

Sygn. akt: KIO 1329/17

Sygn. akt: KIO 1330/17

WYROK

z dnia 14 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2017 r. w W. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2017 r. przez **wykonawcę M.M.D.P. Sp. z o.o. z siedzibą w (sygn. akt KIO 1329/17 oraz KIO 1330/17)** w postępowaniach prowadzonych przez **Zamawiającego: Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowaną przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Olsztynie** na:

- 1) „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie Kontraktami pn.: Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) – Płońsk (S10) odc. Napierki – Mława oraz Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) – Płońsk (S10) odc. Mława – Strzegowo” (sygn. akt KIO 1329/17);
- 2) „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie Kontraktami pn.: Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) – Płońsk (S10) odc. Strzegowo – Pieńki oraz Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) – Płońsk (S10) odc. Pieńki – Płońsk” (sygn. akt KIO 1330/17);

przy udziale wykonawcy **M.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.** zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego (w sprawie o sygn. akt KIO 1329/17 oraz KIO 1330/17)

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1329/17 w części co do zarzutu dotyczącego § 40 ust. 1 i 2 IPU odnoszącego się do podstaw zawieszenia Usługi, § 4 ust. 4 lit. h) IPU odnoszącego się do zasad wyrównania wynagrodzenia, § 4 ust. 12 IPU odnoszącego się do podstaw i zasad ustalania wysokości wynagrodzenia Konsultanta w przypadku wydłużenia się Okresu Projektowania lub Okresu wykonywania Robót ;**
- 2. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1330/17 w części co do zarzutu dotyczącego § 40 ust. 1 i 2 IPU odnoszącego się do podstaw zawieszenia Usługi, § 4 ust. 4 lit. h) IPU odnoszącego się do zasad wyrównania wynagrodzenia, § 4 ust. 12 IPU odnoszącego się do podstaw i zasad ustalania wysokości wynagrodzenia Konsultanta w przypadku wydłużenia się Okresu Projektowania lub Okresu wykonywania Robót ;**
- 3. Uwzględnia oba odwołania (sygn. akt KIO 1329/17 oraz KIO 1330/17) w zakresie zarzutu dotyczącego obowiązku zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób pełniących wskazane przez Zamawiającego funkcje i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ (IPU), poprzez usunięcie z treści IPU całości §13 ust. 5 oraz usunięcie z treści IPU części § 13ust. 7 następującej po sformułowaniu „z zastrzeżeniem” wyłącznie, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w pozostałych postanowieniach SIWZ wraz z załącznikami;**
- 4. W pozostałym zakresie odwołania (sygn. akt KIO 1329/17 oraz KIO 1330/17) oddala.**
- 5. W sprawie o sygn. akt KIO 1329/17 kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w wysokości 20 % zaś Odwołującego w wysokości 80% i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego się tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.720,00 zł (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 6. W sprawie o sygn. akt KIO 1330/17 kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w wysokości 20 % zaś Odwołującego w wysokości 80% i:**

- 3) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego się tytułem wpisu od odwołania,
- 4) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.720,00 zł (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz 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 1329/17

Sygn. akt KIO 1330/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W. reprezentowana przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowania o udzielenie zamówienia pn:

- 1) „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie Kontraktami pn.: Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) – Płońsk (S10) odc. Napierki – Mława oraz Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) – Płońsk (S10) odc. Mława – Strzegowo”;
- 2) „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie Kontraktami pn.: Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) – Płońsk (S10) odc. Strzegowo – Pieńki oraz Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) – Płońsk (S10) odc. Pieńki – Płońsk”.

Wartość zamówień przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 14 czerwca 2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 czerwca 2017 r. pod numerem 2017/S 113-227897 a także w dniu 14 czerwca 2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 czerwca 2017 r. pod numerem 2017/S 114-229771.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1329/17 oraz KIO 1330/17

Wykonawca M.M.D.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 29 czerwca 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołania na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej również: „*SIWZ*”), w szczególności w zakresie:

1. określenia w treści §13 ust. 5 i 7 Tomu li SIWZ: Istotne dla Stron postanowienia Umowy („*IPU*”) obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (na pełen lub % etatu)

osób pełniących funkcje: Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta, Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. roszczeń oraz Głównego Technologa;

2. braku postanowień przyznających Konsultantowi prawa do wynagrodzenia za realizację prac inwentaryzacyjnych, o których mowa w §13 ust. 30 lit. a) IPU oraz §22 pkt 4) IPU oraz określających zasady wypłaty takiego wynagrodzenia;
3. określenia w treści §4 ust. 4 lit. e) IPU mechanizmu wstrzymania zapłaty 10% wynagrodzenia Konsultanta do zatwierdzenia przez Zamawiającego Raportu Zamknięcia „bez uwag”;
4. określenia w treści §13 ust. 26 IPU obowiązku Konsultanta do wskazania Kierownikowi Projektu każdego niezgłoszonego Podwykonawcy Wykonawcy;
5. określenia w treści §40 ust. 1 i 2 IPU podstaw do zawieszenia Usługi;
6. określenia w treści §4 ust. 4 lit h) IPU zasad wyrównania wynagrodzenia;
7. określenia w treści §4 ust. 6 IPU zasad rozliczenia wynagrodzenia Konsultanta z tytułu „usługi nadzoru w okresie realizacji robót” oraz §4 ust. 1, §4 ust. 4 lit. c) i §11 ust. 5, §7 ust. 2 pkt 3) w zakresie w jakim odnoszącym się do Harmonogramu płatności;
8. określenia w treści §4 ust. 12 IPU podstaw i zasad ustalania wysokości wynagrodzenia Konsultanta w przypadku wydłużenia się Okresu Projektowania lub Okresu wykonywania Robót.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m. in. naruszenie art. art. 29 ust. 3a ustawy Pzp w zw. z art. 22 §1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 5, art. 353¹ KC i art. 354 KC w zw. z art. 139 ustawy Pzp, art. 147 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 150 ust. 2 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ poprzez:

1. usunięcie z treści IPU całości §13 ust. 5 oraz usunięcie z treści IPU części §13 ust. 7 następującej po sformułowaniu „z zastrzeżeniem” włącznie;
2. wprowadzenie do treści SIWZ (IPU) postanowień jednoznacznie określających zasady rozliczenia usług Konsultanta w zakresie prac inwentaryzacyjnych, o których mowa w §13 ust. 30 lit. a) IPU oraz §22 pkt 4) IPU;
3. usunięcie z IPU całości §4 ust. 4 lit. e);
4. usunięcie z IPU części §13 ust. 26 IPU, określającej obowiązek wskazania Kierownikowi Projektu każdego niezgłoszonego Podwykonawcy Wykonawcy;
5. zastąpienie §40 ust. 1 i 2 IPU jednym ustępem, odnoszącym się do skonkretyzowanego i zamkniętego katalogu podstaw dla zawieszenia Usług przez

Zamawiającego oraz zapewniającym co najmniej 30 dniowy okres uprzedzenia o zawieszeniu Usług;

6. usunięcie z treści §4 ust. 4 lit. h) IPU sformułowania „zgodnie z wszelkimi oczekiwaniami Zamawiającego”,

7. zmianę §4 ust. 6 IPU poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Wynagrodzenie z tytułu „usługi nadzoru w okresie realizacji robót” rozliczane będzie w tym okresie w 37 równych miesięcznych ratach płatnych co miesiąc do wysokości określonej w Załącznikach do Oferty - Formularze Cenowe. W przypadku, gdy Okres realizacji Robót zakończy się w terminie wcześniejszym niż 37 miesięcy (od jego rozpoczęcia), Konsultant będzie uprawniony do otrzymania pełnego wynagrodzenia ryczałtowego przewidzianego dla tej pozycji, określonego w pozycji 2.2. Formularza Cenowego;”

oraz usunięcie §4 ust.1, §4 ust. 4 lit. c) i §11 ust. 5 IPU, a także §7 ust. 2 pkt 3) IPU w zakresie odnoszącym się do rozliczenia wynagrodzenia z tytułu „usługi nadzoru w okresie realizacji robót” w oparciu o Harmonogram płatności;

8. zmianę §4 ust. 12 IPU poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„W przypadku wydłużenia się Okresu Projektowania lub Okresu wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu z przyczyn niezależnych od Konsultanta, Konsultant będzie uprawniony do uzyskania wynagrodzenia za pracę w przedłużonym czasie:

a) dla pozycji od 1.1 do 1.4 Formularza Cenowego - zgodnie z zaoferowaną w Ofercie stawką za „miesiąc”, a w przypadku rozliczenia niepełnych miesięcy realizacji usługi zgodnie z § 7 ust 8;

b) dla pozycji 2.1 i 2.2 Formularza Cenowego - w kwocie za każdy dzień przedłużonego czasu obliczonej wg opisanego wzoru.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlegają rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopie niniejszych odwołań.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 30 czerwca 2017 r.

Izba ustaliła, że do niniejszych postępowań odwoławczych (o sygn. akt KIO 1329/17 oraz KIO 1330/17) po stronie Odwołującego w dniu 3 lipca 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca M.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W..

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowań odwoławczych po stronie Odwołującego wykonawcy M.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (zwany dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W. reprezentowana przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie Kontraktami pn.: Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) – Płońsk (S10) odc. Napierki – Mława oraz Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) – Płońsk (S10) odc. Mława – Strzegowo*” oraz na „*Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie Kontraktami pn.: Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) – Płońsk (S10) odc. Strzegowo – Pieńki oraz Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) – Płońsk (S10) odc. Pieńki – Płońsk*”.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacje Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”), zawierała m. in. następujące postanowienia:

Tom II Istotne dla Stron postanowienia Umowy

• § 4 ust. 1

Ust. 1 Wynagrodzenie będzie płatne w okresach miesięcznych, w oparciu o uzgodniony z Zamawiającym „Harmonogram płatności” po uzyskaniu akceptacji Raportu miesięcznego oraz w przypadku pozycji ryczałtowych - po wykonaniu danej usługi w danym miesiącu kalendarzowym.

• § 4 ust. 4 lit. c) e) i h)

c) wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie wykonywania Robót” rozliczane będzie

w oparciu o uzgodniony z Zamawiającym Harmonogram Płatności;

e) wynagrodzenie będzie płatne do wartości 90% wynagrodzenia określonego § 4 ust. 2. Pozostałe 10 % wynagrodzenia określonego § 4 ust.2. będzie wypłacone z uwzględnieniem postanowień § 5, po zatwierdzeniu przez Zamawiającego Raportu Zamknięcia „bez uwag”;

h) Po zakończeniu realizacji Kontraktu zgodnie z wszelkimi oczekiwaniami Zamawiającego, co powinno wynikać z zatwierdzonego Raportu Końcowego, Konsultant może wystąpić o wyrównanie Wynagrodzenia do pełnej wysokości wynikającej z Oferty dla płatności opisanych w lit. b i c, z wyłączeniem prawa wyrównania wynagrodzenia w części wynikającej z potrąceń wynikających z niespełnienia deklarowanych obowiązków i warunków określonych w pozacenowych kryteriach oceny ofert

● § 4 ust. 6

Ust. 6 Procentowe zaawansowanie płatności z tytułu „usługi nadzoru w okresie realizacji robót” narastająco, nie wliczając płatności zaliczkowej oraz potrąceń z innych tytułów, nie może przekraczać procentowego zaawansowania płatności za Roboty (zgodnie z bieżącym Przejściowym Świadectwem Płatności).

● § 4 ust. 12

W przypadku wydłużenia się Okresu Projektowania lub Okresu wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu z przyczyn niezależnych od Konsultanta i Wykonawcy Konsultant będzie uprawniony do uzyskania wynagrodzenia za pracę w przedłużonym czasie:

- a) dla pozycji od 1.1 do 1.4 Formularza Cenowego - zgodnie z postanowieniami § 7 ust 8
- b) dla pozycji 2.1 i 2.2 Formularza Cenowego - w kwocie za każdy dzień przedłużonego czasu obliczonej wg wskazanego wzoru.

● § 7 ust. 2 pkt 3

- Ust. 2 Warunkiem wystawienia przez Konsultanta faktury VAT jest uzyskanie przez Konsultanta następujących dokumentów (warunki będą spełnione łącznie):

- 1) zatwierdzony przez Zamawiającego Raport Otwarcia albo;
zatwierdzone przez Zamawiającego poszczególne Raporty miesięczne albo;
zatwierdzony przez Zamawiającego Raport Zamknięcia „bez uwag”;
- 2) sporządzona przez Kierownika Projektu Karta Oceny Jakości Pracy Konsultanta (KOJPK) określająca jakość świadczonych przez Konsultanta Usług, z zastrzeżeniem § 5 ust. 6 17;

3) sporządzony przez Konsultanta i zatwierdzony przez Zamawiającego dokument przedstawiający procentowe zaawansowanie płatności z tytułu „usługi nadzoru w okresie realizacji Robót” narastająco w stosunku do procentowego zaawansowania płatności za Roboty (zgodnie z ostatnim Przejściowym Świadectwem Płatności);

• § 11 ust. 5

Ust. 5 HPPK jest podstawą do wykonania przez Konsultanta Harmonogramu Płatności za pełnione usługi, w oparciu o który, z uwzględnieniem innych postanowień Umowy, będą dokonywane płatności należne Konsultantowi.

• § 13 ust. 5 i 7

- Ust. 5 Zamawiający wymaga, aby wszystkie osoby wykonujące funkcje objęte kluczową częścią zamówienia, o której mowa w ust. 4, były zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez Konsultanta.

- Ust. 7 Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust. 5 i 6, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, tzn. będą pełnili obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu, z zastrzeżeniem, iż w Okresie Projektowania Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, Specjalista ds. rozliczeń, Specjalista ds. roszczeń zatrudnieni będą w wymiarze nie mniejszym niż 1/2 etatu, tzn. będą pełnili obowiązki w co najmniej połowę dni roboczych w miesiącu. Główny Technolog, przez okres realizacji usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, zatrudniony będzie w wymiarze nie mniejszym niż 1/2 etatu.

• § 13 ust. 26

- Ust. 26 Konsultant będzie przyjmował i weryfikował kompletność i terminowość wniosków, o których mowa w ust. 25 oraz przedstawiał do zatwierdzenia Kierownikowi Projektu wyłącznie wnioski zgodne z Warunkami Kontraktu. W terminie 5 dni od daty wpływu wniosku do Inżyniera Konsultant ma obowiązek wskazać Kierownikowi Projektu każdego zgłoszonego lub niezgłoszonego Podwykonawcę Wykonawcy wykonującego prace na Kontrakcie.

• § 13 ust. 30

- Ust. 30 Konsultant, w przypadku:

a) rozwiązania lub odstąpienia przez Zamawiającego albo przez Wykonawcę Robót od Kontraktu, lub w przypadku wystąpienia sporu pomiędzy Stronami Kontraktu, jest

zobowiązany do sporządzenia inwentaryzacji Robót wykonanych przez Wykonawcę,

• § 22 pkt 4

Konsultant zobowiązany jest do:

- 1) sprawdzania Rozliczeń składanych przez Wykonawców oraz wystawiania Przejściowych Świadczeń Płatności. Rozliczenia mogą być składane przez Wykonawców częściej niż raz w miesiącu kalendarzowym. W takim przypadku Konsultant dokona sprawdzenia tych Rozliczeń i wystawi dla każdego z nich Przejściowe Świadczenie Płatności, uwzględniając wszelkie wymagane przez Warunki Kontraktu dokumenty, w tym w szczególności Rozliczenie wraz z oświadczeniem Wykonawcy zawierającym opis udziału wszystkich zasobów Podmiotów Udostępniających Zasoby Wykonawcy w trakcie realizacji Kontraktu w minionym okresie rozliczeniowym, zgodne z dowodami złożonymi na etapie postępowania o udzielenie zamówienia oraz oświadczenia Wykonawcy o spełnieniu obowiązku, o którym mowa z Subklauzuli 4.29 *[Zatrudnianie na podstaw/e umowy o pracę]*;
- 2) potwierdzania szacunkowej kontraktowej wartości zrealizowanych Robót przez Wykonawcę i sporządzonych Dokumentów Wykonawcy oraz wypełniania innych obowiązków określonych w Warunkach Kontraktu;
- 3) potwierdzania kwot, które bezspornie są należne Wykonawcy, dokonywanie wszelkich kalkulacji w oparciu o Warunki Kontraktu i zasady oszczędnego gospodarowania środkami publicznymi;
- 4) rozliczenia Kontraktu w przypadku jego rozwiązania wraz z przeprowadzeniem inwentaryzacji;

• § 40 ust. 1 i 2

- Ust. 1 Zamawiający jest uprawniony do zawieszania wykonania Usług w takim czasie i w taki sposób, w jaki uważa to za konieczne. Zawieszenie następuje na podstawie pisemnego powiadomienia przekazanego Konsultantowi, najpóźniej na 14 dni przed terminem zawieszenia.

- Ust. 2 Zawieszenie Usługi może nastąpić w szczególności w przypadku, gdy realizacja Kontraktu zostanie przerwana na skutek okoliczności określonych w Klauzulach 15, 16 i 19 Warunków Kontraktu.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacje Istotnych Warunków Zamówienia, Tom II, Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, str. 1-42 /

Od niniejszych czynności Zamawiającego wykonawca M.M.D.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. wniósł odwołania w dniu 29 czerwca 2017 r. (Sygn. akt KIO 1329/17 oraz KIO 1330/17).

/dokumentacja postępowania: Odwołania wykonawcy M.M.D.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. z dnia 29 czerwca 2017 r. /.

Pismami z dnia 10 lipca 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołania, uwzględniając trzy zarzuty obu odwołań (5, 6, 8), w pozostałym zakresie wnosząc o ich oddalenie.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedzi na odwołania Zamawiającego z dnia 10 lipca 2017 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty odwołania potwierdziły się. Z uwagi, iż zarzuty obu odwołań były tożsame w swej treści Izba rozpatrywała je łącznie.

Pierwszy z zarzutów odwołań dotyczył sformułowania wymogu zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących funkcje Ekspertów Kluczowych (Personelu Kluczowego): Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta, Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. roszczeń oraz Głównego Technologa. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Odwołującego i nakazała usunięcie z treści IPU całości §13 ust. 5 oraz usunięcie z treści IPU części § 13 ust. 7 następującej po sformułowaniu „z zastrzeżeniem” wyłącznie.

Co do zasady Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że ten uprawniony jest przy opisie przedmiotu zamówienia do określenia wymogu, iż osoby zajmujące określone stanowiska lub wykonujące określone czynności były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Jednakże słusznie zwrócił uwagę Odwołujący na specyfikę niniejszego zamówienia.

Jak słusznie zauważył Odwołujący nie można uznać, że osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego będą pozostawać pod „pracowniczym” kierownictwem Konsultanta. Istotne znaczenie ma tu, co Izba wzięła pod uwagę specyfika przedmiotowego zamówienia, która sprowadza się do nałożenia na Konsultanta obowiązku skompletowania zespołu osób o odpowiednio wysokich kwalifikacjach i doświadczeniu (Personel Kluczowy), a następnie oddania go do dyspozycji Zamawiającego (na potrzeby nadzoru nad realizacją Kontraktów),

przy jednoczesnym zorganizowaniu i zapewnieniu odpowiednich warunków dla jego pracy. W konsekwencji ostatecznym beneficjentem „pracy” Personelu Kluczowego, miał być Zamawiający (nie Konsultant). Ponadto jak zauważył Zamawiający w odniesieniu do Inżyniera Kontraktu nie można mówić o konieczności jego osobistego świadczenia pracy. Zgodzić również należało się z Odwołującym, iż nie można mówić o czasowej powtarzalności czynności realizowanych przez osoby, wchodzące w skład Personelu Kluczowego. W jednym miesiącu zapotrzebowanie na usługi danej osoby może sprowadzić się do wymogu jej codziennej obecności. W kolejnym (z uwagi np. na zatrzymanie robót budowlanych) zakres takiego zapotrzebowania może zmaleć np. do jednego dnia w tygodniu. Nie można więc „z góry” zaplanować jej wymiaru czasu pracy. Tym bardziej, że Zamawiający oraz Wykonawca Robót Budowlanych mają prawo oczekiwać jej „dostępności” na każde zasadne wezwanie, a Kierownik Projektu - obecności w dni wolne od pracy. Wobec powyższego – wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie ma podstaw do pozostawieniu wymogu, iż osoby zajmujące określone stanowiska lub wykonujące określone czynności były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. W ocenie Izby charakter czynności jakie mają być realizowane przez te osoby nie wpisuje się w hipotezę normy prawnej art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, która odsyła do treści art. 22 § 1 ustawy Kodeks pracy, tj. istota tych czynności nie powoduje, że mamy do czynienia z koniecznością zawarcia umowy o pracę, dla której charakterystyczne jest wykonywanie określonych czynności pod nadzorem (kierownictwem), w określonym miejscu i czasie realizacji wyznaczonymi przez pracodawcę. Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu usunięcie z treści IPU całości §13 ust. 5 oraz usunięcie z treści IPU części § 13 ust. 7 następującej po sformułowaniu „z zastrzeżeniem” wyłącznie.

Co do pozostałych zarzutów obu odwołań Izba uznała, że podlegają one oddaleniu. Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego. Zgodzić należało się z Zamawiającym, iż sporządzenie inwentaryzacji robót w przypadku rozwiązania Kontraktu zawartego przez Zamawiającego z wykonawcą robót, bądź odstąpienie od niego, jest obowiązkiem Konsultanta wynikającym z umowy. Wykonanie tych czynności wchodzi w zakres świadczenia usługi nadzoru i zostanie opłacone zgodnie z § 4 umowy. W zależności od etapu na jakim będzie realizacja usługi będzie ono płatne w ramach pozycji „Usługi nadzoru w okresie projektowania” (poz. 2.1 Formularza Cenowego) lub pozycji „Usługi nadzoru w okresie realizacji robót” (poz. 2.2 Formularza Cenowego). Ze względu na ryczałtowy charakter obu pozycji, Zamawiający w umowie nie określił szczególnych zasad rozliczania czynności obejmujących sporządzenie inwentaryzacji, podobnie jak nie określił zasad rozliczania żadnego z innych obowiązków Konsultanta. Ponadto zgodnie z pkt 8 załącznika nr 1 do umowy Konsultant najpóźniej w dniu wystawienia Świadcstwa Wykonania

(dokument potwierdzający, że wykonawca robót wywiązał się ze wszystkich zobowiązań wynikających z Kontraktu, w tym związanych z usunięciem wad i usterek) przedłoży Zamawiającemu „Raport zamknięcia”. Raport ten będzie stanowił aktualizację „Raportu końcowego” (sporządzanego w terminie 30 dni od wystawienia Świadectwa Przejęcia, czyli dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały ukończone zgodnie z Kontraktem, poza drobniejszymi zaległymi pracami czy wadami, których dokończenie czy usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót zgodnie z przeznaczeniem. Raport końcowy jest bardzo obszernym dokumentem opisującym cały przebieg robót budowlanych i Usług, w tym usługi nadzoru. Raport zamknięcia stanowi aktualizację Raportu końcowego o elementy jakie zaszły w okresie przeglądów i rozliczeń. Aby dokument ten miał wartość dla Zamawiającego musi być sporządzony rzetelnie. Przewidziana w § 4 ust. 4 lit e umowy zasada płatności do wysokości 90 % wynagrodzenia oraz 10 % po zatwierdzeniu przez Zamawiającego Raportu zamknięcia stanowi sposób rozliczenia wynagrodzenia Konsultanta. Nie jest jednak zabezpieczeniem należytego wykonania umowy. Zamawiający działając w oparciu o wynikającą z art. 353¹ Kodeksu cywilnego swobodę umów miał prawo ustanowić taki sposób rozliczenia. Na podstawie umowy Konsultant zobowiązuje się m.in. do wykonania i dostarczenia Zamawiającemu należycie wykonanego Raportu zamknięcia, zarówno w zakresie jego kompletności, jak i jakości. Tym samym obowiązek zapłaty wynagrodzenia powstaje dopiero w momencie należytego wykonania tej części umowy. Niniejsza umowa jest umową wzajemną, bowiem świadczenie jednej ze stron jest odpowiednikiem świadczenia drugiej. Tym samym należyte wykonanie przez Konsultanta tego zakresu umowy dopiero aktualizuje obowiązek zapłaty. Ponadto wprowadzenie takiego sposobu rozliczenia ma również służyć zmobilizowaniu Konsultanta do należytego wykonania umowy w zakresie przygotowania i dostarczenia Zamawiającemu prawidłowego Raportu zamknięcia (tzn. kompletnego, bez wad). Zgodnie z warunkami umowy kwota za wykonanie tej części umowy zostanie wypłacona Konsultantowi po jej wykonaniu, tj. przygotowaniu i przedłożeniu należytego dokumentu, który zostanie zaakceptowany przez Zamawiającego. Umowa nie przewiduje możliwości zatrzymania tej kwoty. Konsultant otrzyma wynagrodzenie za wykonanie Raportu zamknięcia po jego należytym wykonaniu. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego w tym zakresie należało uznać za niezasadne.

Zgodzić również należało się z Zamawiającym, iż Odwołujący błędnie odczytuje brzmienie § 13 ust. 26 umowy w oderwaniu od § 13 ust. 25. Zgodnie z § 13 ust. 25 umowy: „Konsultant jest zobowiązany do wspomaganie Kierownika Projektu w prowadzeniu rozliczeń związanych ze składanymi wnioskami Podwykonawców Wykonawcy o dokonanie finansowego zaspokojenia tych podmiotów, w przypadku gdyby należności tych podmiotów nie zostały przez Wykonawcę uregulowane”. W powiązonym z nim § 13 ust. 26 umowy

napisano, że: „Konsultant będzie przyjmował i weryfikował kompletność i terminowość wniosków, o których mowa w ust. 25 oraz przedstawiał do zatwierdzenia Kierownikowi Projektu wyłącznie wnioski zgodne z Warunkami Kontraktu. W terminie 5 dni od daty wpływu wniosku do Inżyniera Konsultant ma obowiązek wskazać Kierownikowi Projektu każdego zgłoszonego lub niezgłoszonego Podwykonawcę Wykonawcy wykonującego prace na Kontrakcie”. Z przytoczonego ust. 26 wynika, że Konsultant weryfikując wniosek Podwykonawcy może stwierdzić, że: a) jest to Podwykonawca zgłoszony Konsultantowi, czyli widnieje w rejestrze Podwykonawców, który zgodnie z § 13 ust. 29 umowy Konsultant ma prowadzić; b) jest to Podwykonawca niezgłoszony Konsultantowi, czyli nie występuje w rejestrze Podwykonawców. Weryfikacja tego czy Podwykonawca jest zgłoszony, czy też nie, następuje jedynie na podstawie dokumentów posiadanych przez Konsultanta. Wbrew twierdzeniom Odwołującego zapis § 13 ust. 26 umowy nie nakłada na niego obowiązku „legitymowania osób przebywających na Placu budowy”.

Dodatkowo, Zamawiający w § 4 ust. 6 IPU wskazał, że procentowe zaawansowanie płatności z tytułu usługi nadzoru w okresie realizacji robót narastająco, nie wliczając płatności zaliczkowej oraz potrąceń z innych tytułów, nie może przekraczać procentowego zaawansowania płatności za Roboty. Intencją Zamawiającego w zakresie zastosowania przedmiotowego wymogu jest konieczność zapewnienia ze strony Konsultanta odpowiedniej i sprawnej współpracy z wykonawcą w zakresie rozliczeń za wykonane roboty. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że wykonawca od samego początku realizacji robót budowlanych angażuje środki finansowe zarówno na przedmiotowe roboty jak również na prace przygotowawcze. Dlatego celem zapewnienia płynności finansowej oraz ciągłości pracy, musi doprowadzić do jak najszybszego ich rozliczenia. Przy wielomilionowych inwestycjach, nawet najmniejsze opóźnienia w dokonywaniu w/w rozliczeń może prowadzić do zaburzeń całego procesu inwestycyjnego, a w konsekwencji do opóźnień w terminowej realizacji zadania. Opóźnienia w dokonywaniu płatności powodują zatory płatnicze co przekłada się na takie negatywne skutki jak: brak płatności dla podwykonawców, zatrzymanie procesu realizacji robót budowlanych, wydłużenie procesu realizacji inwestycji co powoduje znaczący wzrost tzw. kosztów społecznych. Izba wzięła pod uwagę argumentację Zamawiającego, że niejednokrotnie był świadkiem kiedy w zadaniach realizowanych w oparciu o zasady umowne, w których nie było powiązania płatności dla konsultanta z płatnościami dla wykonawcy robót, służby nadzoru inwestorskiego opieszale wykonywały swoje obowiązki w zakresie odbiorów robót budowlanych. Powodowało to opóźnienie składania wniosków o płatności ze strony Wykonawców i dalsze skutki opisane powyżej. Wprowadzony mechanizm ma przeciwdziałać takim patologiom. Zamawiający nie wprowadził uzależnienia wypłaty należności Konsultantowi od przerobów wykonawcy w

okresie projektowania. Ponadto Zamawiający stwierdził, że Konsultant ponad obowiązki wskazane w prawie budowlanym dotyczące nadzoru inwestorskiego powinien świadczyć usługę szeroko pojętego „Zarządzania kontraktem. Jak wskazano umowa z Konsultantem została skonstruowana w taki sposób, że rozliczenie w zakresie Personelu Kluczowego opiera się na płatności ryczałtowej. Zamawiający w sposób przemyślany wprowadził w/w zasady płatności, tak aby stworzyć mechanizm mobilizujący Konsultanta do zapewnienia odpowiedniej ilości Personelu w zakresie sprawnego dokonywania odbioru i zatwierdzania wykonanych robót. W przypadku niezapewnienia wystarczającej ilości Personelu, mogłoby dochodzić do sytuacji nieuzasadnionego wstrzymywania odbiorów wykonanych robót, a w konsekwencji do opóźnień w ich rozliczaniu. Zamawiający aby zapewnić odpowiednią współpracę wszystkich stron zaangażowanych w proces inwestycyjny stara się wprowadzić odpowiednie zapisy regulujące przedmiotową kwestię.

Wobec powyższego – co do poszczególnych odwołań - Izba (rozpoznając każde z pięć pozostałych zarzutów) w części (1/5) uwzględniła zarzuty Odwołującego, w pozostałej części (4/5) Izba oddaliła niniejsze zarzuty. W konsekwencji Izba rozdzieliła koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku – częściowego uwzględnienia oraz częściowego oddalenia niniejszych odwołań, obciążając kosztami w 80% wykonawcę M.M.D.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz w wysokości 20% Zamawiającego: Skarb Państwa: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W. – z uwagi na uwzględnienie - w tej części - każdego z wniesionych odwołań, co wynika z sentencji niniejszego orzeczenia (pkt 5 i 6). 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.

Ponadto 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 zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielania kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w W. z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w W. z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyroku Sądu Okręgowego w W. 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.

W niniejszych sprawach Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - zarówno uwzględniła odwołania, jak również w pozostałej części je oddaliła. W tej sytuacji, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego i Zamawiającego, w wysokości 80% (4/5) oraz 20% (1/5) odpowiednio każdego z nich. Ponieważ na koszty każdego postępowania odwoławczego składał się wpis w wysokości 15.000 zł uiszczony przez Odwołującego oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (łącznie 18.600 zł dla każdej ze spraw) Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.720,00 zł (dla każdej ze spraw), tytułem zwrotu poniesionych kosztów uiszczanego wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania (uwzględnienia oraz jego oddalenia) - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu rozporządzenie 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 z późn. zm.).

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1 i 2 sentencji umorzyła postępowanie odwoławcze, z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego 3 zarzutów z każdego z odwołań (trzy zarzuty z ośmiu zarzutów zawartych w każdym z odwołań). Zatem Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty obu odwołań. Wobec powyższego

rozstrzygnięcie odwołań w części, której nie dotyczył już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musiała znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16, wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 17/17, KIO 24/17.

Ponadto zauważenia wymaga, stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie zawiera również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę jego charakter i treść są postanowieniami. Takim właśnie rozstrzygnięciem jest np. postanowienie o kosztach, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone. I tak skarżący może jedynie podważać wnoszoną skargą do sądu np. rozstrzygnięcie o kosztach, - które jest w swej istocie postanowieniem – i w konsekwencji takiego zaskarżenia sąd wyda stosowne rozstrzygnięcie odpowiadające istocie tego orzeczenia, t.j. postanowienie (np. postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, X Wydział Gospodarczy z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13).

Wobec powyższego orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 3 i 4 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło umorzenia postępowania, wobec uwzględnienia zarzutów odwołań, 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). Analogiczna sytuacja ma zatem miejsce w przypadku umorzenia postępowania w treści wyroku. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu umarzającemu postępowanie odwoławcze zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym, jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (A. Góra – Błaszczkowska, Postanowienia..., 2002, s.10 i n.; i m. in. T. Eraciński (w:) Kodeks postępowania cywilnego..., t.2, red. T. Eraciński, s. 110).

Wobec powyższego, w związku z faktem, że w części Zamawiający uwzględnił zarzuty obu odwołań – a po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca – postępowanie odwoławcze w tym zakresie stosownie do art. 186 ust. 4a w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp należało umorzyć. Na marginesie – co również należy podkreślić – wobec uwzględnienia zarzutów odwołania oraz braku przystępującego po stronie Zamawiającego – Zamawiający zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, co w ocenie Izby musi mieć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia. Ponadto wydanie postanowienia w wyroku rozpoznającym sprawę merytorycznie, jest konieczne także dla oceny formalnej przyszłych odwołań w kontekście uregulowania art. 189 ust. 2 pkt 4 i pkt 5 ustawy Pzp. Mając to na uwadze Izba umorzyła w części postępowania odwoławcze (w sprawie o sygn. akt KIO 1329/17 oraz KIO 1330/17) w zakresie zarzutów o numerach 5, 6 i 8 każdego z odwołań.

Przewodniczący:

.....