

WYROK
z dnia 3 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2020 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BICO Group T. P. oraz BICO Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Narodowy Bank Polski

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants. Nadzory i doradztwo budowlane Ł. Z., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie: zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do fragmentu wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 30 lipca 2020 r., zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie fragmentu wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 30 lipca 2020 r. za bezskutecznie zastrzeżony jako stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants. Nadzory i doradztwo budowlane Ł. Z., na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddała odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 3/4 i odwołującego w części 1/4 , i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 122 zł 00 gr (słownie: sto dwadzieścia dwa złote zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 14 041 zł 50 gr (słownie: czternaście tysięcy czterdzieści jeden złotych pięćdziesiąt groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Narodowy Bank Polski prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Nadzór inwestycyjny przy realizacji inwestycji obejmującej remont i przebudowę bloku A w obiekcie Centrali NBP w Warszawie. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 lipca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 128-313620.

I. W dniu 14 września 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BICO Group T. P. oraz BICO Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na:

- 1) czynność uznania, że dokumenty przedstawione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants. Nadzory i doradztwo budowlane Ł. Z. (dalej: „Konsorcjum BBC”), tj.:
 - fragment wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 30 lipca 2020 r.;
 - dokumenty zastrzeżone pismem z dnia 18 sierpnia 2020 r.: (i) Zarządzenie Prezesa Zarządu BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. S.K. z dnia 10 grudnia 2018 r. (Polityka poufności sporządzania ofert w BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. S.K.); (ii) Zarządzenie Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pn. BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z dnia 10 grudnia 2018 r. (Polityka poufności sporządzania ofert w BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z.); (iii) Wykaz doświadczenia; (iv) Wykaz osóbzostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechanie czynności udostępnienia tych dokumentów odwołującemu;
- 2) zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum BBC z postępowania;

- 3) czynność prowadzenia postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podniósł następujące zarzuty:

- 1) zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że dokumenty przedstawione przez Konsorcjum BBC, tj.:
 - fragment wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 30 lipca 2020 r.;
 - dokumenty zastrzeżone pismem z dnia 18 sierpnia 2020 r.: (i) Zarządzenie Prezesa Zarządu B6C Best Building Consultants Sp. z o.o. 5.K. z dnia 10 grudnia 2018 r. (Polityka poufności sporządzania ofert w BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. S.K.); (ii) Zarządzenie Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pn. BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z dnia 10 grudnia 2018 r. (Polityka poufności sporządzania ofert w BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z.); (iii) Wykaz doświadczenia; (iv) Wykaz osóbzostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechanie czynności udostępnienia tych dokumentów odwołującemu, podczas gdy Konsorcjum BBC nie wykazało, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 2) zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum BBC, podczas gdy w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu Konsorcjum BBC polegało na zdolnościach podmiotu trzeciego, jednak podmiot ten nie zrealizuje usług, do realizacji których te zdolności są wymagane;
- 3) zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum BBC podczas gdy wykonawca ten w sposób zawiniony naruszył obowiązki zawodowe oraz z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego;
- 4) zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum BBC, podczas gdy wykonawca ten zataił informacje dotyczące podstaw wykluczenia;
- 5) zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum BBC, podczas gdy wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

- 6) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) udostępnienia dokumentów, tj.:
 - fragmentu wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 30 lipca 2020 r.;
 - dokumentów zastrzeżonych pismem z dnia 18 sierpnia 2020 r.: (i) Zarządzenie Prezesa Zarządu BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. S.K. z dnia 10 grudnia 2018 r. (Polityka poufności sporządzania ofert w BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. S.K.); (ii) Zarządzenie Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pn. BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z dnia 10 grudnia 2018 r. (Polityka poufności sporządzania ofert w BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z.); (iii) Wykaz doświadczenia; (iv) Wykaz osób;
- 3) wykluczenie Konsorcjum BBC z postępowania.

II. Pismem wniesionym w dniu 29 października 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty za niezasadne i wniósł o oddalenie odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 17 września 2020 r. Konsorcjum BBC zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Stanowisko w sprawie Konsorcjum BBC przedstawiło w piśmie z dnia 29 października 2020 r. Konsorcjum BBC uznało zarzuty za niezasadne i wniosło o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie uwzględniła wniosków zamawiającego i Konsorcjum BBC o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niewłaściwe umocowanie pełnomocnika wnoszącego odwołanie. Stanowisko zamawiającego i Konsorcjum BBC Izba uznała za niezasadne, gdyż: po pierwsze, pełnomocnik wnoszący odwołanie posiadał umocowanie do działania udzielone

przez każdego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum (odwołującego), co uznaje się za wystarczające. Nie sposób uznać, że w takiej sytuacji pełnomocnik mógłby działać w imieniu każdego z wykonawców z osobna, czy w jakikolwiek inny sposób, skoro wykonawcy ci wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia. Po drugie, nawet gdyby poczynić takie założenie, że do odwołania nie zostało załączone prawidłowe pełnomocnictwo, to zgodnie z aktualnym i jednolitym poglądem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, byłby to brak formalny podlegający uzupełnieniu, a nie podstawa do odrzucenia odwołania. Po trzecie, obecny na posiedzeniu Pan T. P., będący jednym z członków konsorcjum oraz uprawnionym do jednoosobowej reprezentacji prezesem zarządu spółki będącej drugim członkiem konsorcjum, potwierdził, że udzielił p. D. P., radcy prawnemu, pełnomocnictwa do reprezentowania obydwu podmiotów, także w ramach konsorcjum.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Konsorcjum BBC dokonało skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, może mieć miejsce tylko w przypadkach określonych w ustawie (tak np. Izba w wyroku z dnia 20 stycznia 2020 r. KIO 2469/19, z dnia 13 marca 2017 r. KIO 385/17). W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku: 1653) wskazano m.in.: *"Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne."* Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 uznk (tak np. Izba w wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r. KIO 2537/19).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonywującego i terminowego wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreśla się, że „wykazać” oznacza coś więcej niż tylko „wyjaśnić”. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Izby z dnia 17 grudnia 2019 r. KIO 2440/19 „Użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na

zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i - jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”.

Należy podkreślić, że dokonując oceny zastrzeżenia części oferty/dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający obowiązany jest do całościowej i wszechstronnej analizy treści przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia. Uznanie przez zamawiającego, że wykonawca dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć miejsce jedynie w sytuacji, w której wykonawca w sposób niewątpliwy i jednoznaczny wykazał, że zastrzegane informacje taką tajemnicę stanowią. Natomiast Izba uprawniona jest do rozpoznania odwołania wyłącznie w granicach podniesionych zarzutów, przy czym pod pojęciem zarzutu rozumie się przede wszystkim wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne, które w jego ocenie świadczą o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W niniejszej sprawie odwołujący w ramach postawionego zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ograniczył się jedynie do wskazania na okoliczność zaniechania przez Konsorcjum BBC przedstawienia dowodów na poparcie zasadności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Kwestia poparcia zastrzeżenia dowodami ma niewątpliwie niezwykle istotne znaczenie dla oceny skutecznego wykazania przez wykonawcę posiadania przez określone informacje waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób uznać, że wykonawca dokonał wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie podniesionych twierdzeń, a przedstawienie tego rodzaju dowodów nie stanowiło dla wykonawcy żadnych trudności – tak jest w szczególności, gdy chodzi o dowody na potwierdzenie podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności. Mając na uwadze zakres postawionego zarzutu Izba stwierdziła, że jest on zasadny w odniesieniu do fragmentu wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 30 lipca 2020 r. Zastrzegając złożone wyjaśnienia jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum BBC nie przedstawiło jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie zasadności dokonanego zastrzeżenia. W szczególności nie zostały złożone dowody na potwierdzenie tego, że Konsorcjum BBC faktycznie podjęło działania mające na celu zachowanie tych informacji w poufności – a nie że zastrzeżenie czynione jest jedynie celem utrudnienia konkurencyjnym wykonawcom podniesienia zarzutów przeciwko ofercie Konsorcjum. W zasadzie z treści wyjaśnień należy wnioskować, że takie działania w ogóle nie zostały podjęte. Konsorcjum BBC, poza lakonicznym stwierdzeniem: *„Nie ulega jakiegokolwiek wątpliwości, iż składając ofertę w Postępowaniu podaliśmy [podjeliśmy] niezbędne działania w celu zachowania poufności poprzez właściwe oznaczenie części*

tajnej oferty”, wskazuje jedynie na zawarcie umów o poufności z kontrahentami, nie przedstawiając jednak na potwierdzenie tego żadnych dowodów. Powyższe czyni wyjaśnienia całkowicie gołosłownymi i nie mogącymi stanowić skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że zasada jawności stanowi jedną z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia i odstępnie od niej dopuszczalne jest jedynie na zasadzie wyjątku w przypadku jednoznacznego i nie budzącego wątpliwości wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Powyższy zarzut nie został natomiast uwzględniony w odniesieniu do pozostałych dokumentów, albowiem wraz z ich przekazaniem zamawiającemu Konsorcjum BBC złożyło dwa regulaminy dotyczące polityki poufności obowiązujące u konsorcjantów. Przedstawione w tym zakresie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa można by rozpatrywać pod wieloma aspektami, a nie tylko w odniesieniu do kwestii złożonych dowodów, jednakże Izba nie była do tego uprawniona wobec ograniczonego zakresu postawionego przez odwołującego zarzutu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum BBC, podczas gdy w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu Konsorcjum BBC polegało na zdolnościach podmiotu trzeciego, jednak podmiot ten nie zrealizuje usług, do realizacji których te zdolności są wymagane:

W przepisie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp przewidziane zostało uprawnienie wykonawcy do powołania się na zasoby innego podmiotu (tzw. podmiotu trzeciego) w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego będzie miało realny charakter, a zatem, że wykonawca faktycznie tymi zasobami będzie dysponował na etapie realizacji zamówienia (art. 22a ust. 2 w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp). Natomiast na zamawiającego został nałożony obowiązek zbadania, czy udostępnione wykonawcy zasoby podmiotu trzeciego pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Za niewystarczające uznaje się przedstawienie wyłącznie formalnego oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu trzeciego, jeżeli na podstawie informacji zawartych w tym oświadczeniu nie można w sposób jednoznaczny stwierdzić, iż wykonawca będzie faktycznie dysponował zasobami tego podmiotu w sposób pozwalający na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Należy podkreślić, iż jakkolwiek możliwość powołania się

na zasoby innego podmiotu stanowi uprawnienie wykonawcy, to jednocześnie jest to wyjątek od zasady, że to wykonawca składający ofertę winien posiadać niezbędne zasoby potrzebne do realizacji umowy. Mając to na uwadze ustawodawca przewidział szczególną regulację, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp). W związku z powyższym to na wykonawcy ciąży obowiązek jednoznacznego i nie budzącego wątpliwości wykazania, że będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w sposób pozwalający na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a w przypadku gdy wykonawca polega na zdolnościach podmiotu trzeciego w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia – obowiązek jednoznacznego i nie budzącego wątpliwości wykazania, że podmiot ten zrealizuje roboty lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Mając to na uwadze za niewystarczającą należało uznać treść oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu (IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U.), na którego zasoby powołało się Konsorcjum BBC celem wykazania przewidzianego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenia). Warunek ten dotyczył posiadania doświadczenia polegającego na należytych wykonaniu co najmniej 3 zamówień (umów) polegających na prowadzeniu: a) nadzoru nad realizacją inwestycji budowlanej od etapu opracowania Dokumentacji projektowej do etapu realizacji robót budowlanych wraz z odbiorami; lub b) zastępstwa inwestycyjnego, w zakresie budowy lub przebudowy budynku biurowego lub jego części (przez „budynek biurowy” rozumie się budynek wykorzystywany jako miejsce pracy dla działalności biura, sekretariatu lub inny o charakterze administracyjnym np. budynek banków, urzędów pocztowych, urzędów miejskich, gminnych, ministerstw oraz budynek centrów konferencyjnych i kongresów, sądów i parlamentów) o powierzchni nie mniejszej niż 10.000 m² w zakresie budowy lub nie mniejszej niż 5.000 m² w zakresie przebudowy budynku lub jego części. Wskazany powyżej warunek udziału w postępowaniu dotyczy posiadania doświadczenia niezbędnego zdaniem zamawiającego do świadczenia usług nadzoru objętych przedmiotem zamówienia. Skoro w zakresie tego warunku powołano się na zasoby podmiotu trzeciego, to ten podmiot – aby udostępnienie zasobów było realne i odpowiadało regulacji art. 22a ust. 4 ustawy Pzp – winien zrealizować (wraz z Konsorcjum) usługi nadzoru objęte przedmiotem zamówienia, za wyjątkiem pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, co zostało zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę. Wprawdzie w treści oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu trzeciego jako zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia wskazano: *„udział w realizacji przedmiotowego zamówienia na podstawie umowy o podwykonawstwo zapewniająca*

uczestnictwo reprezentowanej przez nas firmy w realizacji zamówienia w terminach zgodnych z przyszłą umową o zamówienie publiczne”, a podobnie enigmatyczne stwierdzenie („udział firmy IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. w realizacji przedmiotowego zadania”) znalazło się również w części dotyczącej sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, jednakże jedyne bardziej konkretne informacje jakie w tym zakresie zostały przedstawione świadczą o tym, iż sposób wykorzystania zasobów tego podmiotu przez Konsorcjum BBC przybierze formę czynności konsultingowych i doradczych: „konsulting i doradztwo ze strony kadry specjalistów doświadczonych w realizacjach podobnych do przedmiotowej inwestycji, w zakresie opracowania dokumentacji, procesu organizacji inwestycji, konsultacje w[z] zespołem wykonawców w celu omówienia zagadnień problemowych pojawiających się w trakcie realizacji zamówienia oraz identyfikacji ryzyk i zagrożeń mogących pojawić się w trakcie realizacji usług” (tak w dalszej części oświadczenia - sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu). Należy podkreślić, iż samo stwierdzenie „udział w realizacji zamówienia” jest bardzo ogólne i nie niesie ze sobą żadnych konkretnych treści mogących stanowić podstawę wykazania realnego dysponowania zasobami innego podmiotu. Udział w realizacji zamówienia może przybrać różną postać i różny zakres, w tym bardzo nieznaczny. Istotne jest natomiast to na czym ten udział będzie polegał. W przepisie art. 22a ust. 2 ustawy Pzp wskazuje się w szczególności na przedstawienie zobowiązania do oddania zasobów do dyspozycji wykonawcy, jednakże daleko istotniejsza jest norma zawarta w pierwszej części tego przepisu, gdzie mowa jest o obowiązku udowodnienia przez wykonawcę, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami. Nie chodzi bowiem o przedstawienie formalnego zobowiązania o oddaniu swoich zasobów do dyspozycji wykonawcy, ale o to, żeby zamawiający miał pewność co do tego, że zamówienie zrealizuje podmiot, który posiada wymagane doświadczenie. Na gruncie przedmiotowego oświadczenia nasuwa się pytanie, w jakim celu podmiot udostępniający swoje zasoby miałby świadczyć usługi konsultingowe i doradcze, skoro jednocześnie miałby być podmiotem realizującym usługi stanowiące przedmiot zamówienia. Być może wątpliwości pojawiające się w odniesieniu do treści oświadczenia zostałyby wyjaśnione, gdyby Konsorcjum BBC zastosowało się do postanowienia zawartego w rozdziale 3 pkt 7 SIWZ, zgodnie z którym zamawiający żądał wskazania w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia części zamówienia, których wykonanie Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy i podania przez Wykonawcę nazw (firm) podwykonawców. Takie informacje nie zostały podane, a ww. podmiot trzeci (IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U.) w ogóle nie został wskazany przez Konsorcjum BBC na etapie składania ofert – co jednak nie podlega odrębnej ocenie, jako że nie zostało podniesione w ramach zarzutów odwołania.

Zgodnie ze stanowiskiem wielokrotnie prezentowanym przez Krajową Izbę Odwoławczą „dysponowanie (...) zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu rzeczywiście nim dysponuje, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Jeśli złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego treści, w tym zakresu udostępnienia zasobu, to nie sposób uznać za udowodnione jego udostępnienie.” (tak Izba w uchwale z dnia 27 grudnia 2013 r. KIO/KD 113/13). Treść zobowiązania IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. w ocenie Izby nie potwierdza w sposób jednoznaczny, iż podmiot ten zrealizuje usługi, do których wymagane są zdolności określone w postaci warunku udziału w postępowaniu, tj. usługi nadzoru inwestycyjnego przy realizacji inwestycji obejmującej remont i przebudowę bloku A w obiekcie Centrali NBP w Warszawie. Przedstawienie ww. zobowiązania nie stanowi wypełnienia obowiązku udowodnienia, że realizując zamówienie Konsorcjum BBC będzie dysponowało niezbędnymi zasobami IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U., tj. że podmiot ten będzie realizował usługi nadzoru objęte przedmiotem zamówienia. Ww. zobowiązane było już uzupełniane w toku postępowania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a sam podmiot trzeci (IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U.) został wprowadzony do postępowania w wyniku „uzupełnienia” w dniu 18 sierpnia 2020 r., już po terminie składania ofert (co nie stanowiło zarzutu odwołania) - a zatem Konsorcjum BBC nie przysługuje kolejne uprawnienie do uzupełnienia dokumentu w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 lub art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że w stosunku do Konsorcjum BBC, wobec braku wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu (brak dwóch z trzech wymaganych usług), zaistniała podstawa wykluczenia z postępowania wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum BBC, podczas gdy wykonawca ten zataił informacje dotyczące podstaw wykluczenia oraz w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum BBC, podczas gdy wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia:

Na pytanie zawarte w dokumencie JEDZ: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” Konsorcjum BBC udzieliło odpowiedzi negatywnej. Tymczasem jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, tj. w szczególności pisma Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga – Północ m.st. Warszawy z dnia 12 lutego 2019 r. zatytułowanego „Wypowiedzenia umowy z dnia 12 października 2016 r. nr 465/2016” oraz pisma ww. podmiotu z dnia 28 września 2020 r. (odpowiedź na zapytanie zamawiającego z dnia 15 września 2020 r. wystosowane w trybie dostępu do informacji publicznej) jeden z wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum BBC (BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie) znajdował się w sytuacji, w której umowa w sprawie zamówienia publicznego, której był stroną, została zakończona przed czasem (co należy rozumieć poprzez zawarte w ww. pytaniu JEDZ sformułowanie „rozwiązana przed czasem”). Ww. wykonawca był bowiem stroną umowy (członkiem konsorcjum) zawartej w dniu 12 października 2016 r. (nr 465/2016) z zamawiającym: Miastem Stołecznym Warszawa, po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przepisów ustawy Pzp. W dniu 12 lutego 2019 r. zostało w imieniu zamawiającego złożone oświadczenie o wypowiedzeniu ww. umowy – jak wskazano w treści wypowiedzenia z przyczyn zależnych od wykonawcy. Oznacza to, że na ww. pytanie zawarte w JEDZ BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie winien udzielić odpowiedzi pozytywnej.

Należy podkreślić, że udzielenie pozytywnej odpowiedzi na ww. pytanie nie jest równoważne z wystąpieniem podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania zawartej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zakończenie umowy przed czasem stanowi tylko jedną z przesłanek składających się na tę podstawę wykluczenia z postępowania. Pozostałe przesłanki to: 1) niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy 2) w istotnym stopniu oraz 3) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Natomiast 4a) „rozwiązanie” umowy lub 4b) zasądzenie odszkodowania to przesłanki stanowiącego skutek wystąpienia przesłanek – okoliczności wymienionych w pkt 1) – 3). Stanowisko przedstawione przez Konsorcjum BBC, że ww. pytanie zawarte w JEDZ należy rozumieć tak jakby stanowiło zapytanie o występowanie podstawy wykluczenia z postępowania zawartej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp stanowi nieuzasadnioną nadinterpretację treści dokumentu JEDZ. Brzmienie tego pytanie jest jednoznaczne i zrozumiałe – dotyczy one jedynie okoliczności stanowiących „przesłanki –

skutki”, tj. zakończenia umowy przed czasem lub zasądzenia odszkodowania. Celem udzielenia odpowiedzi na to pytanie jest umożliwienie zamawiającemu dokonanie zbadania, czy względem wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia z postępowania wskazana w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Należy podkreślić, że udzielając odpowiedzi na ww. pytanie JEDZ wykonawca może jednocześnie przedstawić wyjaśnienia na potwierdzenie tego, że nie zachodzi względem niego ww. podstawa wykluczenia z postępowania wskazana w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Udzielenie negatywnej odpowiedzi na ww. pytanie JEDZ stanowi przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego – na podstawie udzielonej odpowiedzi zamawiający pozostawał w przekonaniu o braku występowania w stosunku do Konsorcjum BBC okoliczności zakończenia przed czasem wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Informacja ta niewątpliwie podlega zakwalifikowaniu jako mogąca mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – dotyczy bowiem okoliczności stanowiącej jedną z przesłanek składających się na podstawę wykluczenia z postępowania wskazana w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Na gruncie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie jest konieczne szczegółowe wykazywanie stopnia winy, skoro przesłanka zawinienia na gruncie tej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania jest bardzo szeroka – wystarczające jest stwierdzenie zwykłego niedbalstwa. Stosując wnioskowanie a minori ad maius należy uznać, iż ww. podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania będzie mieć zastosowanie także w przypadku występowania wyższego stopnia zawinienia niż wprost wskazany w tej regulacji. Skoro zatem doszło do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, a za przedstawienie tych informacji odpowiedzialne było Konsorcjum BBC, to należy uznać, że doszło do tego z winy Konsorcjum BBC, co najmniej w wyniku zwykłego niedbalstwa wyrażającego się w braku dokładnego zapoznania się z treścią pytania JEDZ i bezpodstawnego przyjęcia treści, które w tym pytaniu nie zostały zawarte. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w odniesieniu do Konsorcjum BBC zaistniała podstawa wykluczenia z postępowania zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i wskazany w tym zakresie zarzut uznała za zasadny. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał ziszczenia się zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przesłanki dotyczącej stopnia winy i w związku z tym postawiony w tym zakresie zarzut Izba uznała za niepotwierdzony.

Należy również dodać, iż wyjaśnienia i dowody przedstawione przez Konsorcjum BBC w toku postępowania odwoławczego winny zostać przedstawione przez w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Udzielenie pozytywnej odpowiedzi na pytanie JEDZ winno dać zamawiającemu możliwość zbadania występowania podstawy wykluczenia z postępowania. Takie badanie nie powinno odbywać się – tak jak miało to miejsce w niniejszej sprawie –

dopiero na skutek zapoznania się przez zamawiającego z treścią odwołania. Składając wyjaśnienia zamawiającemu Konsorcjum BBC mogło powołać się na wszelkie okoliczności, które w ich ocenie świadczą o braku wystąpienia podstawy do wykluczenia z postępowania, w tym wyrażaną opinię co do braku skuteczności wypowiedzenia umowy. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 22 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 621/20 „bez znaczenia dla oceny sprawy pozostają okoliczności związane z okolicznościami odstąpienia przez Miasto K. od umowy z C. Jak zasadnie w toku rozprawy podnosił Przystępujący D., wykonawca nie powinien wypełniać JEDZ sugerując się subiektywnymi odczuciami. Wykonawca może dać im wyraz, może argumentować, że odstąpienie od umowy było niezasadne i w rezultacie nie doszło w jego opinii do rozwiązania umowy, ale zobowiązany jest wcześniej do rzetelnego przedstawienia Zamawiającemu swojej sytuacji. W przeciwnym wypadku, tak jak miało to miejsce w tej sprawie – wykonawca może być nawet podejrzewany o chęć zatajenia rzeczonych okoliczności. Odwołujący swoją ocenę sytuacji z Miastem K. ujawnił dopiero po piśmie Zamawiającego z dnia 17.01.2020 r., w którym ten wskazał, że powziął informację o tej sytuacji „z zewnątrz”, nie z dokumentacji składanej przez Odwołującego. Takie działanie Odwołującego nie może zasługiwać na ochronę. Zasadnie bowiem podnosili Zamawiający i Przystępujący, że zaznaczenie „TAK” w odpowiedzi na rzucone pytanie, nie zamyka drogi do uzyskania zamówienia. W żadnym wypadku nie stanowi to uznania skuteczności odstąpienia – bowiem w dalszej części JEDZ wykonawca ma możliwość przedstawienia swojego stanowiska w odniesieniu do zaistniałej sytuacji – zarówno na potrzeby zamawiającego jak i z ostrożności – dla innych postępowań, w tym cywilnych. Jednocześnie zaznaczenie „TAK” i opisanie sytuacji otwiera Zamawiającemu możliwość własnej jej oceny i podjęcia odpowiednich decyzji w postępowaniu. W sytuacji podjęcia decyzji negatywnej dla wykonawcy – uznania, że ziszcza się przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, wykonawca ma możliwość zaskarżenia takiej decyzji i poddania jej pod ocenę KIO. Tymczasem, w przypadku zaznaczenia „NIE” wykonawca staje się niejako „sędzią we własnej sprawie” i uniemożliwia zamawiającemu oraz ewentualnie Izbie dokonania oceny, czy wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania umowy, pomimo zaistnienia sytuacji, której dotyczy ww. pytanie JEDZ.”

Powyższe stanowisko Izby jest adekwatne również dla niniejszej sprawy. Konsorcjum BBC było zobowiązane do przekazania zamawiającemu informacji o złożeniu przez innego zamawiającego oświadczenia o wypowiedzeniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, której stroną był jeden z konsorcjantów, pozostawiając dokonanie oceny co do wystąpienia przesłanki do wykluczenia z postępowania – zamawiającemu i ewentualnie w dalszej kolejności Izbie i sądowi. Konsorcjum BBC było uprawnione do przedstawienia wszelkich koniecznych w jego ocenie wyjaśnień i dowodów (w tym odnoszących się do takich kwestii

jak skuteczność dokonanego wypowiedzenia czy brak zawinienia po stronie konsorcjanta), a wyjaśnienia te podlegałyby uwzględnieniu w ramach dokonywanej oceny przez zamawiającego i ww. organy. Zaniechanie przekazania informacji o złożonym oświadczeniu o wypowiedzeniu umowy uniemożliwienia dokonanie takiej oceny, wprowadzając zamawiającego w błąd co do okoliczności mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu.

Stanowisko zaprezentowane w odniesieniu do ww. zarzutów odwołania znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Podobnie Izba wypowiedziała się np. w wyroku z dnia 22 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 621/20 oraz w wyroku z dnia 24 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1301/20.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum BBC podczas gdy wykonawca ten w sposób zawiniony naruszył obowiązki zawodowe oraz z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego:

W odwołaniu nie zostało przedstawione uzasadnienie dotyczącego ww. zarzutu – odwołujący przedstawił jedynie uzasadnienie w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, nie odnosząc się do wszystkich wymienionych powyżej przesłanek składających się na podstawę wykluczenia z postępowania wskazaną w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, a tym bardziej podstawę wskazaną w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji zaniechania przedstawienia uzasadnienia odnoszącego się do ww. zarzutów podlegały one oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców:

W zakresie zarzutów, które zostały uznane za zasadne, za podlegający uwzględnieniu należało również uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym i drugim sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b, § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Zgodnie z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, a część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Podobnie w: wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. Mając na uwadze z jednej strony liczbę zarzutów uwzględnionych i zarzutów oddalonych, a z drugiej strony okoliczność osiągnięcia celu odwołania w postaci wyeliminowania z postępowania oferty konkurencyjnego wykonawcy, Izba uznała, że stroną wygrywającą w przeważającym stopniu jest odwołujący. W związku z tym kosztami postępowania obciążono zamawiającego w części 3/4 oraz odwołującego w części 1/4. Na koszty postępowania odwoławczego składa się kwota kwotę 15 000 zł uiszczona przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwota 3 600 zł poniesiona przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwota 122 zł poniesiona przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.722 zł tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 4.680,5 zł (18.722 zł / 4). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 14.041,5 zł (18.722 zł – 4.680,5 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: