

Sygn. akt: KIO 1164/21, KIO 1187/21

WYROK
z dnia 27 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 19 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **Prokom Construction Sp. z o.o., ul. Władysława Reymonta 30 lok. 1, 41-200 Sosnowiec** (sygn. akt KIO 1164/21)
- B. w dniu 19 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **ER Grupa Sp. z o.o., ul. Żelazna 17D lok. 13, 40-851 Katowice** (sygn. akt KIO 1187/21)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice**

przy udziale:

- A. wykonawcy **ER Grupa Sp. z o.o., ul. Żelazna 17D lok. 13, 40-851 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1164/21 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Prokom Construction Sp. z o.o., ul. Władysława Reymonta 30 lok. 1, 41-200 Sosnowiec** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1187/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie wniesione przez Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Prokom Construction Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu oraz dokonanie powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Prokom Construction Sp. z o.o., w tym ocenę oferty Prokom Construction Sp. z o.o. w kryterium oceny ofert „doświadczenie zawodowe inspektora nadzoru branży drogowej” z pominięciem inwestycji z pozycji 1 wykazu dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru branży drogowej,

2. Oddala odwołanie wniesione przez ER Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,
3. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach oraz ER Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu i wykonawcę ER Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisów od odwołań,
 - 3.2. zasądza od Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach na rzecz wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.3. zasądza od ER Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn. „Budowa odcinka drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Sowińskiego w Gliwicach - Zachodnia część obwodnicy miasta”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 243-602125.

W dniu 19 kwietnia 2021 r. wykonawca Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (dalej: „Odwołujący Prokom”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu w dniu 8 kwietnia 2021 r. Odwołującego Prokom z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z przyjęciem, że Odwołujący Prokom działając lekkomyślnie lub niedbale wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie informacji wskazanych w poz. 1 Formularza ofertowego Odwołującego dotyczących opisu doświadczenia Inspektora nadzoru w branży drogowej punktowanego w ramach kryterium oceny ofert opisanego w pkt 9.1.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), które to informacje miały istotny wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji również uznania oferty Odwołującego Prokom za ofertę odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący Prokom zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez na wykluczenie Odwołującego z postępowania w związku z bezpodstawnym przyjęciem, że Odwołujący Prokom działając lekkomyślnie lub niedbale wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie informacji wskazanych w poz. 1 Formularza ofertowego Odwołującego dotyczących opisu doświadczenia Inspektora nadzoru w branży drogowej punktowanego w ramach kryterium oceny ofert opisanego w pkt 9.1.1 SIWZ, które to informacje miały istotny wpływ na wynik postępowania, a również naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty Odwołującego Prokom za ofertę odrzuconą.

Odwołujący Prokom wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia w dniu 8 kwietnia 2021 r. Odwołującego Prokom z postępowania i uznania jego oferty za ofertę odrzuconą; oraz
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego Prokom.

Odwołujący Prokom wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący Prokom nie zgodził się z decyzją Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wskazując, że została ona podjęta z rażącym naruszeniem przepisów prawa. W ocenie Odwołującego Prokom, Zamawiający wyciąga wobec Odwołującego negatywne skutki związane z brakiem dookreślenia przez Zamawiającego swoich wymagań i oczekiwań względem doświadczenia Inspektora nadzoru branży drogowej.

Odwołujący Prokom stwierdził, że przygotował i złożył ofertę w postępowaniu w oparciu o literalne, dosłowne brzmienie opisu sposobu oceny ofert określonego w pkt 9.1.1 SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał wprost, że przedmiotem oceny będzie „doświadczenie zawodowe w pełnieniu nadzoru inwestorskiego nad zadaniami obejmującymi budowę lub przebudowę drogi min. klasy Z o wartości robót, co najmniej 20 mln PLN brutto z sygnalizacją świetlną, o wartości nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto każde”. Odwołujący Prokom wywiódł z treści ww. postanowienia, że Zamawiający zamierza przyznać ofercie wykonawcy dodatkowe punkty, jeśli nadzorowane przez Inspektora nadzoru w branży drogowej zadanie będzie obejmowało budowę / przebudowę drogi z sygnalizacją świetlną. Odwołujący Prokom zauważył, że Zamawiający nie wskazał i nie określił, co rozumie pod pojęciem „sygnalizacja świetlna”, tj. czy w SIWZ mowa jest o sygnalizacji wyłącznie stałej czy może również i tymczasowej, czy sygnalizacji trzykolorowej, dwu czy jednokolorowej, czy o sygnalizacji na skrzyżowaniu czy na rondzie, czy sygnalizacji dla samochodów czy dla pieszych, czy może o sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu drogi i linii kolejowej (sygnalizacja informująca o najeżdżającym pociągu) etc.

Odwołujący Prokom zwrócił uwagę, że Program Funkcjonalno - Użytkowy dla robót budowlanych, których projekt i budowa ma stanowić przedmiot nadzoru, uwzględnia wykonanie kilku rodzajów sygnalizacji: stałej (pkt 1.3. strona 7 PFU), tymczasowej - akomodacyjnej oraz sygnalizacji przeznaczona do sterowania ruchem wahadłowym - średnica soczewki 300 mm - sygnalizacja trzykomorowa (pkt 1.7.1.15.2.2 lit. c , strona 32 PFU), oraz sygnalizacji ostrzegawczej (tj. rodzaj, który nie został zaakceptowany przez

Zamawiającego; pkt 1.7.1.15.2.2 lit. e, strona 32 PFU). Odwołujący Prokom podkreślił, że wszystkie ww. sygnalizacje zostały objęte przedmiotem zamówienia, mają spełniać określone wymagania, a Zamawiający dokona zapłaty za ich projekt i budowę.

Odwołujący Prokom nie zgodził się z Zamawiającym, że w ślad za zasadą proporcjonalności należało uznać za spełniający wymagania określone w SIWZ określony typ sygnalizacji świetlnej (stała trójkolorowa na skrzyżowaniu). Odwołujący Prokom podał, że Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał, że opis kryterium oceny ofert należało interpretować w zgodzie z opisem przedmiotu zamówienia, tj. zakresem nadzorowanych robót i na tej podstawie wywodzi, że doświadczenie wskazane przez Odwołującego Prokom w poz. 1 dla Inspektora nadzoru branży drogowej nie spełnia jego oczekiwań („postawienie przez Zamawiającego wymogu w kryterium lub w warunku oceny oferty, wykazania się doświadczeniem w ustawieniu na placu budowy świateł ostrzegawczych byłoby co najmniej nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia”).

Zdaniem Odwołującego Prokom, z uwagi na fakt, że PFU określa obowiązek zaprojektowania i wykonania kilku rodzajów sygnalizacji świetlnych, należy uznać, że wykazanie się doświadczeniem w nadzorowaniu budowy jednej z rodzajów sygnalizacji wymienionych w PFU spełnia kryterium adekwatności i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, na które konsekwentnie powołuje się Zamawiający.

Odwołujący Prokom podniósł ponadto, że sygnalizacja świetlna, na którą powołuje się Odwołujący w Formularzu ofertowym, była zestawem urządzeń, które zostało objęte projektem wykonania robót (urządzenie nie miało funkcji pomocniczej, a sygnalizacja nie została ustawiona w ramach podjętej samodzielnie podjętej decyzji przez wykonawcę robót budowlanych), co do którego inwestor określił szczegółowe wymagania w dokumentacji projektowej, którego budowa została odebrana i rozliczona z wykonawcą robót budowlanych. Wszystkie te czynności na linii inwestor - wykonawca robót stanowiły przedmiot nadzoru przez osobę dedykowaną na stanowisko Inspektora nadzoru robót budowlanych. Odwołujący Prokom zaznaczył, że w przypadku niniejszego zamówienia, osoba wskazana na powyższe stanowisko nie ma się wykazać doświadczeniem w budowie określonego urządzenia technicznego - sygnalizacji świetlnej, ale doświadczeniem w nadzorze jej budowy.

Jak wyjaśnił Odwołujący Prokom, zarówno w przypadku sygnalizacji stałej, jak i tymczasowej, rolą inżyniera jest weryfikacja poprawności systemu sterowania ruchem takiego urządzenia, sprawdzenie zgodności urządzenia pod kątem norm prawa krajowego i europejskiego oraz potwierdzenie, że urządzenie to zapewnia bezpieczeństwo ruchu

drogowego (i mowa tutaj zarówno o bezpieczeństwie w trakcie wykonywania robót budowlanych, jak i po ich zakończeniu, tj. w okresie eksploatacji drogi).

Odwołujący Prokom stwierdził, że jeśli Zamawiający stoi na stanowisku, że nabyte przez Inspektora nadzoru w branży drogowej doświadczenie jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, to winien wykazać różnice pomiędzy nadzorem nad budową stałej i tymczasowej (ostrzegawczej) sygnalizacji w celu wykazania niuansów uniemożliwiających przypisanie takiej osobie wiedzy i doświadczenia dającego rękojmię wykonania zamówienia na wymaganym poziomie. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie dokonał w tym zakresie żadnej analizy, a jego twierdzenia należy uznać za niepoparte żadnymi miarodajnymi argumentami. W opinii Odwołującego Prokom, wskazanie tych różnic na etapie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą będzie działaniem spóźnionym, gdyż czynnością Zamawiającego będącą podstawą zaskarżenia jest czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania oparta na określonym stanie faktycznym wskazanym przez Zamawiającego.

Odwołujący Prokom zauważył, że zasada adekwatności i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia ma swoje źródło w art. 91 ust. 2c ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Prokom, przyjmowana przez Zamawiającego interpretacja, że uwzględnienie doświadczenia w nadzorze zadania dotyczącego budowy drogi obejmującej sygnalizację świetlną ostrzegawczą nie będzie odpowiadać powyższym zasadom, jest całkowicie niezasadna. Odwołujący Prokom zaznaczył, że art. 91 ust. 2c ustawy Pzp wprost określa, że kryteria nie muszą dotyczyć głównego aspektu / części przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Odwołujący Prokom wskazał, że zasady, na które powołuje się Zamawiający, są kierowane do podmiotów publicznych sporządzających dokumentację przetargową i stanowią wytyczne co do sposobu kształtowania zasad premiowania ofert wykonawców (w celu wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie). Zasady te winny zostać wdrożone przez zamawiających na etapie przygotowania postępowania, a nie stosowane wobec wykonawców na etapie badania i oceny ofert, jak przyjmuje Zamawiający, jako metoda na eliminację wykonawców, których doświadczenie nie spełnia subiektywnych oczekiwań Zamawiającego. Odwołujący Prokom, przywołał również pogląd wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym „Zmiana założeń po terminie składania ofert jest niedopuszczalną zmianą treści oferty po terminie jej złożenia. 2. Stawiane przez zamawiającego warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia muszą być adekwatne/proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, jednak po ich ustanowieniu przez zamawiającego nie powinny być dodatkowo odczytywane przez pryzmat przedmiotu zamówienia - mogłoby to prowadzić do poszerzania ustanowionych już przez zamawiającego warunków.” (sygn. akt KIO 855/15).

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że: „Gdyby Zamawiającemu chodziło wprost o sygnalizację ostrzegawczą to taki zapis znalazłby się w SIWZ, ewentualnie opis

kryterium w tym zakresie dopuszczałby opcjonalnie sygnalizację świetlną trójkolorową lub sygnalizację ostrzegawczą, a takiego nie było.” Odwołujący Prokom wskazał, że obowiązkiem Zamawiającego było określenie w SIWZ w sposób konkretny i nie budzący żadnych wątpliwości swoich intencji co do doświadczenia referencyjnego mającego stanowić przedmiot oceny ofert w ramach analizowanego kryterium oceny ofert. Odwołujący Prokom podał, że Krajowa Izba Odwoławcza w analogicznym stanie faktycznym wydała wyrok, w którym wskazała, że to nie wykładnia celowościowa, ale wykładnia językowa jest wykładnią w oparciu, o którą należy dokonywać interpretacji treści postanowień dokumentacji przetargowej: "Treść SIWZ powinna być interpretowana z poszanowaniem zasady pierwszeństwa wykładni gramatycznej. Próba dokonania zawężającej wykładni postanowień SIWZ na etapie po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalna." (sygn. akt KIO 2051/19).

Odwołujący Prokom podniósł, że Zamawiający nie określił, że wymaga wykazania się przez Inspektora nadzoru w branży drogowej doświadczeniem związanym z określonym typem/rodzajem sygnalizacji świetlnej - tj. sygnalizacją świetlną trójkolorową na skrzyżowaniu. Odwołujący Prokom przypomniał, że w toku postępowania przetargowego Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o doprecyzowanie wymagań w powyższym zakresie, ale Zamawiający zaniechał ustosunkowania się do dostrzeżonej wątpliwości. Zamawiający nie udzielając odpowiedzi na pytanie wykonawcy wzięła na siebie ryzyko związane z możliwością wystąpienia rozbieżności interpretacyjnych powyższego pojęcia.

Odwołujący Prokom podał, że sygnalizacja świetlna trójkolorowa nie jest jedynym typem sygnalizacji świetlnej, co więcej, sama sygnalizacja trójkolorowa może mieć charakter sygnalizacji stałej (na skrzyżowaniu, drodze), jak również mieć charakter tymczasowy (wykorzystywana na potrzeby wykonywanych robót budowlanych przy zamknięciu jednego pasa ruchu). W przypadku sygnalizacji tymczasowej będzie ona spełniała wymóg trójkolorowości, ale nie będzie sygnalizacją, która będzie wbudowana na stałe w infrastrukturę drogową. Powstaje zatem wątpliwość czy w takiej sytuacji Zamawiający również kwestionowałby posiadane przez daną osobę doświadczenie.

Odwołujący Prokom stwierdził, że analizując czy doświadczenie osoby dedykowanej na stanowisko Inspektora nadzoru w branży drogowej kierował się postanowieniami SIWZ oraz przepisami obowiązującego prawa, które będą mieć zastosowanie przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia.

Jak wskazał Odwołujący Prokom, w pkt 1.4 OPZ określono, że: „Szczegółowy zakres rzeczowy zadania inwestycyjnego, nad którym nadzór będzie sprawował Inżynier

Kontraktu został przedstawiony w ogłoszeniu o zamówieniu pn.: „Budowa odcinka drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Sowińskiego w Gliwicach - Zachodnia część obwodnicy miasta - w systemie zaprojektuj i wybuduj” dostępnym w Biuletynie Informacji Publicznej Zarządu Dróg Miejskich na stronie internetowej: <https://zdm.bip.gliwice.eu/zamowieniaPubliczne/10299> wraz ze wszystkimi modyfikacjami wprowadzonymi w trakcie trwania ww. postępowań o udzielenie zamówienia oraz udzielonymi odpowiedziami na pytania”. Z kolei pkt 1.7.1.15.1.8 PFU stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ na roboty budowlane wskazuje, że: „Należy zastosować urządzenia organizacji bezpieczeństwa ruchu, które spełniają warunki techniczne zawarte w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz. U. z 2003r. nr 220 poz.2181)”. Przywołane powyżej rozporządzenie wyróżnia - w podziale na przeznaczenie, powtarzalność pracy, trwałość instalacji i współpracy z innymi sygnalizacjami - kilkadziesiąt rodzajów urządzeń wpisujących się w definicję pojęcia sygnalizacji świetlnej.

Odwołujący Prokom wskazał, że sama sygnalizacja świetlna jest rozumiana jako „zestaw urządzeń służących do sterowania ruchem, obejmujący: urządzenie sterujące (sterownik), urządzenia wykonawcze (sygnalizatory wraz z konstrukcjami wsporczymi i instalacją kablową) oraz urządzenia detekcyjne (detektory, przyciski), informacyjne (wyświetlacze prędkości, wyświetlacze czasu), transmisji danych (modemy, linie kablowe, radiowe urządzenia nadawczo-odbiorcze) i pomocnicze (ekrany kontrastowe, sygnalizatory akustyczne i wibracyjne dla pieszych itp.)” - vide Załącznik 3 pkt 2.2 rozporządzenia. Sam sygnał świetlny sygnalizacji świetlnej może być jedno, dwu lub trójkolorowy, co wynika również z Załącznika 3 pkt 2.2 rozporządzenia - sygnał świetlny odznacza się „jednoznacznie określona (barwą, ewentualnie zestawem barw, kształtem lub sposobem nadawania) informacja przekazywana uczestnikom ruchu”. W pkt 3.2.1. Załącznika nr 3 do rozporządzenia wskazuje się natomiast, że rozróżnia się następujące rodzaje sygnalizatorów przeznaczonych do nadawania odpowiednich sygnałów:

- a. sygnalizatory ogólne do kierowania ruchem,
- b. sygnalizatory z sygnałem dopuszczającym skręcanie w kierunku wskazanym strzałką,
- c. sygnalizatory kierunkowe,
- d. sygnalizatory określające sposób korzystania z pasa ruchu,
- e. sygnalizatory ostrzegawcze.

Załącznik w pkt 5.2 rozporządzenia wprost określa na podział „sygnalizacji świetlnej” na (ze względu na przeznaczenie):

- a. pkt 5.2.1. Sygnalizacja na skrzyżowaniu – „Sygnalizacja na skrzyżowaniu jest to sygnalizacja przeznaczona do sterowania co najmniej dwoma strumieniami kolizyjnymi pojazdów przy pomocy sygnalizatorów ogólnych lub kierunkowych.”
- b. 5.2.2. Sygnalizacja ostrzegawcza – „Sygnalizacja ostrzegawcza jest to sygnalizacja zlokalizowana na skrzyżowaniach, przejściach dla pieszych poza skrzyżowaniami i innych miejscach szczególnie niebezpiecznych, które jednak nie kwalifikują się jeszcze do zainstalowania sygnalizacji pełnej (trójbarwnej). Szczególnymi przypadkami sygnalizacji ostrzegawczej są: (...) żółte światła ostrzegawcze nadające sygnały stałe, migające lub w postaci fali świetlnej, umieszczane na barierach ograniczających powierzchnię drogi dostępną dla ruchu pojazdów.”

Dodatkowo, jak zauważył Odwołujący Prokom, w pkt 5.1 Załącznika wskazuje się na dodatkowy podział sygnalizacji świetlnych ze względu na trwałość instalacji, gdzie wyróżniono sygnalizację stałą, tymczasową, przenośną.

Odwołujący Prokom zwrócił też uwagę na postanowienia Załącznika 4 Rozdział 13 zatytułowany: „sygnalizacja świetlna”, gdzie wyróżnia się podrozdział 13.1. [Zasady ogólne], który brzmi: „Do urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego z zakresu sygnalizacji zalicza się następujące elementy:

- sygnalizację przenośną,
- znaki drogowe o zmiennej treści informujące o warunkach pogodowych i stanie nawierzchni,
- tablice świetlne przekazujące komunikaty tekstowe,
- sygnalizację ostrzegawczą stosowaną przy wszelkiego rodzaju przeszkodach stałych i tymczasowych,
- aktywne punktowe elementy odblaskowe,
- urządzenia sygnalizacyjne do ograniczania prędkości.”

Odwołujący Prokom, mając na uwadze powyższe, nie zgodził się z Zamawiającym, że jedynym urządzeniem, które wpisuje się w pojęcie sygnalizacji świetlnej jest sygnalizacja trójkolorowa na skrzyżowaniach. Odwołujący Prokom nie kwestionuje, że w języku potocznym dokonywana jest tego rodzaju klasyfikacja i używane nazewnictwo. Odwołujący Prokom wskazał jednak przy tym, że przygotowana przez Zamawiającego SIWZ skierowana była do profesjonalnych podmiotów, którzy odczytują poszczególne sformułowania w niej użyte zgodnie ze znaczeniem wynikającym albo z przepisów prawa, do których stosowania są zobowiązani albo ze znaczeń powszechnie używanych w danej branży. Co za tym idzie, zdaniem Odwołującego Prokom, oczekiwanie przez Zamawiającego, że wykonawcy

„domyślą się” jaka była intencja autora zacytowanych powyższej wymagań, wydaje się całkowicie nieuprawnione.

Odwołujący Prokom zwrócił uwagę, że Zamawiający jako z jeden z argumentów przemawiających za wykluczeniem Odwołującego z postępowania wskazuje ryzyko naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, Zamawiający nie wskazuje i nie udowadnia jednak, że pozostali oferenci biorący udział w postępowaniu nie zrozumieli wymagań Zamawiającego w sposób analogiczny jak Odwołujący Prokom, a zatem stanowisko to należy uznać zatem za nieudowodnione przez Zamawiającego.

Odwołujący Prokom stoi na stanowisku, że to właśnie działanie Zamawiającego, który nie precyzuje i nie wyjaśnia w SIWZ wymagań stawianym wykonawcom, a następnie dokonuje w sposób całkowicie dowolny i arbitralny ich interpretacji (wyjaśnienia swoich intencji) dopiero na etapie badania i oceny ofert - stanowi naruszenie powyższych zasad zamówień publicznych względem Odwołującego. W przekonaniu Odwołującego Prokom, zaistniała w sprawie sytuacja stawia Odwołującego w krzywdzącej dla niego sytuacji, gdyż ponosi on ciężar związany z brakiem należytej staranności Zamawiającego w przygotowaniu dokumentacji przetargowej. Odwołujący Prokom zaznaczył, że gdyby Zamawiający wprost wskazał jakiego rodzaju doświadczenia referencyjnego oczekuje od Inspektora w branży (tj. nadzór nad budową drogi posiadającej sygnalizację drogową stałą trójkolorową na skrzyżowaniu) sytuacja, w jakiej znajduje się ocenie Odwołujący, nigdy nie miałyby miejsca.

W ocenie Odwołującego Prokom, Zamawiający w momencie wykluczenia Odwołującego z postępowania dokonał niedozwolonej na gruncie prawa zamówień publicznych zmiany treści SIWZ po terminie składania ofert. Odwołujący Prokom dalej argumentował, że udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Odwołujący Prokom zaznaczył przy tym, że co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (sygn. akt KIO 1593/14). Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że: „Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie pozwala na to, aby zamawiający badał okoliczności, których nie określił w ogłoszeniu czy siwz, tak w zakresie dokumentów i oświadczeń służących potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i dokumentów

potwierdzających że roboty budowlane, usługi lub dostawy spełniają wymagania zamawiającego.” (sygn. akt KIO 268/16). Izba w swoich orzeczeniach wskazuje również, że: „Rozszerzająca interpretacja postanowień SIWZ po terminie składania ofert, ze względu na dotkliwe dla wykonawców konsekwencje w postaci eliminacji z udziału w postępowaniu, jest niedopuszczalna jako naruszająca zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.” (sygn. akt KIO 292/16).

Odwołujący podkreślił, że w sytuacji, w której Zamawiający nie określił w sposób wystarczający swoich wymagań, a wykonawca zinterpretował je w sposób odmienny niż czyni to Zamawiający, Zamawiający nie ma prawa wyciągać wobec wykonawcy z tego tytułu negatywnych skutków. Odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1612/20, KIO 2154/19, oraz KIO 2100/18.

Odwołujący Prokom podniósł ponadto, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający nie wykazał istnienia przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący Prokom stwierdził, że sam fakt przyjęcia przez Zamawiającego, że dana usługa / doświadczenie referencyjne członka zespołu Odwołującego nie spełnia jego wymagań nie powoduje automatycznie, że Zamawiający posiada skuteczny instrument do wyeliminowania wykonawcy z postępowania. Zamawiający jest zobowiązany udowodnić w uzasadnieniu swojej decyzji, że w danym stanie faktycznym ziszczy się wszystkie przesłanki, o których mowa w przywołanym powyżej przepisie. Odwołujący Prokom przyjął, że powołując się na art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Zamawiający był zobowiązany wykazać, że Odwołujący działał w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu opisu doświadczenia Inspektora nadzoru w branży drogowej, tj. np. że nie zweryfikował w sposób właściwy czy doświadczenie referencyjne tej osoby spełnia literalne wymagania z SIWZ etc. Ponadto, jak zauważył Odwołujący Prokom, informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy. Odwołujący Prokom, wobec braku definicji legalnej „informacji nieprawdziwej” zwrócił uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r., sygn. akt II CKN 1095/99, w którym stwierdzono, że pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku

potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Odwołujący Prokom zaznaczył, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością.

Odwołujący Prokom powołał się także na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02, w którym Sąd wskazał, że „wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość/powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności”.

W przekonaniu Odwołującego Prokom, w przedmiotowej sprawie nie zaistniały ww. okoliczności. Osią sporu pomiędzy stronami nie jest kwestia związana ze sposobem działania Odwołującego Prokom (wykazanie informacji obiektywnie nieprawdziwej), ale sposób rozumienia opisu kryterium oceny ofert określonego w pkt 9.1.1 SIWZ i pojęcia „sygnalizacja świetlna”. Zdaniem Odwołującego Prokom, powyższa okoliczność nie stanowi podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania, ale może co najwyżej stanowić podstawę do przyznania ofercie Odwołującego Prokom mniejszej liczby punktów w ramach wyżej wskazanego kryterium (z czym Odwołujący Prokom się nie zgadza).

Odwołujący Prokom zwrócił uwagę, że Zamawiający nie kwestionuje, że w przedmiotowej inwestycji wybudowano sygnalizację ostrzegawczą (co potwierdza sam inwestor tego zamówienia), a zatem brak jest podstaw do twierdzenia, że Odwołujący przedstawił - lub przedstawia nadal - informacje nieprawdziwe.

Jak zauważył Odwołujący Prokom, wykluczenie wykonawcy z postępowania jest jednym z najdalej idących działań zamawiającego, a zamawiający podejmując decyzję w tym zakresie powinien mieć pewność, że w danym stanie faktycznym mamy do czynienia

z informacją obiektywnie nieprawdziwą, a nie z informacją, która nie czyni zadość wymaganiom zamawiającego z uwagi na błędne zrozumienie przez wykonawcę intencji autora dokumentacji przetargowej.

Ponadto, Odwołujący Prokom stwierdził, że w niniejszym stanie faktycznym trudno mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, skoro informacje, które stanowią podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający powziął od samego Odwołującego. Odwołujący Prokom zaznaczył, że na żadnym etapie postępowania nie ukrywał informacji dotyczących posiadanego przez Inspektora nadzoru w branży drogowej doświadczenia, jak również nie zatajał, jaki cel i intencje przyświecały mu składając ofertę w postępowaniu. Odwołujący Prokom wskazał też, że przyjęte przez Odwołującego rozumienie pojęcia „sygnalizacji świetlnej” nie stanowi jego interpretacji własnej, nie zostało wykreowane na potrzeby wykazania tezy odwołania, ale ma swoje źródło w przepisach obowiązującego prawa - w przepisach, które również będą miały zastosowanie w przypadku przedmiotowej inwestycji. Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego Prokom, nie można zarzucać Odwołującemu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co eliminuje możliwość zastosowania wobec niego sankcji wykluczenia.

Zdaniem Odwołującego Prokom, okoliczność braku wykazania powyższych przesłanek powoduje, że należy uznać, że działanie Zamawiającego nosi znamiona naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z uwagi na jego zastosowanie w sytuacji, w której brak było ku temu podstaw natury prawnej i faktycznej. Jak zauważył Odwołujący Prokom, korzystając z powyższej wskazanej przesłanki wykluczenia Zamawiający był zobowiązany wykazać związek pomiędzy zachowaniem Odwołującego, a dyspozycją powyższego przepisu. Brak działań w tym zakresie winno prowadzić do uznania, że odwołanie zasługuje w całości na uwzględnienie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca eR Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

W dniu 19 kwietnia 2021 r. wykonawca eR Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Odwołujący eR Grupa”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania wykluczenia Odwołującego Prokom na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp również za przedstawienie przez tego wykonawcę dalszych informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje

podejmowane przez Zamawiającego, ponad informację, z powodu której Zamawiający wykluczył ww. wykonawcę z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez jego niepełne zastosowanie, a w konsekwencji wykluczenie Odwołującego Prokom za podanie jednej nieprawdziwej informacji (wprowadzenie Zamawiającego w błąd) odnośnie jednej z usług wskazanej jako doświadczenie inspektora nadzoru branży drogowej, ocenianej w ramach kryterium oceny ofert, podczas gdy Odwołujący Prokom wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu dwóch informacji odnośnie dwóch usług rzekomo stanowiących doświadczenie inspektora nadzoru branży drogowej — Pana K. B., a to poprzez podanie czterech inwestycji, na których Pan K. B. miał nabyć doświadczenie wymagane przez Zamawiającego w SIWZ, podczas gdy Pan K. B. posiada wymagane (i punktowane przez Zamawiającego) doświadczenie wyłącznie w dwóch takich inwestycjach, a nie czterech (jak wskazał Odwołujący Prokom w ofercie).

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a w szczególności wskazanych w treści odwołania;
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania oferty Odwołującego Prokom;
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Odwołującego Prokom z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp za dwukrotne wprowadzenie Zamawiającego w błąd, przy przedstawianiu dwóch informacji nieprawdziwych;
- nakazanie Zamawiającemu - w konsekwencji - przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący eR Grupa podał, że w dniu 8 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Odwołującego eR Grupa oraz o wykluczeniu Odwołującego Prokom z postępowania za wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji o jednej z usług wskazanych jako usługi w kryterium „doświadczenie zawodowe inspektora nadzoru branży drogowej”. Jednocześnie, w piśmie tym Zamawiający wskazał, że

„Wykonawca wraz z ofertą złożył dokument, w którym wymieniona osoba, wykazywała się wykonaniem czterech usług nadzoru inwestorskiego w wymienionym powyżej zakresie”. Z powyższego wynika, jak zauważył Odwołujący eR Grupa, że pozostałe trzy usługi zostały przez Zamawiającego zweryfikowane jako podane prawidłowo (zgodnie z prawdą) i niewprowadzające Zamawiającego w błąd.

Odwołujący eR Grupa wskazał, że w dniu 19 kwietnia 2021 r. Odwołujący Prokom wniósł odwołanie od czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, zarzucając Zamawiającemu błąd w podjętej czynności. W treści odwołania, Odwołujący Prokom podał, jaką osobę wskazał w przedmiotowym kryterium — do pełnienia funkcji inspektora nadzoru w branży drogowej — Pana K. B. . Po powzięciu powyższej informacji Odwołujący otrzymał również wiedzę, że Odwołujący Prokom wprowadził Zamawiającego w błąd nie tylko przy przedstawianiu informacji o rzekomym doświadczeniu Pana B. w realizacji w Rudzie Śląskiej (wskazanej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 8 kwietnia 2021 r. (bez podania nazwy) oraz wskazana przez Odwołującego Prokom w odwołaniu z dnia 19 kwietnia 2021 r. (z podaniem nazwy – str. 4 odwołania), ale również w zakresie jeszcze jednej inwestycji.

Odwołujący eR Grupa poinformował, że Zamawiający prowadzi równolegle dwa postępowania o udzielenie zamówień:

- a) postępowanie, którego dotyczy odwołanie (Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn.: „Budowa odcinka drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Sowińskiego w Gliwicach - Zachodnia część obwodnicy miasta) - <https://zdm.bip.gliwice.eu/zamowieniaPubliczne/11688>
- b) postępowanie pn. Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn.: Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach - roboty budowlane (część po południowej stronie dworca PKP) - <https://bip.gliwice.eu/zamowienia-publiczne/zamowienie/11646>.

Odwołujący eR Grupa stwierdził, że w zakresie postawionego kryterium oceny ofert odnoszącego się do doświadczenia inspektora nadzoru w branży drogowej, dokumentacja ww. postępowań jest bliźniacza. Odwołujący eR Grupa oświadczył, że złożył oferty w obu postępowaniach, przy czym w postępowaniu drugim pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn.: Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach - roboty budowlane (część po południowej stronie dworca PKP)”, którego nie dotyczy odwołanie, w zakresie kryterium doświadczenia inspektora nadzoru branży drogowej posiłkował się tą samą osobą (Panem K. .), którą posiłkuje się obecnie Odwołujący Prokom – stąd Odwołujący eR Grupa posiada pełną wiedzę na temat doświadczenia Pana K. B.,

ponieważ samodzielnie weryfikował ją na potrzeby złożenia oferty w drugim postępowaniu, o którym mowa powyżej.

Odwołujący eR Grupa podniósł, że z informacji przekazanych Odwołującemu przez Pana K. B. i potwierdzonych przez niego pisemnie, oraz po zweryfikowaniu powyższych informacji przez Odwołującego eR Grupa u poprzednich zamawiających, wynika niezbicie, że Pan K. B. posiada w swoim portfolio jedynie dwie usługi spełniające postawione przez Zamawiającego kryteria oceny ofert. Z tego powodu — składając ofertę w drugim postępowaniu, o którym mowa powyżej, Odwołujący eR Grupa - zgodnie z prawdą i rzeczywistością, nie wprowadzając Zamawiającego w błąd, przedstawił informacje, że Pan K. B. posiada doświadczenie w dwóch usługach (przez co Odwołujący nie otrzymał maksymalnej liczby punktów w tamtym postępowaniu, ale z tym się liczył i na to godził, ponieważ składał ofertę zgodnie z najlepszą wiedzą i nie mając zamiaru wprowadzić Zamawiającego w błąd).

Odwołujący eR Grupa stwierdził, że Odwołujący Prokom:

- a) przedstawił informacje niemające oparcia w rzeczywistości, a zatem informacje nieprawdziwe, czy też informacje wprowadzające (mogące wprowadzić) w błąd Zamawiającego,
- b) orzecznictwo nie wymaga, aby Zamawiający dał się w błąd wprowadzić, niemniej jednak — w odniesieniu do jednej z usług (która jest przedmiotem odwołania), Zamawiający dał się wprowadzić w błąd,
- c) przedstawiona (niezgodna z prawdą) informacja miała (a nie tylko mogła mieć) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, ponieważ była informacją przedstawioną w celu uzyskania przez Odwołującego Prokom wyższej liczby punktów, niż wykonawca ten uzyskalby przedstawiając informację zgodną ze stanem faktycznym,
- d) Odwołujący Prokom nie dołożył należytej staranności wymaganej od profesjonalisty składającego wiele ofert w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych (do takich podmiotów należy Odwołujący Prokom), zbliżonej choćby do staranności dołożonej przez Odwołującego eR Grupa, który:
 - a. zweryfikował posiadane informacje u źródła (u inspektora nadzoru w branży drogowej — Pana K. B., który po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania złożył oświadczenie, że posiada doświadczenie przy realizacji jedynie dwóch usług o przedmiocie wymaganym przez Zamawiającego, a nie czterech — jak oświadczył Odwołujący Prokom)

b. zweryfikował informacje podane przez Pana K. B. u poprzednich zamawiających, którzy potwierdzili informacje przekazane przez Pana K. B. .

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego eR Grupa, bezsprzecznie uznać należy, że Odwołujący Prokom wprowadził Zamawiającego w błąd dwukrotnie - przedstawiając informacje odnoszące się do kryteriów oceny ofert, które miały istotny wpływ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem zmaterializowała się przesłanka wskazana w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, jednak nie (jak wskazał Zamawiający) jednokrotnie, ale dwukrotnie, przy przedstawianiu dwóch informacji o dwóch rzekomo realizowanych przez Pana K. B. usługach.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołujących możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług Inżyniera Kontraktu nad realizacją umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa odcinka drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Sowińskiego w Gliwicach – Zachodnia część obwodnicy miasta” (pkt 3 ppkt 3) SIWZ).

Jednym z kryteriów oceny ofert ustanowionych przez Zamawiającego w pkt 19 ppkt 1) SIWZ było kryterium: Doświadczenie zawodowe inspektora nadzoru branży drogowej z wagą 20%. Zamawiający określił, że oferty będą punktowane w przedmiotowym kryterium w następujący sposób:

„- niewskazanie posiadania większego doświadczenia niż wymagane do spełnienia warunku udziału w postępowaniu – 0 pkt.

- doświadczenie zawodowe w pełnieniu nadzoru inwestorskiego nad co najmniej trzema zadaniami obejmującymi budowę lub przebudowę drogi min. klasy Z o wartości robót, co najmniej 20 mln PLN brutto z sygnalizacją świetlną, o wartości nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto każde – 10 pkt.”.

- doświadczenie zawodowe w pełnieniu nadzoru inwestorskiego nad co najmniej czterema zadaniami obejmującymi budowę lub przebudowę drogi min. klasy Z o wartości robót, co najmniej 20 mln PLN brutto z sygnalizacją świetlną, o wartości nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto każde – 20 pkt.

Odwołujący Prokom złożył oświadczenie, że K. B. pełnił nadzór inwestorski nad czterema zadaniami, w tym nad zadaniem „Budowa odcinka trasy N-S od ul. 1-go Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym i budową odcinka drogi od ul. Bukowej do ul. Ks. Niedzieli – ul. Nowobukowa, w klasie technicznej G, Z wraz z sygnalizacją świetlną o wartości zadania powyżej 20 000 000,00 zł brutto” (poz. 1). Oświadczenie to zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, dlatego w treści uzasadnienia Izba odniesienie się do jego treści w ograniczonym zakresie, tj. w takim, jaki został ujawniony przez Odwołującego w treści odwołania oraz pism złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 25 lutego 2021 r. Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Odwołującego z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących doświadczenia zawodowego inspektora nadzoru branży drogowej. Zamawiający stwierdził, że wszedł w posiadanie dokumentów, z których wynika, że w ramach inwestycji „Budowa odcinka trasy N-S od ul. 1-go Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym i budową odcinka drogi od ul. Bukowej do ul. Ks. Niedzieli – ul.

Nowobukowa, w klasie technicznej G, Z wraz z sygnalizacją świetlną o wartości zadania powyżej 20 000 000,00 zł brutto” nie została wybudowana ani przebudowana sygnalizacja świetlna.

Ww. wezwanie było wynikiem informacji, jaką powziął Zamawiający od Urzędu Miasta Ruda Śląska, który w piśmie z dnia 24 lutego 2021 r. poinformował Zamawiającego, że K. B. pełnił funkcję inspektora nadzoru robót drogowych dla inwestycji „Budowa odcinka trasy N-S od ul. 1-go Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym i budową odcinka drogi od ul. Bukowej do ul. Ks. Niedzieli – ul. Nowobukowa” w okresie od 18 czerwca 2015 r. do 28 lipca 2016 r. Urząd Miasta Ruda Śląska podał również, że w ramach ww. inwestycji został wybudowany odcinek drogi wojewódzkiej 925 klasy G, o długości 1,04 km i powierzchni jezdni 21 410,8 m², a także droga gminna o długości 1,6 km i powierzchni 14 110,8m². W piśmie stwierdzono ponadto, że w ramach inwestycji nie została wybudowana ani przebudowana sygnalizacja świetlna.

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego Odwołujący Prokom w piśmie z dnia 1 marca 2021 r. oświadczył, że dokument, na który powołuje się Zamawiający jest nierzetelny i błędnie interpretowany. Odwołujący Prokom stwierdził, że realizował usługę Inwestora Zastępczego podczas realizacji zadania i posiada pełną wiedzę na temat realizowanego zakresu. Odwołujący Prokom wskazał, że w załączeniu do pisma przekazuje fragment dokumentacji powykonawczej – rozliczenie wykonanych robót budowlanych przez wykonawcę w zakresie Organizacja ruchu – przejściowa, z której wynika, iż realizacja obejmowała budowę sygnalizacji świetlnej w zakresie sygnalizacji ostrzegawczej, o której mowa w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2311) załącznik nr 4 pkt 13.1 tiret czwarty. Odwołujący Prokom zauważył, że ww. rozliczenie dotyczy faktycznie wykonanych robót. Do ww. pisma Odwołujący Prokom dołączył fragment kosztorysu powykonawczego organizacja ruchu – przejściowa, zgodnie z którym wykonano montaż świateł ostrzegawczych U-35 za kwotę 3 480 zł.

W dniu 17 marca 2021 r. Odwołujący Prokom ponownie skierował pismo do Zamawiającego w sprawie budowy sygnalizacji świetlnej w ramach inwestycji „Budowa odcinka trasy N-S od ul. 1 Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym i budową odcinka drogi od ul. Bukowej do ul. Ks. Niedzieli – ul. Nowobukowa”. Odwołujący stwierdził, że pozyskał pismo z Urzędu Miasta Ruda Śląska, w którym potwierdzono, iż w ramach ww. zadania wykonano montaż świateł U-35. Odwołujący wskazał, że w nawiązaniu do pozostałej części pisma można wnioskować, iż

budowa sygnalizacji świetlnej przez Urząd Miasta Ruda Śląska jest utożsamiany z pojęciem potocznym tj. jako urządzeń sterującym ruchem drogowym. Odwołujący Prokom zwrócił uwagę, że Zamawiający powinien dokonać oceny samodzielnie w oparciu o treść własnej specyfikacji oraz przepisów obowiązującego prawa, m.in. rozporządzenia, na które powołuje się Odwołujący.

Do ww. pisma Odwołujący Prokom załączył pismo własne skierowane do Urzędu Miasta Ruda Śląska w dniu 10 marca 2021 r. o treści: „W związku z Państwa pismem nr KD.7013.2.2020.JM z 24 lutego 2021 r. skierowanego do Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach w sprawie zakresu robót na zadaniu pn. „Budowa odcinka trasy N-S od ul. 1 Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym i budową odcinka drogi od ul. Bukowej do ul. Ks. Niedzieli – ul. Nowobukowa”, zwracam się z prośbą o uzupełnienie lub wyjaśnienie przekazanych informacji dotyczących budowy sygnalizacji świetlnej. Jak wynika z posiadanych przez nas dokumentów (kosztorys powykonawczy tabela 3.2 organizacja ruchu – przejściowa pozycja 2.4). W ramach realizacji inwestycji wykonano cztery sztuki świateł ostrzegawczych U-35. Stoi to w sprzeczności z informacją o braku budowy sygnalizacji świetlnej w ramach w/w inwestycji. Jak przypuszczamy, ograniczyli się Państwo jedynie do sygnalizacji świetlnej w rozumieniu potocznym, tj. do urządzeń sterowania ruchem w rozumieniu ROZPORZĄDZENIA MINISTRA INFRASTRUKTURY z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz. U. 2019 poz. 2311) opisanych w załączniku nr 3. Jednak jak wynika z załącznika nr 4 tego Rozporządzenia, światła ostrzegawcze U-35 stanowią sygnalizację ostrzegawczą, należącą do grupy świateł sygnalizacji świetlnej urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego. Wobec powyższego zwracam się z wnioskiem o uzupełnienie Państwa pisma i potwierdzenia wykonania świateł U-35 w ramach realizacji zadania jak wyżej.”.

Do pisma z dnia 17 marca 2021 r. Odwołujący Prokom załączył także odpowiedź Urzędu Miasta Ruda Śląska z dnia 12 marca 2021 r. W piśmie tym podtrzymano stanowisko, że zadanie „Budowa odcinka trasy N-S od ul. 1-go Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym i budową odcinka drogi od ul. Bukowej do ul. Ks. Niedzieli – ul. Nowobukowa” nie obejmowało budowy i przebudowy sygnalizacji świetlnej. Dalej stwierdzono, że światła ostrzegawcze U-35 zostały ustawione w trakcie realizacji inwestycji w związku z wprowadzeniem tymczasowej organizacji ruchu na czas prowadzenia robót. Wskazano także, że w wyniku realizacji ww. zadania nie powstała nowa sygnalizacja świetlna, ani nie została przebudowana już istniejąca. W ocenie Urzędu Miasta Ruda Śląska, ustawienie lampy ostrzegawczej U-35 w związku z wprowadzeniem tymczasowej organizacji

ruchu na czas realizacji prowadzenia robót, nie można utożsamiać z budową bądź przebudową sygnalizacji świetlnej.

Pismem z dnia 8 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego Prokom o jego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadnił swoją decyzję tym, że w toku postępowania powziął informację, iż w ramach jednej z wykazywanych inwestycji (pod numerem 1) nie została wybudowana ani przebudowana sygnalizacja świetlna, a jedynie na czas prowadzenia robót w związku z wprowadzeniem tymczasowej organizacji ruchu zostały ustawione światła ostrzegawcze U-35. Zamawiający wskazał, że indagowany w tej kwestii wykonawca podtrzymując stanowczo swoje stanowisko wyrażone w postaci oświadczenia w ofercie, iż wskazana pod numerem 1 inwestycja obejmowała sygnalizację świetlną, wprowadził Zamawiającego w błąd, ponieważ wykazywania się ustawieniem świateł ostrzegawczych jakimi są U-35 w tymczasowej organizacji ruchu podczas wykonywania robót, nie można uznać za spełnienie wymogu kryterium w zakresie tego, iż inwestycja miała obejmować budowę/przebudowę/rozbudowę drogi/ulicy wraz z sygnalizacją świetlną. Zamawiający zauważył, że opisując przedmiotowe kryteria oceny ofert, jak i warunki udziału w postępowaniu wyraźnie i świadomie wpisał sformułowanie „sygnalizacja świetlna”, a nie jak podkreśla wykonawca w swoich wyjaśnieniach, sam nazywając swoją usługę „sygnalizacja ostrzegawcza”. Zamawiający wskazał, że oba wymienione sygnalizatory pełnią zupełnie inną funkcję, chociaż są wymienione w jednym rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz.U. z 2019 r. poz. 2311 z późn.zm.). Zamawiający zauważył, że gdyby chodziło wprost o sygnalizację ostrzegawczą, to taki zapis znalazłby się w SIWZ, ewentualnie opis kryterium w tym zakresie dopuszczałby opcjonalnie sygnalizację świetlną trójkolorową lub sygnalizację ostrzegawczą, a takiego nie było. Nie można więc utożsamiać poprzez analogię, że sygnalizacja ostrzegawcza spełnia funkcje sygnalizacji świetlnej w kontekście oraz wymogu w jakim ten został zapisany przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał ponadto, że w aspekcie realizowanej inwestycji jaką są roboty budowlane dla „Budowa odcinka drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Sowińskiego w Gliwicach - Zachodnia część obwodnicy miasta” (wartość robót ok 42.000.000,00 zł) dla jakiej przedmiotowy przetarg na wyłonienie Inżyniera Kontraktu został wszczęty, postawienie przez Zamawiającego wymogu w kryterium lub w warunku oceny oferty, wykazania się doświadczeniem w ustawieniu na placu budowy świateł ostrzegawczych byłoby co najmniej nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, oraz celu w jakim kryteria i warunki udziału w postępowaniu należy stawiać, aby wyłonić najbardziej

doświadczonego wykonawcę, który posiada odpowiednie doświadczenie w danym zakresie. Zdaniem Zamawiającego, przyjęcie za prawidłowe, w tym przyznanie punktów wykonawcy w kryterium w tym zakresie wskazanej inwestycji ze światłami ostrzegawczymi, jakimi są wykazywane U-35, byłoby w stosunku do innych wykonawców, naruszeniem głównej zasady przy udzielaniu zamówień publicznych, jaką jest zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. W tym stanie rzeczy Zamawiający poinformował, że dokonał oceny ofert w oparciu o zapisy SIWZ uznając, iż Odwołujący Prokom powinien otrzymać zmniejszoną ilość punktów w kryterium „doświadczenie zawodowe inspektora nadzoru branży drogowej, adekwatnie do ilości wykazanych prawidłowo inwestycji. Zamawiający stwierdził, że zachowanie Odwołującego Prokom wyczerpało znamiona działania z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp zmuszając tym samym Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający wskazał, że ofertę wykonawcy wykluczonego uważa się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Rozpoznając odwołanie Odwołującego Prokom Izba stwierdziła, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Po analizie kryterium opisanego w pkt. 19 ppkt 1) SIWZ dotyczącego doświadczenia zawodowego inspektora nadzoru branży drogowej Izba stwierdziła, że powinno być ono interpretowane przez pryzmat przedmiotu zamówienia (art. 91 ust. 2 ustawy Pzp). Izba uznała, że przedmiotowe kryterium należy czytać w ten sposób, że w celu otrzymania dodatkowych punktów należało wykazać się doświadczeniem w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru branży drogowej przy budowie/przebudowie drogi wraz z budową/przebudową sygnalizacji świetlnej. Inna interpretacja treści ww. kryterium pozostawałaby w oderwaniu od przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższego, Izba stwierdziła, że doświadczenie K. B. wskazane przez Odwołującego Prokom w pozycji 1 wykazu nie spełnia wymogów dla pozyskania dodatkowych punktów w ww. kryterium oceny ofert. Z dokumentów przekazanych przez Odwołującego Prokom Zamawiającemu wynika, że w ramach inwestycji wskazanej w pozycji 1 wykonano montaż światła ostrzegawczego U-35 na kwotę 3 480 zł. Nie ulega wątpliwości, że nadzór nad montażem czterech lamp ostrzegawczych U-35 w związku z wprowadzeniem tymczasowej organizacji ruchu nie spełnia wymagania wykazania się doświadczeniem w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru nad budową/przebudową sygnalizacji świetlnej. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że przyznanie Odwołującemu Prokom punktów z tytułu wykonania zadania z pozycji 1 wykazu dotyczącego doświadczenia pana K. B. stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Potwierdzeniem

okoliczności, że ww. inwestycja wskazana w pozycji 1 wykazu nie spełnia wymagań Zamawiającego jest również oświadczenie złożone przez K. B. .

Izba nie dopatrzyła się jednak podstaw do wykluczenia Odwołującego Prokom z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Izba miała na uwadze, że Odwołujący Prokom nie zataił zakresu zadania ujętego w pozycji 1 wykazu doświadczenia zawodowego inspektora nadzoru branży drogowej. Odwołujący Prokom w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień treści oferty przekazał Zamawiającemu rzetelną informację o montażu świateł ostrzegawczych w ramach spornej inwestycji. Na skutek powyższego, nie zaistniały przesłanki do stwierdzenia, że Odwołujący Prokom wprowadził Zamawiającego w błąd. W ocenie Izby, nie można wykluczyć, że stanowisko Odwołującego Prokom, który utrzymywał, że inwestycja pn. „Budowa odcinka trasy N-S od ul. 1-go Maja do ul. Bukowej w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym i budową odcinka drogi od ul. Bukowej do ul. Ks. Niedzieli – ul. Nowobukowa” wpisuje się w wymagania opisane w kryterium oceny ofert, jest wynikiem błędnego rozumienia treści kryterium. Tym samym, potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W konsekwencji, znalazł potwierdzenie również zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że zaistniały podstawy do przywrócenia Odwołującego Prokom do postępowania i do dokonania powtórnej oceny ofert, w ramach której Zamawiający powinien ocenić ofertę Odwołującego Prokom w kryterium „doświadczenie zawodowe inspektora nadzoru branży drogowej” z pominięciem inwestycji z pozycji 1 wykazu dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru branży drogowej.

Rozpoznając odwołanie Odwołującego eR Grupa w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba stwierdziła, że Odwołujący eR Grupa nie wskazał okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania, do czego był zobowiązany na podstawie art. 516 pkt 10 ustawy nPzp. W odwołaniu Odwołujący eR Grupa wskazał jedynie na konieczność wykluczenia Odwołującego Prokom ze względu na podanie „dalszych informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd”, podniósł, że Odwołujący Prokom wprowadził Zamawiającego w błąd „przy przedstawianiu dwóch informacji odnośnie dwóch usług rzekomo stanowiących doświadczenie inspektora nadzoru branży drogowej – Pana K. B.”. Tak sformułowany zarzut, wobec zbyt dużego poziomu ogólności, nie mógł zostać uwzględniony. Odwołujący eR Grupa w żaden sposób nie sprecyzował w odwołaniu, jakie informacje podane przez Odwołującego Prokom miały wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Dopiero na rozprawie Odwołujący eR Grupa sprecyzował zarzut twierdząc, że K. B. nie pełnił funkcji Inspektora nadzoru branży drogowej na inwestycji ujętej w pozycji 2 wykazu złożonego przez Odwołującego Prokom w zakresie doświadczenia zawodowego K. B. . Takiego zarzutu nie sposób wywieść z treści odwołania.

Kluczowe znaczenie w przedmiotowej sprawie ma rozstrzygnięcie, co należy rozumieć pod pojęciem „zarzut”. W tym przedmiocie Izba oraz sądy okręgowe sprawujące nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby jednolicie stanowią, że pod tym pojęciem należy rozumieć wskazane przez odwołującego konkretne fakty świadczące o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Wskazanie zaś nowych faktów, nawet wypełniających dyspozycję tego samego przepisu ustawy Pzp, stanowi nowy zarzut. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29 czerwca 2018 r., sygn. akt XIII Ga 546/18, wyrok KIO z 30 maja 2017 r., sygn. akt KIO 993/17, wyrok KIO z 2 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1488/17, wyrok KIO z 10 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1370/18, wyrok KIO z 26 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1075/18, wyrok KIO z 17 maja 2019 r., sygn. akt KIO 805/19, wyrok KIO z 6 marca 2020 r., sygn. akt KIO 355/20, wyrok KIO z 23 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 787/20).

Wobec powyższego, w związku z dyspozycją art. 555 nPzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, Izba nie mogła poddać rozpoznaniu zarzutu dotyczącego pełnienia przez K. B. funkcji inspektora nadzoru na inwestycji z pozycji 2 wykazu. Co za tym idzie, dowodu w przedmiotowej sprawie nie mogły stanowić złożone na rozprawie przez Odwołującego eR Grupa oraz Odwołującego Prokom dokumenty dotyczące doświadczenia K. B. na inwestycji z pozycji 2 wykazu złożonego przez Odwołującego Prokom.

Z uwagi na powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 i § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający. W takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1164/21 składał się wpis uiszczony przez Odwołującego Prokom w wysokości 15 000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł.

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący, zaś Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego. Z uwagi na powyższe, Izba zasądziła od Odwołującego eR Grupa na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: