

Sygn. akt: KIO 2437/16

WYROK
z dnia 9 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Firmę Handlowo-Usługowo-Produkcyjną Wit-Mar M.L., M.L. sp.j. w Jarosławiu** oraz **R.J.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **R.J., Firma Budowlana Big-Bud w Laszkach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Radymno z siedzibą w Radymnie**

przy udziale wykonawcy **S.M.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **S.M., Novum Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej w Krośnie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i:**
 - a) **wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów, celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. V.1.3.1 lit. b SIWZ,**
 - b) **wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do złożenia oferty dla osoby, która podpisała lub poświadczyła za zgodność z oryginałem dokumenty i oświadczenia załączone do oferty odwołującego,**
2. **odrzuca odwołanie w części dotyczącej czynności zatrzymania przez zamawiającego wadium wniesionego przez odwołującego,**
3. **kosztami postępowania obciąża Gminę Radymno z siedzibą w Radymnie i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Firmę Handlowo-Uslugowo-Produkcyjną Wit-Mar M.L., M.L. sp.j. w Jarosławiu** oraz **R.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R.J., Firma Budowlana Big-Bud w Laszkach** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **Gminy Radymno z siedzibą w Radymnie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Firmy Handlowo-Uslugowo-Produkcyjną Wit-Mar M.L., M.L. sp.j. w Jarosławiu** oraz **R.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R.J., Firma Budowlana Big-Bud w Laszkach** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania 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 **Przemysłu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Radymno z siedzibą w Radymnie – 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 „termomodernizacja trzech budynków użyteczności publicznej wraz z wymianą źródła ciepła oraz montażem odnawialnych źródeł energii na terenie Gminy Radymno”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 listopada 2016 r., poz. 338530.

20 grudnia 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Firmę Handlowo-Usługowo-Produkcyjną Wit-Mar M.L., M.L. sp.j. w Jarosławiu oraz R.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R.J., Firma Budowlana Big-Bud w Laszkach, zwanych dalej „odwołującym”, o wykluczeniu ich z udziału w postępowaniu oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę S.M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S.M., Novum Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej w Krośnie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, czynności odrzucenia oferty odwołującego, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odwołujący wniósł 23 grudnia 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez brak wskazania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego dla wykluczenia odwołującego,
- 2) art. 7 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 26 ust. 3a ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nieprawidłowym i niejednoznacznym wezwaniu odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa do reprezentacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- 4) art. 46 ust. 4a ustawy Pzp przez niewłaściwe zastosowanie polegające na zatrzymaniu wadium wniesionego przez odwołującego w sytuacji, gdy przyczyny zatrzymania ww. wadium nie leżały po stronie odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

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

- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że 20 grudnia 2016 r. na stronie internetowej zamawiający zamieścił informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, równocześnie w tym samym dniu przekazał odwołującemu wspomniane powyżej zawiadomienie. Zgodnie z treścią powyższego dokumentu zamawiający dokonał wykluczenia odwołującego, nie odrzucając złożonej przez niego oferty. Jako podstawę prawną podjętej przez siebie decyzji zamawiający wskazał art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Wywiódł, że zamawiający wykluczył odwołującego nie dokonując odrzucenia złożonej przez niego oferty w postępowaniu oraz nie podając jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego.

Argumentował, że zamawiający zobowiązany jest w sposób wyczerpujący wskazać wszystkie znane mu okoliczności faktyczne i prawne, które legły u podstaw dokonanych przez niego czynności. Jeżeli zamawiający nie uzasadni należycie tej podstawy, to w przypadku złożenia przez wykonawcę odwołania od tego wykluczenia, niedopuszczalnym będzie uzupełnienie podstawy tego wykluczenia, nieznaną wykonawcy w momencie sporządzania odwołania. Odwołujący wywiódł, że namiastkę informacji o powodach wykluczenia z postępowania powziął dopiero z treści wezwania do zapłaty z dnia 19 grudnia 2016 r., znak: ZP.271.8.2016.TM skierowanego przez zamawiającego do firmy UNIQA TU SA, który w ostatnim zdaniu stwierdził cyt.: *„W odpowiedzi Wykonawca w wyznaczonym terminie przesłała jedynie wyjaśnienie do wykazu robót budowlanych, nie dostarczając wymaganego w rozdziale V.3 pkt V 1.3 ppkt 2 SIWZ wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia (załącznik nr 5 do SIWZ) i pełnomocnictwa wymaganego w rozdziale V.8 pkt.2 SIWZ”*.

Zamawiający treścią rozdziału V.8 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej SIWZ) określił, na podstawie art. 23 Pzp, warunki dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W pkt 2 rozdziału V.8 SIWZ wskazał, że *„Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy. Do oferty należy dołączyć stosowne pełnomocnictwo, podpisane przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli każdego z wykonawców ubiegających się o wspólne udzielenie zamówienia”*. W myśl powyższego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum firm) zobowiązani byli ustanowić pełnomocnika a pełnomocnictwo dołączyć do złożonej oferty.

Odwołujący przywołał treść art. 26 ust. 3 a Pzp cyt.: *„Jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do*

ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”.

Z powyższego przepisu jednoznacznie wynika obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawców do uzupełnienia wymaganych przez zamawiającego postanowieniami SIWZ pełnomocnictw, których wykonawca do oferty nie dołączył. Odwołujący wywiódł, że w toku badania i oceny oferty odwołujący wywiódł, że zamawiający skierował do odwołującego pismo z dnia 30 listopada 2016 r. o następującej treści cyt.: „(...) *Na podstawie art. 26 ust.2, 2f, 2, 3a i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm., Zamawiający (Gmina Radymno) wzywa do złożenia w terminie do 07.12.2016 r. aktualnych dokumentów (potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia w przedmiotowym postępowaniu) o których mowa w rozdziale V „Warunki udziału w postępowaniu, dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie okoliczności o których mowa, w art. 25 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 Pzp, zasoby innych podmiotów, podwykonawcy, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia” Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz do złożenia wyjaśnień jakiego rodzaju roboty wykonywane były przy realizacji zamówienia wymienionego w wierszu 2 wykazu robót budowlanych dołączonego do oferty (strona oferty 22).”.*

Analizując treść skierowanego przez zamawiającego pisma nie sposób wskazać, którego dokumentu lub oświadczenia lub pełnomocnictwa, żądanego przez zamawiającego treścią SIWZ, brakowało w ofercie złożonej przez odwołującego. Zamawiający treścią przedmiotowego pisma powołując się na kilka podstaw prawnych odnoszących się i do uzupełnienia brakujących lub budzących wątpliwość dokumentów i do uzupełnienia brakujących lub wadliwych pełnomocnictw nie wskazał wprost, jakiego dokumentu, oświadczenia lub pełnomocnictwa, brakuje w złożonej ofercie przez odwołujących lub który dokument, oświadczenie lub pełnomocnictwo, w ocenie zamawiającego budzi wątpliwość lub jest wadliwy. Argumentował, że „wezwanie do złożenia wyjaśnień” do treści złożonego przez odwołującego dokumentu tj. wykazu robót - załącznik nr 4 do SIWZ, jest na tyle precyzyjne, że odwołujący złożył stosowną odpowiedź w terminie i wyczerpująco. Nie sposób znaleźć odpowiedzi, dlaczego zamawiający na tyle precyzyjnie co wezwanie do złożenia wyjaśnień, a lakonicznie i chaotycznie, nie wskazał w przesłanym piśmie, który w złożonej ofercie przez odwołującego dokument lub oświadczenie budzą wątpliwości, lub pełnomocnictwo jest w jego ocenie wadliwe, lub którego dokumentu lub oświadczenia, lub pełnomocnictwa brakuje w złożonej ofercie przez odwołującego. Tym bardziej, że w treści przytoczonego już powyżej wezwania do zapłaty z dnia 19 grudnia 2016 r. skierowanego przez zamawiającego do firmy UNIQA TU SA zamawiający jednoznacznie wskazał, jakiego dokumentu i pełnomocnictwa odwołujący nie dołączył do złożonej oferty.

Zamawiający zarzucił odwołującemu brak dołączenia do oferty załącznika nr 5 do SIWZ - wykaz osób przewidzianych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Jednocześnie sam zamawiający treścią cyt. wykaz oświadczeń i dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, które wykonawca składa na wezwanie zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (dotyczy wykonawcy którego oferta została najwyższej oceniona)” zawartą w rozdz. V.3. pkt podkreślił, że poniższe dokumenty dotyczą jedynie wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona oraz po drugie, które składa wykonawca jedynie na wezwanie zamawiającego. Także treść dołączonego przez zamawiającego załącznika nr 5 do SIWZ jednoznacznie podkreśla, że cyt.: „Uwaga: Niniejszy załącznik składa wyłącznie Wykonawca którego oferta została najwyższej oceniona!”

Odwołujący wskazywał, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń a także pełnomocnictw musi być jednoznaczne i zrozumiałe dla wykonawcy, tak aby był on w stanie stwierdzić, jakich oświadczeń lub dokumentów lub pełnomocnictw, o których mowa w art. 25 ust. 1 i art. 25 a ust. 1 Pzp, zamawiający żąda w wezwaniu. Treść wezwania nie może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca zmuszony będzie domyślać się, w jakim zakresie ma zostać dokonane uzupełnienie, dlatego w wezwaniu zamawiający musi wskazać, jakich wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów lub pełnomocnictw, o których mowa w art. 25 ust. 1 i art. 25 a ust. 1 Pzp, wykonawca nie złożył lub złożone budzącą wątpliwość zamawiającego, a w przypadku pełnomocnictwa - na czym polega wadliwość pełnomocnictwa lub jakiego pełnomocnictwa brakuje w złożonej ofercie.

Ustawodawca dokonał rozdziału na art. 26 ust. 3 Pzp dotyczący uzupełnienia brakujących/budzących wątpliwość dokumentów lub oświadczeń oraz na, art. 26 ust. 3 a, który obecnie dotyczy bezpośrednio uzupełnienia brakujących/wadliwych pełnomocnictw. Do czasu nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. przepis art. 26 ust. 3 Pzp normował łącznie w swej treści uzupełnianie brakujących lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń a także brakujących lub wadliwych pełnomocnictw. Wywodził, że każdorazowe wezwanie do uzupełnienia brakujących lub budzących wątpliwość dokumentów czy oświadczeń (na podstawie art. 26 ust 3 Pzp) lub uzupełnienia brakujących lub wadliwych pełnomocnictw (na podstawie art. 26 ust 3a Pzp) muszą być jednoznaczne i zrozumiałe dla wykonawcy, aby nie powodować jakichkolwiek domysłów u wykonawcy mogących powodować w konsekwencji złożenie nieprawidłowego lub niewłaściwego dokumentu/oświadczenia/pełnomocnictwa. Nieprecyzyjne wezwanie przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów/oświadczeń lub pełnomocnictw nie może się źle odbijać na wykonawcach biorących udział w postępowaniu, tym bardziej, że w świetle art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób

zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W dalszej części odwołania odwołujący argumentował, iż zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Podnosił, iż zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp może nastąpić wyłącznie w sytuacji wcześniejszego prawidłowego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 3a ustawy Pzp. Skoro zamawiający nieprecyzyjnie wezwał odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu oraz pełnomocnictwa, co to bezsprzecznym pozostaje, że odwołujący nie może ponosić także kolejnych negatywnych skutków, w postaci zatrzymania wpłaconego wadium. Odwołujący w odpowiedzi na lakoniczne i nieprecyzyjne pismo zamawiającego z dnia 30 listopada 2016 r. wzywające do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń oraz pełnomocnictwa (co wynika dopiero z analizy treści wezwania do zapłaty skierowanego przez zamawiającego do firmy UNIQA TU SA z dnia 19 grudnia 2016 r.) nie zachował się biernie, gdyż na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów wraz z ofertą - odpowiedział. Przedmiotowe wyjaśnienia złożone przez odwołującego były odpowiedzią na bezpośrednie pytanie zamawiającego. Po drugie odwołujący - jak już wskazał niejednokrotnie - na całkowicie niejasne wezwanie zamawiającego do cyt.: „(..) złożenia aktualnych dokumentów (...)” nie był w stanie ich przedłożyć, gdyż zamawiający nie wskazał jakich dokumentów lub oświadczeń żąda. Powyższe wyklucza także umyślne działanie odwołującego. Obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp będzie zachodził jedynie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę, gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie zostało udzielone wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. W związku z powyższym, obowiązek zatrzymania wadium nie aktualizuje się w stosunku do tych wykonawców, którzy złożyli oferty, pomimo że nie spełniali warunków udziału w postępowaniu, jak też, pomimo że oferowane przez nich usługi, dostawy lub roboty budowlane nie spełniały wymagań określonych przez zamawiającego.

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.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 30 listopada 2016 r. skierowane do odwołującego, pismo odwołującego z 7 grudnia 2016 r., pismo odwołującego z 14 grudnia 2016 r., zawiadomienie zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z 19 grudnia 2016 r. wraz z potwierdzeniami nadania i odbioru, pismo zamawiającego skierowane do Uniqa TU S.A. z 19 grudnia 2016 r. wraz z potwierdzeniami nadania i odbioru, informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 21 grudnia 2016 r. wraz z potwierdzeniami nadania i odbioru, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe odwołującego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania 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.

Izba stwierdziła ponadto, 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, zaś w świetle kryteriów oceny ofert jego oferta była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu 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 przedmiotem zamówienia jest *termomodernizacja trzech budynków użyteczności publicznej wraz z wymianą źródła ciepła oraz montażem odnawialnych źródeł energii na terenie Gminy Radymno*. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (strona tytułowa SIWZ, protokół postępowania). Zamawiający wskazał także, że prowadzi postępowanie z zastosowaniem art. 24aa Pzp w związku z czym najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy

wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (s. 2 SIWZ).

W dziale V SIWZ zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1, 2, 3 Pzp, zasoby innych podmiotów, podwykonawcy, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (s. 6 SIWZ).

W pkt V.1.2. zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, w jakiej musiał się znajdować wykonawca. W pkt V.1.3 SIWZ zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, przy czym w pkt V.1.3.1 lit. a określono warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego od wykonawcy, zaś w pkt V.1.3.1. lit. b określono warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W pkt V.2.1 SIWZ zamawiający wskazał, że w celu wstępnego potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu wykonawcy mają obowiązek złożyć m.in. aktualne na dzień składania ofert oświadczenia na podstawie art. 25a ust. 1 Pzp o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez zamawiającego w SIWZ.

W pkt V.3 SIWZ zamawiający zamieścił wykaz oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, które wykonawca składa na wezwanie zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu z adnotacją, że dotyczy to wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Wśród tych dokumentów zamawiający wymienił m.in.

a) w celu potwierdzenia warunku z pkt V.1.2. SIWZ - informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę minimum 3.000,000 zł (...) (pkt V.3.2. SIWZ),

b) w celu potwierdzenia warunków z pkt V.1.3. SIWZ

- wykaz robót budowlanych (...) określonych w rozdziale V.1.3.1. a SIWZ z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie (...)

- wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (...) określonych w rozdziale V.1.3.1 lit. b SIWZ.

W pkt V.8.2 SIWZ, zatytułowanym *wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia* zamawiający wskazał, że wykonawcy tacy, muszą ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy. Do oferty należy dołączyć stosowne pełnomocnictwo,

podpisane przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. odwołujący, to jest wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Firma Handlowo-Uslugowo-Produkcyjna Wit-Mar M.L., M.L. sp.j. w Jarosławiu oraz R.J., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.J., Firma Budowlana Big-Bud w Laszkach (protokół postępowania w aktach sprawy).

Formularz oferty (s. 1 oferty) został podpisany przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W formularzu tym odwołujący oświadczył, że liderem konsorcjum jest Firma Handlowo-Uslugowo-Produkcyjna Wit-Mar M.L., M.L. sp.j. w Jarosławiu. W pkt 3 formularza oferty odwołujący oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale V SIWZ.

Do swej oferty odwołujący załączył, celem potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, m.in.:

- a) wykaz robót budowlanych wraz z dokumentami referencyjnymi,
- b) opinię bankową z 22 listopada 2016 r. potwierdzającą wysokość środków finansowych.

Odwołujący złożył także gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium wystawioną przez Uniqa TU S.A. na kwotę 50.000 zł.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 30 listopada 2016 r., działając na podstawie art. 26 ust. 2, 2f, 3, 3a i 4 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia do 7 grudnia 2016 r. aktualnych dokumentów (potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia w przedmiotowym postępowaniu) o których mowa w rozdziale V „warunki udziału w postępowaniu, dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1,2,3 Pzp, zasoby innych podmiotów, podwykonawcy, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz do złożenia wyjaśnień, jakiego rodzaju roboty wykonywane były przy realizacji zamówienia wymienionego w wierszu 2 wykazu robót budowlanych dołączonego do oferty.

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył 7 grudnia 2016 r. wyjaśnienia dotyczące wykazu robót.

14 grudnia 2016 r. odwołujący złożył zamawiającemu pełnomocnictwo dla Firmy Handlowo-Uslugowo-Produkcyjna Wit-Mar M.L., M.L. sp.j. w Jarosławiu do reprezentacji w postępowaniu podpisane przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z 19 grudnia 2016 r. zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24

ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający przywołał treść rozdziału V.1.3.1 lit. b SIWZ odnośnie warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przywołał treść pkt V.8.2 SIWZ odnośnie konieczności złożenia wraz z ofertą pełnomocnictwa wymienionego w tym punkcie. Wskazał, że wezwał odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów do 7 grudnia 2016 r. i do złożenia wyjaśnień co do wykazu robót. W odpowiedzi wykonawca, w wyznaczonym terminie złożył jedynie wyjaśnienie do wykazu robót, nie dostarczając wymaganego w rozdziale V.3 ppkt V.1.3. ppkt 2 SIWZ wykazu osób i pełnomocnictwa wymaganego w rozdziale V.8 pkt 2 SIWZ.

Treść ww. pisma doręczono odwołującemu pocztą 21 grudnia 2016 r. (potwierdzenie odbioru, w aktach sprawy) oraz pocztą elektroniczną 20 grudnia 2016 r. o g. 15.58 (potwierdzenie nadania w aktach sprawy).

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z 19 grudnia 2016 r zwrócił się do Uniqi TU S.A. z wezwaniem do zapłaty z tytułu zabezpieczenia zapłaty wadium. Wskazał, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie złożył oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 i wymaganego pełnomocnictwa, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z 21 grudnia 2016 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. W piśmie tym wskazano, że odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Pismo to przesłano odwołującemu pocztą elektroniczną 21 grudnia 2016 r. i doręczono pocztą 23 grudnia 2016 r. (potwierdzenia w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie, zaś w części podlega odrzuceniu.

Izba uznała za zasadne zarzuty odwołującego dotyczące nieprawidłowego wezwania go do złożenia/uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, jakie zamawiający skierował do odwołującego 30 listopada 2016 r. i w konsekwencji nieprawidłowego wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

W świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp, jak również na gruncie SIWZ w analizowanym postępowaniu, wykonawcy mieli obowiązek złożyć część oświadczeń i dokumentów wraz z ofertą. Do tej grupy dokumentów należało zaliczyć pełnomocnictwo wykonawców wspólnie ubiegających do reprezentowania w postępowaniu albo do

reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy (art. 23 ust. 2 ustawy Pzp i pkt V.8.2 SIWZ). Inne dokumenty miały być zaś złożone dopiero w razie wezwania przez zamawiającego skierowanego do wykonawcy, którego ofertę oceniono jako najkorzystniejszą (art. 26 ust. 2 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp). Zgodnie z pierwszym z przywoływanych przepisów, *jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.* Z kolei w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jest mowa m.in. o doświadczeniach i dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności podkreślenia wymagało, że od procedury wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów, o której mowa w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, należy odróżnić procedurę wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymienioną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Pierwsza z nich nakłada obowiązek złożenia określonych oświadczeń i dokumentów w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w określonym terminie. Natomiast procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie nie tylko w odniesieniu do dokumentów, które należało złożyć wraz z ofertą, ale także dokumentów, które należało złożyć w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Na powyższe zwrócono uwagę w opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

Przepis powyższy dotyczy zatem sytuacji, w której wykonawca pomimo obowiązku złożenia oświadczeń lub dokumentów, wynikających z ustawy Pzp, lub wcześniejszego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 1 i 2 ustawy Pzp, nie złożył powyższych oświadczeń lub dokumentów albo złożone dokumenty lub oświadczenia są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości.

Z tego powodu pismo zamawiającego, który wezwał odwołującego do złożenia i uzupełnienia tych samych oświadczeń i dokumentów jednocześnie w trybie art. 26 ust. 2 i w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, było z zasady błędne. Procedura z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy wezwania do złożenia dokumentów, których wykonawca nie miał jeszcze obowiązku składać. Natomiast procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, była i pozostaje procedurą uzupełniającą, która znajduje zastosowanie w sytuacji gdy wykonawca nie sprostał obowiązkowi złożenia dokumentów (w ofercie – w odniesieniu do dokumentów, które należało złożyć na tym etapie lub w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 2 Pzp – w odniesieniu do dokumentów, które należało złożyć dopiero w terminie zakreślonym w wezwaniu). Działanie zamawiającego, który wyklucza wykonawcę z

postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, bez wykorzystania obligatoryjnej procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należało ocenić jako nieprawidłowe.

Błędne było też wskazanie przez zamawiającego jako podstawy prawnej wezwania przepisu art. 26 ust. 2f ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że *Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.*

Przepis ten umożliwia zamawiającemu – na zasadzie wyjątku – zażądanie dokumentów lub oświadczeń na innych etapach, aniżeli etap po ustaleniu, która oferta jest oceniana jako najkorzystniejsza. Tymczasem w analizowanej sprawie zamawiający ocenił ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą i z tego powodu wezwał go do złożenia dokumentów. Zastosowanie znajdował zatem przepis art. 26 ust. 2 Pzp, a nie art. 26 ust. 2f Pzp.

Po trzecie nieprawidłowość wezwania z 30 listopada 2016 r. polegała na tym, że wezwanie to było nieprecyzyjne, niejednoznaczne, wadliwe, abstrahujące od zawartości oferty odwołującego. Jak wynikało z treści pisma zamawiającego, wezwał on wykonawcę do złożenia *aktualnych dokumentów (potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia w przedmiotowym postępowaniu) o których mowa w rozdziale V „warunki udziału w postępowaniu, dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1,2,3 Pzp, zasoby innych podmiotów, podwykonawcy, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia*

Jak wynika z powyższego, zamawiający w swym wezwaniu pominął fakt, że odwołujący złożył wraz z ofertą część dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie ulegało wątpliwości, że odwołujący, pomimo, że nie miał takiego obowiązku, załączył już do swej oferty wykaz robót, referencje, opinię bankową. Skoro zamawiający był już w posiadaniu tych dokumentów i – jak wynikało z wezwania - nie miał wątpliwości co do ich prawidłowości i aktualności, to nie było podstaw wzywania odwołującego do ich ponownego składania. Natomiast gdyby przyjąć, że faktycznie powodem wezwania do złożenia miał być fakt nieprawidłowego poświadczenia wykazu robót, referencji czy opinii bankowej, to wzmianka o tym uchybieniu powinna być zamieszczona w treści wezwania. Tymczasem odwołujący o tej rzekomej podstawie faktycznej wezwania dowiedział się dopiero w trakcie rozprawy.

Wzięto również pod uwagę, że zamawiający w swym wezwaniu nie wskazał konkretnie jakich oświadczeń i dokumentów domaga się od wykonawcy i z jakiego powodu.

Niewystarczające było powołanie się w wezwaniu jedynie ogólnie na rozdział V SIWZ. Rozdział ten obejmował aż 6 stron SIWZ i zawierał informacje nie tylko o oświadczeniach i dokumentach składanych na potwierdzenie warunków, ale także postanowienia określające same warunki, dokumenty dotyczące podwykonawców (z których odwołujący nie zamierzał korzystać) dokumenty podmiotów trzecich (z których odwołujący nie zamierzał korzystać). Ponadto rozdział ten obejmował również dokumenty, które odwołujący już złożył zamawiającemu wraz z ofertą. Wreszcie rozdział ten normował także kwestię dokumentu obejmującego informację o przynależności wykonawcy do grupy kapitałowej, który to dokument odwołujący złożył zamawiającemu odrębnym pismem. Stan chaosu pogłębiał również fakt, że zamawiający w swym piśmie wezwał odwołującego do złożenia również dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, pomimo, że – jak wynikało z pkt V.4 SIWZ – zamawiający nie żądał od wykonawców w tym zakresie żadnych dokumentów.

W ocenie Izby, tak sformułowana treść wezwania, oderwana od rzeczywistej zawartości oferty odwołującego i stanu sprawy, mogła wzbudzać wątpliwości tego wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że na tle przepisu art. 26 ust. 2 ustawy Pzp zachowuje aktualność dotychczasowe orzecznictwo Izby dotyczące konieczności precyzyjnego i jednoznacznego wezwania wykonawcy do uzupełniania dokumentów, wypracowane na tle poprzedniego brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznając, że wezwanie zamawiającego kierowane do odwołującego w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, nie było dostatecznie precyzyjne i szczegółowe a także mogło wprowadzać wykonawcę w błąd, nakazała zamawiającemu wykonanie takiej czynności w sposób określony w sentencji. Natomiast w razie bezskutecznego upływu terminu na złożenie oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający uruchomi procedurę z art. 26 ust. 3 Pzp, w przypadkach określonych w tym przepisie.

W dalszej części Izba odniosła się do drugiej z podstaw wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, związanej z niezłożeniem pełnomocnictwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia pełnomocnictwa do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy.

Stwierdzono, że zamawiający w pkt V.8.2 SIWZ nałożył na wykonawców obowiązek złożenia pełnomocnictwa do złożenia oferty lub do złożenia oferty i podpisania umowy. Słowo „lub” użyte przez zamawiającego oznaczało, że wystarczającym było złożenie pełnomocnictwa jedynie uprawniającego do złożenia oferty.

Podkreślenia wymagało, że celem dokumentu pełnomocnictwa jest wykazanie faktu umocowania pełnomocnika do złożenia oferty w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia. Uszło uwadze zamawiającego, że oferta odwołującego została podpisana przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy wskazali, że liderem konsorcjum będzie Firma Handlowo-Uslugowo-Produkcyjna Wit-Mar M.L., M.L. sp.j. w Jarosławiu. Ponieważ formularz ofertowy podpisali obaj konsorcjanci to oznaczało, że oferty nie składał pełnomocnik, lecz obaj wykonawcy. Natomiast prawdą jest, że pozostałe dokumenty załączone do oferty zostały podpisane bądź poświadczony za zgodność z oryginałem jedynie przez jedną osobę a nie przez wszystkich wykonawców. Zatem w tym i tylko w tym przypadku rzeczywiście istniała konieczność złożenia pełnomocnictwa dla osoby, która w imieniu konsorcjum podpisała lub poświadczyła za zgodność z oryginałem te dokumenty. Ponieważ takiego pełnomocnictwa do oferty nie załączono zamawiający zobowiązany był wezwać odwołującego do uzupełnienia takiego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp.

Jednakże, jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Izby, ukształtowanego na tle poprzedniego brzmienia art. 26 ust. 3 Pzp, wezwania zamawiającego powinny być jasne i precyzyjne. Niewystarczająca jest wskazanie samej podstawy prawnej wezwania. Zamawiający powinien wyjaśnić wykonawcy, jakiego dokumentu brakuje i dlaczego. W tym przypadku zamawiający powinien wskazać odwołującemu stosowne postanowienie SIWZ i zażądać uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała lub poświadczyła dokumenty załączone do oferty (za wyjątkiem formularza oferty, który wbrew stanowisku zamawiającego został prawidłowo podpisany). W ocenie Izby, wezwanie zamawiającego z 30 listopada 2016 r. nie spełniało tych minimalnych standardów. Odwołujący w oparciu o nie dowiedział się bowiem jaki błąd popełnił i jakiego dokumentu się od niego żąda.

Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu wykonanie prawidłowej czynności wezwania.

Izba postanowiła odrzucić odwołanie w części dotyczącej czynności zamawiającego polegającej na zatrzymaniu wadium wniesionego przez odwołującego.

Izba z urzędu, na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że odwołanie w ww. części podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, dotyczy bowiem czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2.

Stosownie zaś do przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Mimo że katalog sytuacji, w których w postępowaniach podprogowych przysługuje prawo wniesienia odwołania uległ w wyniku wspomnianej nowelizacji rozszerzeniu to jednak w dalszym ciągu odwołanie nie przysługuje wobec czynności zamawiającego polegającej na zatrzymaniu wadium odwołującego.

Izba dostrzega, że czynność zatrzymania wadium była konwencją nieprawidłowego uznania przez zamawiającego, że odwołujący nie zareagował na treść wezwania. Tym niemniej jednak zatrzymanie wadium jest odrębną czynnością zamawiającego, która w przypadku postępowań podprogowych nie podlega właściwości Izby. Zatem odwołanie w tej części musiało zostać odrzucone.

Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż odwołujący cofnął ten zarzut w trakcie rozprawy.

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, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.*

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 uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio odrzucenia części odwołania i 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 świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu dokonanie unieważnienia i wykonanie czynności w sposób wskazany w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Oдноśnie części odwołania, która podlegała odrzuceniu Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, orzekła jak w pkt 2 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.*

W analizowanej sprawie, jak wynika z pkt 1 i 2 sentencji, część odwołania została uwzględniona, natomiast część podlegała odrzuceniu. Jednakże Izba uznała, że należało odstąpić od zasady orzekania o kosztach stosownie do wyników postępowania wynikającej z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp i nałożyć na zamawiającego obowiązek zwrotu wszystkich kosztów postępowania. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem iż z uwagi na brak w przepisach ustawy Pzp odpowiednika art. 100 zdanie 2 kpc nie można włożyć na zamawiającego obowiązku poniesienia całości kosztów postępowania odwoławczego, pomimo iż uległ odwołującemu jedynie w części, z uwagi na znaczenie żądań zasadnych.

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 odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5

ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: