

Sygn. akt: KIO 912/18

WYROK

z dnia 22 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2018 r. przez wykonawcę T.S., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą TESTA, T.S. w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez miasto st. Warszawa, w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m st. Warszawy z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy PIREM sp. z o.o. w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę T.S., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą TESTA, T.S. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę T.S., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą TESTA, T.S. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 912/18

Uzasadnienie

Zamawiający - miasto st. Warszawa, w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m st.

Warszawy z siedzibą w Warszawie - 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 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „całoroczna pielęgnacja zieleni niskiej, utrzymanie czystości oraz konserwacja architektury na terenach zieleni położonych wzdłuż dróg

krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy w latach 2018-2019".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej 14 marca 2018 r., nr 2018/S 051-113266.

25 kwietnia 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy T.S., prowadzącej działalność

gospodarczą pod nazwą TESTA, T.S. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze, w zakresie części VI zamówienia, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę PIREM sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego,
- 2) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,

odwołujący wniósł 7 maja 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) -art. 24 ust.1 pkt. 17, względnie art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp, w zw. z art. 24 ust.5 pkt. 4 i 2 oraz w zw. z art. 24 ust. 6 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu w odniesieniu do braku zaistnienia wobec przystępującego podstaw wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt. 4 i 2 Pzp i przewidzianych przez zamawiającego w rozdz. V pkt. 1.2 SIWZ, pomimo, że przystępujący umyślnie/na skutek rażącego niedbalstwa/względnie niedbalstwa/lekkomyślności wprowadził zamawiającego w błąd, zawierając w JEDZ i następnie składanych wyjaśnieniach informację o braku zaistnienia wobec niego podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 pkt. 4 i 2 Pzp, co miało wpływ na decyzje zamawiającego podjęte w postępowaniu i skutkowało wyborem oferty przystępującego z naruszeniem prawa, co stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, pomimo, iż wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenia przystępującego;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący podniósł, że zamawiający powinien wykluczyć

odwołującego z uwagi na złożenie przez niego w JEDZ (część III sekcja C - odpowiedzi na pytania dotyczące zaistnienia poważnego wykroczenia zawodowego i znajdowania się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową) wprowadzających w błąd i nieprawdziwych informacji o fakcie braku zaistnienia w stosunku do tego wykonawcy przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt. 2 i 4 ustawy Pzp, które miały zastosowanie w postępowaniu. Z wyjaśnień z 21 kwietnia 2018 r. złożonych zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2018 r. wynika bowiem, że przystępujący w części III sekcja C JEDZ w ww. odpowiedziach w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa/względnie lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego co do tego, że nie podlega wykluczeniu oraz mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia- tj. decyzję o nie wykluczeniu przystępującego z postępowania i wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej (art. 24 ust.1 pkt. 16 i 17 Pzp).

Odwołujący argumentował, że w części III sekcja C JEDZ w rubryce z pytaniem: „Czy Wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed

czasem?" przystępujący zaznaczył odpowiedź: NIE, podczas gdy z dokumentów będących w posiadaniu zamawiającego na etapie oceny ofert, z wyjaśnień złożonych w toku postępowania przez przystępującego wynika, że w dniu 04.07.2017 r. doszło do odstąpienia od umowy przez zamawiającego Zarząd Dzielnicy Ochota, dalej „ZDO”, (a więc w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania) z przyczyn leżących po stronie przystępującego (nienależyta realizacja umowy, całkowite zaprzestanie jej wykonywania w istotnym stopniu, pomimo wezwań zamawiającego ZDO do przystąpienia do dalszej realizacji umowy), a następnie zostały potrącone oświadczeniem z dnia 3.08.2017 r. kary umowne związane z odstąpieniem od umowy z tych właśnie przyczyn. Zdaniem odwołującego, przystępujący podał zatem w JEDZ nieprawdziwą informację.

Odwołujący zaznaczył, że w jego ocenie przystępujący złożył w JEDZ nieprawdziwe oświadczenie co do braku zaistnienia wobec niego okoliczności objętych podstawą wykluczenia wskazaną w art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy Pzp, która znalazła zastosowanie w tym postępowaniu. Odwołujący wywiódł, że określenie w ww. przepisie: „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” nie odnosi się do wprost do winy, którą należałoby udowadniać, ale obejmuje wszystkie przyczyny leżące po stronie wykonawcy, co znacznie rozszerza odpowiedzialność wykonawcy i tym samym podstawy wykluczenia. Wywodził, że w okolicznościach faktycznych sprawy w sposób klarowny ustalić można fakty i okoliczności leżące u podstaw podjęcia przez zamawiającego ZDO decyzji o odstąpieniu od umowy i że dokumentacja wskazuje, iż okoliczności te są zawinione przez przystępującego, co sam przyznaje w wyjaśnieniach w toku postępowania, wskazując, że nienależycie realizował umowę, bo była dla niego nieopłacalna, i że w związku z tym, że spodziewał się większego zarobku, w ogóle postanowił dalej jej nie realizować i złożył oświadczenie o uchyleniu się od jej skutków na skutek błędu.

Według odwołującego przystępujący umyślnie złożył nieprawdziwe oświadczenia. Z przyczyn bowiem leżących po stronie przystępującego wskazanych w powyższych oświadczeniach- tj. rażącego niewywiązywania się wykonawcy z postanowień umowy, nieustannego opóźnienia w terminach wykonywania prac oraz nieprzystąpieniem do wykonywania prac w dniach 29-30 czerwca, Zarząd Dzielnicy Ochota na podstawie §10 ust.1 umowy musiał odstąpić od umowy z przystępującym. Wskutek tych działań przystępującego umowa nie tylko była wykonywana nienależycie w istotnym stopniu w sposób uporczywy, a ponadto została finalnie niewykonana w istotnym i znaczącym stopniu. Zarząd Dzielnicy Ochota w dniu 4.07.2017 r. musiał odstąpić od umowy z dnia 1.03.2017 r. z przystępującym - umowy, która miała być wykonywana do dnia 31.12.2017 r., a co za tym idzie zamówienie nie zostało zatem wykonane nawet w 50% zakresu, tj. w stopniu znaczącym. Przesłanka istotności została zatem również spełniona. Można zatem mówić, że w związku, z niewykonaniem przez przystępującego ponad 50 % umowy (zakres od 28.06.2017 r. - 31.12.2017 r.) oraz uporczywym rażącym nienależytym wykonywaniem pozostałej części (od 1.03.2017- 28.06.2017 r.) należy uznać za spełnioną przesłankę istotności.

Odwołujący wywiódł ponadto, że zostały też naliczone kary umowne za odstąpienie od umowy przez zamawiającego ZDO z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 20 % wynagrodzenia umownego. Jak zaś wskazuje się w doktrynie, pomimo, że art. 24 ust.5 pkt 4 ustawy Pzp mówi o odszkodowaniu, to w rozumieniu dyrektywy klasycznej (art. 57 ust. 4 lit. g) należy uznać, że odnosi się również do innych porównywalnych sankcji, co pozwala zaliczyć do nich również kary umowne. O ile więc w przepisie tym jest mowa o zasądzeniu odszkodowania, co analogicznie oznaczałoby wobec powyższego, że kary umowne również musiałyby być zasądzone, o tyle wskazać należy na literalną treść przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Otóż w ostatniej części tego przepisu o treści: „co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania”. Użycie przez ustawodawcę łącznika „lub” oznacza, że aby wypełniły się znamiona przepisu nie musi dojść do spełnienia dwóch przesłanek łącznie. Wystarczy zatem, że nienależyte wykonywanie lub niewykonanie umowy w istotnej części przez przystępującego doprowadziło do przedterminowego rozwiązania umowy przez zamawiającego. Obecnie bowiem toczy się spór sądowy między przystępującym a zamawiającym Zarząd Dzielnicy Ochota, co do tego czy kary umowne zostały naliczone i potrącone zasadnie, a więc dopóki nie zapadnie wyrok nie można obecnie określić czy kary umowne zostały zasądzone czy nie. Jednakże wobec przedwczesnego odstąpienia od umowy przez zamawiającego ZDO z przyczyn leżących po stronie przystępującego, tj. wobec spełnienia się jednej z przesłanek alternatywnych przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, kwestia kar umownych nie ma znaczenia w niniejszym przypadku. Wystarczy, że doszło do rozwiązania umowy przed czasem.

Odwołujący wskazał także, że w przedmiotowej sprawie, będącej przedmiotem odwołania, ziściła się również przesłanka co do możliwego terminu dokonania wykluczenia z art. 24 ust. 7 pkt 3 Pzp, tj. że może nastąpić tylko w okresie 3 lat od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Umowa została wypowiedziana 4.07.2017 r., w związku z czym obecnie w maju 2018 r. zamawiający może wykluczyć przystępującego nie przekraczając jednocześnie tego ustawowego terminu.

Odwołujący argumentował, że nawet, gdyby Izba nie uznała, czemu odwołujący zaprzecza, że ww. wprowadzenie w błąd nie miało charakteru umyślnego, to nie ulega wątpliwości, że nastąpiło na skutek niedbalstwa, względnie lekkomyślności rozumianych jako niedochowanie należytej staranności przez profesjonalistę). Zaznaczenie przez przystępującego we wskazanych na wstępie rubrykach odpowiedzi przeczącej „nie”, może być bowiem jednocześnie uznane za celowe zatajenie tych informacji, zwłaszcza, że dopiero w wyjaśnieniach z dnia 21 kwietnia 2018 r. przystępujący przyznał się, że miała miejsce sytuacja, w której zamawiający rozwiązał z nim umowę przed czasem i że dopuścił się zachowań wyczerpujących znamiona poważnego wykroczenia zawodowego. Nastąpiło to dopiero, gdy zamawiający po zasięgnięciu informacji od podmiotu trzeciego o tych okolicznościach, wezwał w tym zakresie przystępującego do wyjaśnień. Zdaniem odwołującego przy powzięciu przez zamawiającego takiej informacji zamawiający nie powinien był już wzywać przystępującego do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3, a bezpośrednio zastosować podstawę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 (względnie 17) Pzp. Tym niemniej udzielone w tym trybie wyjaśnienia potwierdzają jedynie fakt umyślnego przedłożenia zamawiającemu w JEDZ nieprawdziwych informacji. Jeśli bowiem przystępujący byłby uczciwy, to w JEDZ w rubryce dotyczącej podstaw wykluczenia wpisałby, że owszem zachodzą, ale starałby się wykazać, że podjął stosowne kroki w celu samooczyszczenia.

Odwołujący argumentował, że powoływanie się przystępującego na oświadczenie z dnia 28.06.2017 r. o uchyleniu się od skutków prawnych oświadczenia woli o zawarciu umowy nr

UD.V.WOS-B-032-8-2017 z dnia 1.03.2017 r. z powodu błędu jest całkowicie niezasadne. Twierdzenie, jakoby oświadczenie to powodowało skutek ex-tunc i prowadziło do tego, że stosunek zobowiązaniowy między przystępującym a zamawiającym ZDO nie istniał od początku, a tym samym, że nie mogło dojść do rozwiązania umowy przez zamawiającego ZDO, bo „tej umowy nigdy nie było”, jest dalece chybione i stanowi przejaw całkowicie nieuzasadnionej jednostronnej interpretacji przystępującego. Należy bowiem zaznaczyć, iż umowy zawarte w zamówieniach publicznych są objęte szczególną ochroną, jako że ich zawieranie prowadzi do wydatkowania środków publicznych. Tym samym, przypadki wzruszalności takiej umowy są ograniczone, a uprawnienia do jej wzruszania posiada głównie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Poza przypadkami wzruszalności umowy określonymi w art. 146 ust. 1 i ust. 6 ustawy Pzp mogą zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy wynikające z przepisów Kodeksu cywilnego, niemniej jednak w tym celu wykonawca powinien zachowywać należytą staranność i kierując się zasadą uczciwości zwrócić się do sądu o stwierdzenie istnienia stosunku prawnego, zgodnie z treścią: art. 189 KC.

Odwołujący podnosił, że przystępujący w oświadczeniu z dnia 28.06.2017 r. powołuje się na nieznaną minimalnego zakresu prac oraz obszaru działnicy, którego prace miały dotyczyć w momencie składania oświadczenia woli o chęci zawarcia umowy z zamawiającym ZDO. Twierdził również, że zakres zlecanych prac w ramach umowy odbiegał w sposób istotny od treści zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym, oraz że dokonana przez niego wycena usług na etapie zgłaszania ofert zapewniała wykonawcy rentowność kontraktu i gdyby wiedział, że ten zakres się zmniejszy, to nie złożyłby oświadczenia woli o zawarciu umowy. Jak wynika z wyjaśnień oraz z załączników do nich, przystępujący twierdzi, że wbrew pierwotnym kalkulacjom, które przewidywały, że udzielone zamówienie obejmować będzie sprzątanie na terenie o powierzchni 20,04 ha oraz koszenie na obszarze 19,64 ha, w rzeczywistości obejmuje teren 14,39 ha, a koszenie 13,99 ha. W związku z tym przystępujący uznał, że umowa przestała być dla niego opłacalna, jako że w umowie tej jest wynagrodzenie kosztorysowe i jego wynagrodzenie zależne jest od zakresu zlecanych czynności i tym samym postanowił, że uchyli się od oświadczenia woli zawarcia umowy i powoła się na błąd.

Nie sposób zgodzić się z tym, aby powyższa argumentacja uprawniała przystępującego do uchylenia się od oświadczenia woli o chęci zawarcia umowy powołując się na instytucję błędu. Przed złożeniem wiążącej oferty przystępujący miał bowiem dostęp do pełnej dokumentacji przetargowej, a również wzoru umowy, w którym to w § 3 ust.4 umowy określono, że: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany zakresu prac w trakcie

realizacji umowy w ramach zakresu prac wynikającego z przetargu, w zależności od występujących potrzeb-bez konieczności zmiany niniejszej umowy”, zaś przystępujący na etapie pytań do specyfikacji takiego postanowienia umowy nie kwestionował, przez co należy uznać, że był tego świadom i akceptował takie warunki. Przystępujący nie kwestionował również zapisów SIWZ i stanowiącego jej część wzoru umowy w drodze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami Pzp. Ponadto, ze względu na charakter wynagrodzenia jakim jest wynagrodzenie kosztorysowe, zamawiający również w umowie w §4 (wynagrodzenie) w ust. 1 określił, że: „całkowita wartość robót w okresie trwania umowy nie

może przekroczyć kwoty....” - traktując wynagrodzenie umowne jako maksymalny pułap

wynagrodzenie, który może zostać przez wykonawcę osiągnięty w wyniku wykonywania czynności składających się na przedmiot zamówienia rozlicznych kosztorysowo.

Oznacza to, że szacując zamówienie zamawiający podawał wartości maksymalne zarówno wartości robót/prac, jak i obszaru, zastrzegając możliwość niewykorzystania pełnego zakresu zamówienia. Przystępujący był również tego świadom i nie kwestionował żadnych postanowień SIWZ, czy kosztorysów w tym zakresie, nie domagał się wskazania minimalnego zakresu prac oraz obszaru działnicy przed złożeniem oferty, a mógł to zrobić w drodze zapytań do specyfikacji i ewentualnie w drodze odwołania przed Krajową Izbą Odwoławczą mógł zakwestionować brak określenia minimalnego zakresu prac czy obszaru. Tym samym, wobec braku tych czynności oraz pełnej świadomości co do treści ogłoszenia oraz SIWZ, przystępujący złożył ofertę świadomą oraz w pełni wiążącą i powinien był wywiązać się ze swoich zobowiązań na etapie realizacji umowy zamiast powoływać się na błędy w złożonym oświadczeniu woli co do chęci zawarcia umowy.

Jak wynika zaś wprost z treści przepisu, na który powołał się przystępujący celem uchylenia się od czynności prawnej zawarcia umowy, art. 84 §1 KC: „W razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków prawnych oświadczenia woli. Jeżeli jednak oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć”. Wobec faktu, że przystępujący składał oświadczenie woli zawarcia umowy zamawiającemu Zarządowi Gminy Ochota- czyli „innej osobie”, a zamawiający określił w umowie, że zakres prac może ulec zmianie w trakcie realizacji umowy w zależności od potrzeb Zamawiającego, a z umowy wynikało, że wynagrodzenie jest określone jako maksymalne a nie jako minimalne (wobec czego obszar działnicy, na którym usługa miała być realizowana był wskazany również jako maksymalny a nie minimalny) i ma charakter kosztorysowy, to w żadnym razie nie można w obecnym przypadku mówić o tym, że zamawiający ZDO wprowadził przystępującego w błąd. Zastrzegł bowiem w umowie możliwość zaistnienia sytuacji zmiany zakresu prac, a co za tym idzie możliwości zmniejszenia tego zakresu, z czym wiązać się mogła zmiana wynagrodzenia (nieosiągnięcie wartości wynagrodzenia maksymalnego), jako że wynagrodzenie w tym postępowaniu było kosztorysowe, a do jego oszacowania zawsze podaje się wartości maksymalne a nie minimalne, o czym wykonawca doskonale wiedział, wynika to bowiem z przepisów prawa powszechnie obowiązujących. W związku z powyższym próbę uchylenia się przystępującego od oświadczenia woli zawarcia umowy należało uznać za całkowicie niedopuszczalną i nieskuteczną.

Nadto odwołujący argumentował, że przystępujący w żaden sposób nie wykazał by błąd po jego stronie wywołany przez zamawiającego ZDO celowo, świadomie i rozmyślnie, a więc z winy umyślnej. Co więcej przystępujący mógł „błąd” uniknąć, gdyby jako profesjonalny przedsiębiorca dokonał analizy zakresu zamówienia i postanowień przyszłej umowy, czego jak się wydaje przystępujący po prostu nie uczynił, co wynika z faktu, że na etapie przed złożeniem oferty i podpisaniem umowy przystępujący mógł zapoznać się z wymaganiami ofertowymi i przed przystąpieniem do przetargu zorientować, czy realizacja przyszłej umowy spełni jego projekcje zyskowe. Podkreślał, że przystępujący nie wniósł odwołania od treści SIWZ w celu weryfikacji prawidłowości działań zamawiającego, a więc nie skorzystał z przysługujących mu - w celu ochrony jego interesu - środków ochrony prawnej.

Odwołujący podniósł, że Zarząd Dzielniczy Ochota uznał oświadczenie z dnia 28.06.2017 r. o uchyleniu się od skutków czynności dokonanej pod wpływem rzekomego błędu za nieskuteczne. Nie sposób przyjąć skuteczności takiego działania, dochodziłoby bowiem w zamówieniach publicznych do niedopuszczalnych nadużyć polegających na tym, że nierzetelni wykonawcy składaliby niewiążące oferty i każdorazowo uchylali się od wykonywania umowy w przypadku stwierdzenia dalszej nieopłacalności kontraktu dla nich poprzez składanie oświadczeń o uchyleniu się od czynności zawarcia umowy obarczonej wadą, gdyż składali te oświadczenia pod wpływem błędu. Takie działanie wykonawców na gruncie prawa zamówień publicznych jest stanowczo nie do przyjęcia.

Odwołujący argumentował, że rzekomy brak wiedzy co do minimalnego zakresu prac i obszaru działnicy, którego prace miały dotyczyć nie świadczy o istnieniu po stronie przystępującego w chwili zawierania umowy błędu co do jakiejś okoliczności związanej z treścią tej umowy, skoro z umowy wprost wynikało, że podane wynagrodzenie jest maksymalne, a nie minimalne, a zakres prac może się zmienić w zależności od potrzeb zamawiającego ZDO (to znaczy, również zmniejszyć). Sam wykonawca przyznał, że oczekiwana rentowność kontraktu się zmieniła i stał się on nieopłacalny - odnosi się to zatem do jego oczekiwań, a nie do mylnego przekonania co do treści czynności prawnej. Tym samym za nieskuteczne należy uznać uchylenie się przystępującego poprzez oświadczenie z dnia 28.06.2017 r. od skutków prawnych umowy o zamówienie publiczne wcześniej zawartej z Zarządem Dzielniczy Ochota, w którym powoływał się na instytucję błędu.

Odwołujący podniósł, że podstawy wykluczenia z art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 Pzp mają

charakter obligatoryjny, a podstawa z art. 24 ust. 5 pkt. 4 i 2 Pzp, pomimo że jest w ustawie określona jako mająca charakter fakultatywny, to zamawiający w SIWZ wskazując w rozdz. V pkt. 1.2. te podstawy, zgodnie z art. 24 ust. 6 Pzp, przewidział ich zastosowanie w niniejszym postępowaniu. Całkowicie niezasadne są więc twierdzenia przystępującego jakoby zamawiający ww. podstaw nie przewidział w SIWZ. Wystarczy zatem, że podstawa ta została wskazana w SIWZ, ażeby zamawiający mógł ją stosować w niniejszym postępowaniu. Jak bowiem wynika z rozdz. V pkt. 1.2. SIWZ: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12-23 oraz art. 24 ust 5 pkt. 1, 2 oraz 4 ustawy Pzp”. Odwołujący wskazał, że zaniechał wykluczenia z postępowania przystępującego, który podlegał wykluczeniu, pomimo, że podstawy tego wykluczenia zostały przewidziane w rozdziale V pkt 1.2. SIWZ. Zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia przystępującego w tych okolicznościach stanowi ponadto przejaw nierównego traktowania wykonawców i przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wskazał ponadto, że zamawiający powinien był wykluczyć wykonawcę za złożenie nieprawdziwych informacji na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp również z uwagi na fakt, że wykonawca oświadczył, że nie zaszły w stosunku do niego okoliczności określone w art. 24 ust. 5 pkt. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający wyklucza wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Przesłanka ta pomimo, że ustawowo fakultatywna, znalazła się w treści SIWZ, w rozdziale V pkt 1.2. SIWZ, co oznacza, że zamawiający przewidując jej zastosowanie był zobowiązany do zbadania podstaw jej wystąpienia i odpowiednio zastosowania jej. Przystępujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Wobec niespełnienia się oczekiwań przystępującego co do zakresu zlecanych prac w toku realizacji umowy z zamawiający ZDO, a co za tym idzie mniejszej niż oczekiwana wysokości wynagrodzenia, zdecydował się on samowolnie, że zaniecha realizowania umowy i uchylił się od oświadczenia woli o zawarciu umowy z zamawiającym Zarządem Dzielnicy Ochota, jako, że realizacja zamówienia przestała w jego ocenie być dla niego rentowna.

Odwołujący podniósł, że przystępujący finalnie w ogóle zaprzestał jej wykonywania, co doprowadziło do tego, że nawet nie w połowie okresu jej wykonywania zamawiający ZDO został pozbawiony w sposób nagły podmiotu, który świadczyć będzie na jego rzecz usługi w zakresie opieki nad zielenią i sprzątnięcia. Trudno wyobrazić sobie przejaw dalej posuniętej nierzetelności i braku uczciwości wykonawcy, niż zachowanie, którego dopuścił się przystępujący. Jednocześnie działanie takie podważa uczciwość i profesjonalizm tego wykonawcy, zwłaszcza, że postępowanie dotyczy analogicznego przedmiotu zamówienia, co stwarza dla zamawiającego ogromne ryzyko wyboru wykonawcy kompletnie nierzetelnego, czemu zapobiec miało właśnie wskazanie w ramach postępowania przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt. 2 i 4 Pzp. Według odwołującego przystępujący dopuścił się rażącego naruszenia obowiązków zawodowych, nie tylko uporczywie nienależycie wykonując umowę, ale również odmawiając dalszego wykonywania zamówienia w istotnym zakresie, pomimo, iż złożył wiążącą go ofertę i podpisał umowę, którą zobowiązany był wykonywać należycie i wykonywać do końca terminu realizacji zamówienia- tj. do 31.12.2017 r. Według odwołującego gdyby przyjąć stanowisko, że uporczywie nienależycie wykonywanie zamówienia, a następnie celowe uchylenie się od wykonywania jego dalszej istotnej części w ponad 50 %, nie stanowi wykroczenia poważnego, prowadziłoby to do niedopuszczalnego przyzwalania wykonawcom uchylania się od realizacji każdego zamówienia publicznego, które uznaliby w trakcie realizacji za nieopłacalne i doprowadziłoby do utraty bezpieczeństwa prawnego przez zamawiających. Wszyscy wykonawcy zaczęliby bowiem uchylać się od czynności i powoływać na błąd w oświadczeniu woli co do zawarcia umowy, gdy stwierdziliby obniżenie rentowności wykonywanego zamówienia, wbrew ich pierwotnym oczekiwaniom, pomimo, iż z dokumentacji przetargowej mogli powziąć wcześniej wiedzę o warunkach wykonywania umów i z jakich przyczyn mogą się one zmienić. Próba uchylenia się wykonawcy od obowiązków, do których zobowiązał się składając wiążącą ofertę w postępowaniu, którą przygotował na podstawie SIWZ i opisu przedmiotu zamówienia, poprzez jednostronne oświadczenie o uchyleniu się od skutków oświadczenia woli o zawarciu umowy argumentując, że ta umowa przestała być dla niego opłacalna i następnie nieprzystąpienie przez niego do wykonywania prac w kolejnych dniach należy jednoznacznie uznać za rażące naruszenie obowiązków zawodowych.

Odwołujący podniósł, że w części III C JEDZ postępowania przystępujący po raz kolejny zaznaczył zaś przy pytaniu: „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?” odpowiedź przeczącą: NIE. Tym samym, wykonawca ten po raz kolejny w

wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd co do tego, że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia wskazane w Rozdz. V pkt.1.2. SIWZ, a więc przesłanka określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 i 2 Pzp. przystępujący zataił bowiem informacje o tym, że jest w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe poprzez zawinione nienależyte wykonywanie umowy, ale również - na uchylenie się od wykonania zamówienia w istotnej części-ponad 50 % umowy, co zmusiło zamawiającego ZDO do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy, co w sposób ewidentny podważa jego uczciwość i profesjonalną rzetelność.

Gdyby przystępujący przedstawił prawdziwe informacje w ww. Cz. III C JEDZ odnośnie dopuszczenia się poważnego wykroczenia zawodowego, to nie wprowadziłby zamawiającego w błąd i zamawiający nie wykluczyłby tego wykonawcy i nie wybrał jego oferty jako najkorzystniejszej. Udzielenie tej nieprawdziwej informacji w tej części i rubryce JEDZ miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w tym zakresie.

W końcowej części odwołania odwołujący wskazał, że kroki prawne, które podjął przystępujący po odstąpieniu od umowy przez zamawiającego ZDO miały na celu wyrządzenie dalszej szkody zamawiającemu Zarządowi Dzielnicy Ochota- tj. przystępujący wystąpił do sądu o wydaniem nakazu zapłaty w zakresie potrąconych mu z wynagrodzenia kar umownych i do tej pory nie zapłacił reszty należnej kary umownej, do opłacenia której wezwał go zamawiający ZDO w wezwaniu do zapłaty z dnia 3.08.2017 r. Powyższe nie pozostawia więcej wątpliwości co do nierzetelności przystępującego i zasadności jego wykluczenia.

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

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawcy PIREM sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił 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), modyfikacje treści SIWZ, wyjaśnienia treści SIWZ, ofertę przystępującego, protokoły z badania próbek urządzeń oferowanych przez odwołującego i przystępującego, wezwania zamawiającego skierowane do przystępującego do złożenia wyjaśnień co do treści dokumentu JEDZ z 19 kwietnia 2018 r., wyjaśnienia przystępującego z dnia 21 kwietnia 2018 r., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24 kwietnia 2018 r., odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, pismo procesowe odwołującego wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę PIREM sp. z o.o. w Warszawie uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Jak wynikało z protokołu postępowania oferta odwołującego w części VI zamówienia została sklasyfikowana na drugim miejscu, zaś ofertę przystępującego wybrano jako najkorzystniejszą. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykonania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w części VI postępowania. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia przystępującego, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania

czynności wykluczenia przystępującego, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego w części VI. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w dowołaniu.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wywiódł bowiem, że zamawiający zaniechał wykluczenia przystępującego, który miał złożyć informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, a dotyczące okoliczności braku zaistnienia w stosunku do niego podstawy do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp (względnie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp).

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Stosownie zaś do treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z obydwu przepisów jednoznacznie wynika, że obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd nie dotyczy wszystkich kategorii informacji. Art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp stanowi, że wprowadzenie w błąd ma dotyczyć informacji o tym, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria. Z kolei w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest mowa o wprowadzeniu w błąd, które dotyczyło informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. A contrario, dyspozycjami obu przepisów nie jest objęte złożenie informacji wprowadzających w błąd, którym nie można przypisać takiego statusu.

Wobec powyższego, należało w pierwszej kolejności ustalić, czy informacje złożone przez przystępującego co do których odwołujący zarzucał, że miały wprowadzić zamawiającego w błąd, mieszczą się w katalogu określonym w którymś z ww. przepisów.

Jako informację wprowadzającą w błąd odwołujący wskazał oświadczenie złożone przez przystępującego w części III Sekcja C JEDZ. Ustalono, że w tej części dokumentu JEDZ przystępujący w rubryce z pytaniem: „Czy Wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje z związku z tą wcześniejszą umową?” zaznaczył odpowiedź: NIE.

Nie było sporne między stronami, że powyższa odpowiedź, jakiej przystępujący udzielił w formularzu JEDZ dotyczy nieistnienia po stronie przystępującego fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 25 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Z kolei art. 25 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Dostrzeżenia wymaga, że przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp są fakultatywnymi przesłankami wykluczenia. Na powyższe

wskazuje użyty przez ustawodawcę zwrot „może”. Obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia pojawia się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający w danym postępowaniu zdecyduje się na ich wprowadzenie. O tym, w jaki sposób taka decyzja ma zostać wyrażona w postępowaniu decyduje przepis art. 24 ust. 6 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 5, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.

Izba stwierdziła, że przedmiotowej sprawie wymóg wynikający z art. 24 ust. 6 ustawy Pzp nie został przez zamawiającego spełniony, gdyż zamawiający nie zastrzegł w postępowaniu skutecznie fakultatywnych przesłanek wykluczenia. Nie było sporne pomiędzy stronami, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie wskazał podstaw wykluczenia z postępowania. W treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 14 marca 2018 r. nr 2018/S 051-113266 próżno było bowiem szukać wzmianki o przesłankach wykluczenia z postępowania. Zamiar badania fakultatywnych podstaw wykluczenia został wyartykułowany jedynie w rozdziale V pkt 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Wbrew stanowisku odwołującego powyższe nie czyniło zadość wymogom nałożonym przez ustawodawcę w art. 24 ust. 6 Pzp. Odwołujący wywiódł, że dla skutecznego zastrzeżenia fakultatywnych podstaw wykluczenia w tym postępowaniu wystarczającym było ich jedynie powołanie się na nie w SIWZ. Stanowisko odwołującego okazało się nieprawidłowe. Podkreślenia wymaga, że to w których konkretnie dokumentach postępowania muszą być wymienione fakultatywne przesłanki wykluczenia regulują przepisy odnoszące się do poszczególnych trybów postępowania. W niektórych trybach postępowania nie występuje bowiem zaproszenie do negocjacji, zaś w innych nie ma mamy do czynienia z ogłoszeniem o zamówieniu. Wobec powyższego odpowiedź na pytanie, czy w danej sprawie wskazano fakultatywne podstawy wykluczenia w prawidłowych dokumentach postępowania, wymaga analizy przepisów regulujących dany tryb.

Dostrzeżenia wymagało, że analizowane postępowanie zamawiający prowadził w trybie przetargu nieograniczonego. Zgodnie z przepisami regulującymi ten tryb, podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu musiały być określone zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 36. ust. 1 pkt 5a Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5. Z kolei z art. 41 pkt 7 ustawy Pzp wynika, że ogłoszenie o zamówieniu, prowadzanego w trybie przetargu nieograniczonego zawiera warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia. W tej sytuacji niewystarczającym, a w konsekwencji nieskutecznym było zatem wskazanie tych podstaw jedynie w SIWZ, przy jednoczesnym pominięciu obowiązku ich zastrzeżenia w podstawowym dokumencie wszczynającym postępowanie, jakim jest ogłoszenie o zamówieniu. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że w analizowanym postępowaniu zamawiający nie zastrzegł skutecznie fakultatywnych podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ani w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Konsekwencją takiego stanu rzeczy było to, że zamawiający nie miał prawa w tym postępowaniu badać spełniania przez przystępującego tych podstaw. W tej sytuacji okoliczność, czy przystępujący złożył prawdziwe czy fałszywe oświadczenie o nieistnieniu wobec niego fakultatywnych podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 czy art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp okazało się być pozbawione jakiegokolwiek doniosłości prawnej. Jak bowiem wyjaśniono już wcześniej, wykluczenie z powodu złożenia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp następuje gdy nieprawdziwa informacja dotyczy oświadczenia dotyczącego spełniania warunków udziału w postępowaniu, podstaw wykluczenia bądź kryteriów selekcji. Z kolei art. 24 ust. 1 pkt 17 obliuguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeśli nieprawdziwa informacja może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Oświadczenie, jakie przystępujący złożył w części III sekcji C dokumentu JEDZ, wbrew stanowisku odwołującego, nie dotyczyło podstaw wykluczenia w tym postępowaniu. Nie mogło mieć także jakiegokolwiek wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego, gdyż dotyczyło niezastrzeżonej w tym postępowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia, której zamawiający nie miał prawa badać.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył wskazywanych przez odwołującego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16, 17, 24 ust. 5 pkt 2 i art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W konwencji także poprzez wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w części 6 nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp ani naruszenia reguł wyłaniania oferty najkorzystniejszej wynikających z przepisu art. 91 ust. 1 Pzp.

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 rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie Izby, przez wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp należy rozumieć wybór danej oferty jako najkorzystniejszej. W analizowanej nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy, co musiało skutkować oddaleniem odwołania w całości.

Wobec powyższego, 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.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot stosownie do jego wyniku należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn.

akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący. Kosztami postępowania obciążono zatem wyłącznie tę stronę. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. § 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 ze zm.).

Przewodniczący: