjnym (…) wydanym przez CN=Cope Szafir - Kwalifikowany, O=Krajowa Izba Rozliczeniowa S.A., C=PL w dniu (…). Ustalono także, że ww. korespondencja została dostarczona do zamawiającego w formie pisemnej w dniu 9 września 2016 r.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 15 września 2016 r. zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W

Uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał jakie oświadczenia i dokumenty odwołujący złożył celem wykazania warunku wiedzy i doświadczenia oraz warunku w zakresie potencjału technicznego. Przypomniał, że zgodne z treścią wezwania dokumenty i oświadczenia należało złożyć:

1) w formie oryginału lub w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (dokumenty dotyczące wykonawcy) zamawiającemu na adres (…) w

nieprzekraczalnym terminie do 8 września 2016 r.

Następnie zamawiający wskazał, że *wykonawca na wezwanie do uzupełnienia w dniu 08 września 2016 r. przesłał dokumenty drogą elektroniczną oraz faxem – które nie zostały dopuszczone przez Zamawiającego dla celów dokonania czynności uzupełnienia przedmiotowych dokumentów; dokumenty nie spełniały zatem określonych wymagań co do formy. Dokumenty w wymaganej przez zamawiającego formie wpłynęły do zamawiającego w dniu 9 września 2016 r., a wiec po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego. (…). Tym samym wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego (…).*

Ponadto zamawiający wskazał, iż *z zobowiązania spółki Vernicol S.A. wynika udostępnienie potencjału technicznego w postaci samej przyczepki z oznakowaniem pulsacyjnym firmy Berghaus – 1 sztuka, bez pojazdu. Tym samym wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego, co skutkuje wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia.*

Zamawiający złożył 3 października 2016 r. odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że tylko bezpieczny podpis prawidłowo zweryfikowany jest skuteczny, tj. może być traktowany jako dochowanie formy pisemnej. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do zaprzeczenia istocie podpisu elektronicznego określanego przymiotem bezpiecznego. Owo bezpieczeństwo należy odnosić nie tylko do składania podpisu przez daną osobę ale także, a może i przede wszystkim, do realnego i pewnego sprawdzenia tego podpisu, zarówno pod kątem jego autentyczności, jak i integralności danych. Negatywna weryfikacja takiego podpisu nie pozwala na przyjęcie, iż mamy do czynienia z podpisem złożonym prawidłowo, wywierającym skutki jak dochowanie formy pisemnej. Skoro zatem w przedmiotowej sprawie zamawiający negatywnie zweryfikował podpis odwołującego, którym zostały opatrzone uzupełnienia, to w konsekwencji należy przyjąć, iż odwołujący nie dochował formy pisemnej, zastrzeżonej dla uzupełnień.

W trakcie rozprawy w dniu 4 października 2016 r. zamawiający wskazał dodatkowo, że jego informatyk został poproszony o zweryfikowanie poprawności plików z korespondencją przekazaną przez odwołującego. Wyjaśnił, że podpisy te zostały zweryfikowane przez dwa oprogramowania, dwóch różnych producentów, w wyniku tej weryfikacji uzyskano stanowisko, że podpis jest błędnie zweryfikowany, czego przyczyną mogła być zmiana danych. Informatyk zwrócił się także do producenta oprogramowań i uzyskał stanowisko, że być może powodem błędu jest to, że po podpisaniu pliku została zmieniona nazwa pliku lub jego zawartość.

Na pytanie przewodniczącego zamawiający odpowiedział, że gdyby odwołujący złożył mu w terminie dokumenty drogą elektroniczną z prawidłowym bezpiecznym podpisem to zamawiający uznałby takie uzupełnienie za skuteczne.

Odwołanie podlegało oddaleniu, gdyż nie stwierdzono takich naruszeń ustawy Pzp, które miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postepowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp a contrario).

Odnośnie pierwszego zarzutu dotyczącego niewykazania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego wskutek nieprawidłowego przesłania oświadczeń i dokumentów przez odwołującego należało stwierdzić, że zamawiający w treści uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia odwołującego wskazał, że żądane przez niego oświadczenia i dokumenty należało złożyć w formie oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w terminie do 8 września 2016 r. na wskazany adres pocztowy. Powyższe zostało przez zamawiającego nawet wytłuszczone na następnie zestawione z czynnościami odwołującego. Zamawiający wskazał bowiem, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia w dniu 8 września przesłał dokumenty drogą elektroniczną oraz faksem - które nie zostały przez zamawiającego dopuszczone do celów dokonania czynności uzupełnienia przedmiotowych dokumentów, dokumenty nie spełniały zatem określonych wymagań co do formy ich złożenia. Jak wynikało z powyższego, powodem wykluczenia było posłużenie się przez wykonawcę niedopuszczalnymi formami, to jest formą faksu i formą elektroniczną.

Od tak uzasadnionej czynności wykluczenia odwołał się odwołujący słusznie uznając,

iż z zacytowanego fragmentu stanowiska zamawiającego należy wywieść, iż powodem wykluczenia go z postepowania jest fakt, że zamawiający nie dopuścił formy faksowej ani elektronicznej celem uzupełnienia dokumentów, a jedynie oryginał lub kopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Tymczasem zamawiający w ustnej wypowiedzi w trakcie rozprawy przed Izbą 4 października 2016 r. oraz w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że nie taka była jego intencja, gdyż powodem wykluczenia odwołującego było to, iż odwołujący opatrzył dokument elektroniczny podpisem nie spełniającym wymogów dla uznania go za bezpieczny podpis weryfikowany za pomocą kwalifikowanego certyfikatu. W trakcie rozprawy dodatkowo zakomunikował odwołującemu, że – jego zdaniem – podpis elektroniczny r.pr. Joanny Andryskowskiej jest błędnie zweryfikowany. Uważał, że powodem takiego stanu jest to, iż po podpisaniu plików podpisem elektronicznym została zmieniona nazwa plików lub ich zawartość. Jednocześnie zamawiający na pytanie przewodniczącego wprost oświadczył, że

gdyby odwołujący przesłał mu w terminie dokument elektroniczny opatrzony prawidłowym bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą kwalifikowanego certyfikatu, to zamawiający uznałby taki dokument za prawidłowy.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny należało stwierdzić, że Izba nie mogła odnieść się do zaprezentowanych dopiero w trakcie rozprawy rzeczywistych powodów wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego jakoby z uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia z 15 września 2016 r. można było wywnioskować, iż rzeczywistą przyczyną wykluczenia odwołującego są rzekome nieprawidłowości co do jego podpisu elektronicznego. Wręcz przeciwnie, zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wytłuścił ten fragment, w którym wskazywał w jakiej formie należy złożyć żądane oświadczenia i dokumenty tj., wyłącznie oryginał oraz kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem. Dokumenty w takich formach należało zaś doręczyć pod wskazany adres pocztowy. Zamawiający nie wskazał przy tym w wezwaniu żadnego adresu poczty elektronicznej. Następnie tak sformułowane w wezwaniu wymogi zestawiono z faktem przesłania przez odwołującego dokumentów drogą elektroniczną oraz faxem – co do których zamawiający kategorycznie i jednoznacznie utrzymywał, iż nie zostały one dopuszczone dla celów dokonania czynności uzupełnienia.

Biorąc pod uwagę literalną wykładnię uzasadnienia należało dojść do wniosku, że zamawiający zakwestionował sam fakt złożenia mu dokumentów faxem lub drogą elektroniczną, uznając obydwie drogi za niedopuszczalne bez żadnych wyjątków. W tej sytuacji ww. twierdzenia zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi i w trakcie rozprawy należało uznać za oświadczenia nowe.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Z przepisu tego wynika, że odwołujący po upływie terminu na wniesienie odwołanie nie może już formułować nowych zarzutów, które podlegałyby rozpatrzeniu przez Izbę. Odwołujący nie mógł zatem skutecznie kwestionować nowej podstawy wykluczenia zaprezentowanej mu dopiero w odpowiedzi na odwołanie oraz uszczegółowionej w trakcie rozprawy. W tej sytuacji za sprzeczne z naczelną zasadą równouprawnienia stron postępowania cywilnego byłoby zezwolenie zamawiającemu na rozszerzenie podstaw wykluczenia odwołującego o przyczyny nieznane odwołującemu i uzależnienie od nich wyrokowania. Izba podzieliła w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(…) *Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W* świetle *związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest*

zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można

traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada a zasada równości równouprawnienia stron dokładniej środków *procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (…)".*

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W *tym względzie należy przypomnieć,* że *zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt,* że *kandydat lub oferent dowiaduje się,* że *jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego,* że *cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych* środków *odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich* środków *odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów".*

Wobec powyższego Izba zmuszona była pominąć argumentację zamawiającego co do faktycznej przyczyny wykluczenia odwołującego z postępowania, zaprezentowaną wykonawcy dopiero w trakcie rozprawy. W konsekwencji Izba postanowiła na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki dla potwierdzenia wysłania w terminie wiadomości e-mail, jak również co do prawidłowości podpisu uznając, że dowód został powołany jedynie dla zwłoki, albowiem przeprowadzenie tego dowodu nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Odnośnie zaś wskazanej w uzasadnieniu wykluczenia podstawy wykluczenia a mianowicie, generalnego niedopuszczenia uzupełnienia dokumentów i oświadczeń drogą faksową ani elektroniczną, to na moment wyrokowania spór pomiędzy stronami co do możliwości uzupełnienia dokumentów drogą elektroniczną z podpisem bezpiecznym weryfikowanym za pomocą kwalifikowanego certyfikatu już nie istniał, gdyż – jak już wcześniej wskazano – zamawiający w trakcie rozprawy i w odpowiedzi zmienił swe stanowisko. Na pytanie Izby zamawiający wyraźnie odparł, że gdyby odwołujący uzupełnił mu dokumenty drogą elektroniczną i opatrzył je takim podpisem to zamawiający uznałby takie działanie za skuteczne. W tej sytuacji stanowisko stron co do możliwości uzupełniania dokumentów drogą elektroniczną opatrzonych prawidłowym bezpiecznym podpisem okazało się zbieżne. Zatem należało uznać, że powód wykluczenia wskazywany w uzasadnieniu z 15 września 2016 r. okazał się nieprawidłowy.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia § 17 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 27 lipca 2016 r. poz. 1126). Zgodnie z tym przepisem *do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem wejścia w* życie *niniejszego rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe.* Odwołujący w treści odwołania podniósł, że wobec wszczęcia postępowania

w dniu 22 lipca 2016 r., to jest przed wejściem w życie ww. rozporządzenia (co nastąpiło 28 lipca 2016 r.), zamawiający z naruszeniem tego przepisu miał procedować z uwzględnieniem jego treści. Odwołujący nie zdołał jednak udowodnić, jakoby zamawiający miał zastosować przepisy przywoływanego rozporządzenia, w szczególności jego § 14. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Za chybione należało uznać zarzuty odwołującego odnoszące się do drugiej z podstaw wykluczenia wskazanej przez zamawiającego w piśmie z 15 września 2016 r.

Treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego była jednoznaczna. Zamawiający w pkt 7.2.3. SIWZ wymagał dysponowania przez wykonawców co najmniej 7 malowarkami (w tym 5 malowarkami samobieżnymi do oznakowania

cienkowarstwowego i 2 malowarkami do wykonywania drobnych elementów oznakowania cienkowarstwowego) oraz odrębnie 4 pojazdami z przyczepkami z oznakowaniem pulsacyjnym.

Odwołujący wykazał dysponowanie 5 malowarkami samobieżnymi do oznakowania cienkowarstwowego, będącymi pojazdami IVECO ML 100 E18 oraz Mercedes 1424. Oprócz tego odwołujący wykazał dysponowanie 3 malowarkami do wykonywania elementów oznakowania cienkowarstwowego LineLazer IV 200 HS, LineLazer IV200 HS PBS oraz LineLazer IV 250 DC PBS. Ponadto odwołujący wykazał dysponowanie 3 pojazdami z przyczepkami sygnalizacyjnymi oraz jedną przyczepką (3 pojazdy z przyczepkami udostępnione przez Maycon Poland sp. z o.o. oraz 1 przyczepka udostępniona przez Vernicol S.A.).

Odwołujący twierdził w odwołaniu, że choć wprawdzie wykazał dysponowanie mniejszą liczbą pojazdów, które miały ciągnąć przyczepki aniżeli wymagano w SIWZ, to jednak funkcję takiego pojazdu będzie mogła pełnić jedna z 5 malowarek, będących ciężarówkami.

Rzeczywiście z wykazu potencjału technicznego oraz zobowiązania firmy Vernicol S.A. wynikało, że 5 malowarek wymienionych w wierszu 1 wykazu niewątpliwie ma status pojazdów, gdyż są to ciężarówki IVECO ML100 E18 orz Mercedes 1424. Uszło jednak uwadze odwołującego, że zamawiający w SIWZ wymagał odrębnie dysponowania 5 malowarkami dużymi oraz odrębnie 4 pojazdami z przyczepą z oznakowaniem pulsacyjnym. Zamawiający słusznie doszedł do wniosku, że brakuje jednego pojazdu, który miał ciągnąć przyczepę z oznakowaniem pulsacyjnym. Wykonawca nie dysponuje bowiem nadmiarową ilością pojazdów, gdyż 5 sztuk malowarek na ciężarówkach będzie używanych na potrzeby malowania, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Nie ma zatem możliwości wykorzystania pojazdu będącego malowarką do innych celów, w tym przyczepienia do przyczepy z oznakowaniem pulsacyjnym. Przyczepy z oznakowaniem pulsacyjnym nie może natomiast ciągnąć jedna z malowarek LineLazer IV 200 HS, LineLazer IV200 HS PBS lub LineLazer IV 250 DC PBS przeznaczonych do wykonywania drobnych elementów (poz. 2 wykazu potencjału technicznego). W tym przypadku wprawdzie odwołujący przewidział większą liczbę takich malowarek, jednakże w treści odwołania nie twierdził, iż któreś z tych urządzeń jest pojazdem zdolnym do ciągnięcia przyczepy (twierdził, że taki charakter ma tylko 5 malowarek wymienionych w pozycji 1 wykazu).

W tej sytuacji liczba pojazdów z przyczepami z oznakowaniem pulsacyjnym, jaką wykonawca dysponuje okazała się zbyt mała w stosunku do wymagań określonych w SIWZ, co skutkowało koniecznością wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Brak ten nie został bowiem przez odwołującego

usunięty pomimo wezwania go przez zamawiającego do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (pismo z dnia 1 września 2016 r.).

Izba postanowiła na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu mechaniki na okoliczność czy malowarka na ciężarówce może ciągnąć przyczepkę z oznakowaniem pulsacyjnym uznając, że dowód został powołany jedynie dla zwłoki, albowiem przeprowadzenie tego dowodu nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Odwołujący nie wykazał bowiem

zamawiającemu dysponowania dodatkową malowarką, która może być wykorzystywana na potrzeby ciągnięcia przyczepy z oznakowaniem pulsacyjnym.

W konsekwencji, choć nie wszystkie podstawy wykluczenia odwołującego okazały się zasadne, to jednak naruszenie ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Za wynik postepowania należy uznać wybór konkretnej oferty jako najkorzystniejszej. W niniejszej sprawie, zamawiający prawidłowo wybrał ofertę przystępującego za najkorzystniejszą. Zatem odwołanie musiało zostać oddalone.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 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. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego*

---

stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje *w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: ……..…