

**WYROK**

**z dnia 10 czerwca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2015 r. przez **wykonawcę Park-M Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Wrocław – Zarząd Zieleni Miejskiej z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale **wykonawcy SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego **w części II zamówienia**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie części II zamówienia i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy: SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej z zastosowaniem procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2 d) ustawy Pzp;**
- 2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie dotyczące części II zamówienia;**
- 3. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie części I zamówienia;**

4. Kosztami postępowania odwoławczego w zakresie części II zamówienia obciąża **wykonawcę SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą połowę kwoty uiszczonej przez **wykonawcę Park-M Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **wykonawcy SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **10 575 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy Park-M Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu połowy uiszczonego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

5. **Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego w zakresie części I zamówienia i nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Park-M Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu kwoty 7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej połowę uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław – Zarząd Zieleni Miejskiej z siedzibą we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław*.

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

Wykonawca Park-M Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 22 maja 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie (dla zadania nr I i II ) na wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy R. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KLON R. M. z siedzibą we Wrocławiu – dla zadania nr I oraz wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Spes City Sp. z o.o. Sp. komandytowo-akcyjna z siedzibą w Wysokiej – dla zadania nr II, zarzucając naruszenie art. 7, 89 ust. 1 pkt 3, 91 ustawy Pzp – w przypadku zadania nr I oraz naruszenie art. 7, 24 ust. 2 pkt 3 oraz 5, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 91 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie stosownych czynności odpowiadającym postawionym przez Odwołującego zarzutom w odwołaniu.

Zamawiający pismem z dnia 29 maja 2015 r. odpowiedział na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty odwołania (dotyczące zadania nr I i II).

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu – złożoną dla zadania nr II, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

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

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 25 maja 2015 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania dla zadania nr II przystąpienie zgłosił wykonawca SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu, w zadaniu nr I po stronie Zamawiającego w terminie przewidzianym ustawą Pzp nie przystąpił żaden wykonawca, w szczególności nie przystąpił wykonawca R. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą KLON R. M. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia (dla zadania nr II) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2015 r.) wykonawcy SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu (zwanego dalej również: „Przystępującym Spes City”).

Pismem z dnia 29 maja 2015 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty odwołania (dla zadania nr I i II), a wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, Przystępujący Spes City, korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp wniósł sprzeciw od tej czynności w zakresie części II zamówienia (części, w której złożył ofertę), nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest: *Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław*. Przedmiot zamówienia został podzielony na trzynaście zadań/części, w tym m. in. zadanie nr I – Rejon Stare Miasto I – pow. 42,44 ha zieleń zabytkowa i niezabytkowa – parki i zieleńce, Ogrody Katedralne, Dziedziniec zewnętrzny przy Ossolineum, zieleń przyuliczna; zadanie nr II – Rejon Stare Miasto II – pow. 30,05 ha – zieleń zabytkowa i niezabytkowa – parki i zieleńce, zieleń przyuliczna.

*/dokumentacja postępowania: Rozdział III Opis przedmiotu zamówienia pkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 2/.*

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zawierała m. in. następujące postanowienia:

• Rozdział V „Oferty wariantowe i częściowe”:

Pkt 1. Każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.

Pkt 2. Oferta może obejmować maksymalnie 3 zadania.

Pkt 3 Złożenie oferty na więcej niż trzy zadania spowoduje odrzucenie oferty złożonej przez danego wykonawcę, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

• Rozdział VIII „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”:

A) Na potwierdzenie spełniania opisanych warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawca jest zobowiązany złożyć niżej wymienione oświadczenia i dokumenty:

- w formie oryginału:

Pkt 2. Listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, albo informacja o tym, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej (załącznik nr 7 do SIWZ);

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że oferty w niniejszym postępowaniu złożyli następujący wykonawcy:

Zadanie nr I:

- oferta nr 9 – PARK-M Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu: 3.378.746,17 zł, gwarancja 24 m-ce,

- oferta nr 14 – R. M. KLON z siedzibą we Wrocławiu: 2.859.677,65 zł, gwarancja 24 m-ce,

Zadanie nr II:

- oferta nr 6 – SPES CITY Sp. z o.o. Spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Wysokiej: 1.116.069,28 zł, gwarancja 27 m-cy,

- oferta nr 9 – PARK-M Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu: 1.229.797,10 zł, gwarancja 24 m-ce.

Zadanie nr VII

- oferta nr 5 – APER D. R. z siedzibą w Kobierzycach: 995.293,96 zł, gwarancja 27 m-cy,

- oferta nr 7 – PHU VENA s.c. C.J.R. B. z siedzibą we Wrocławiu: 931.254,48 zł, gwarancja 24 m-ce,

- oferta nr 11 – Zakład Wielobranżowy A. M. z siedzibą w Żórawinie: 928.102,32 zł, gwarancja 36 m-cy,

- oferta nr 13 – Zakład Utrzymania i Pielęgnacji Terenów Zieleni Miejskiej UNI-REM s.c. D. P., K. B. z siedzibą w Wrocławiu: 1.031.239,04 zł, gwarancja 24 m-ce.

*/dokumentacja postępowania: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 maja 2015 r./*

Zamawiający pismem z dnia 12 maja 2015 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w poszczególnych zadaniach/częściach:

- w zadaniu nr I - R. M. KLON z siedzibą we Wrocławiu,

- w zadaniu nr II – SPES CITY Sp. z o.o. Sp. K. A. z siedzibą w Wysokiej

*/dokumentacja postępowania: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 maja 2015 r./*

Od niniejszych czynności Zamawiającego wykonawca – Park-M Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu – wniósł odwołanie w dniu 22 maja 2015 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy: Park-M Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu z dnia 22 maja 2015 r. /*

Pismem z dnia 29 maja 2015 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty odwołania (dla zadania nr I i II), a wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, Przystępujący Spes City, korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp wniósł sprzeciw od tej czynności w zakresie części II zamówienia (części, w której złożył ofertę), nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego.

*/dokumentacja postępowania: Pismo Zamawiającego z dnia 29 maja 2015 r. oraz pismo Przystępującego Spes City z dnia 3 czerwca 2015 r./*

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania – Przystępującego Spes City - przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie w zakresie części II zamówienia jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty odwołania (dotyczące części II) zasługiwały na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia wykonawcy SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu dotyczyło jedynie części II zamówienia. Wykonawca ten jedynie w części II zamówienia złożył ofertę, nie zdecydował się na złożenie

oferty w części I zamówienia. Wobec powyższego – co zostało wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca ten nie miał interesu w tym, aby odwołanie w zadaniu I zostało rozstrzygnięte na korzyść którejkolwiek ze stron (zarówno Zamawiającego jak i Odwołującego). Nie ulega wątpliwości, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje, winien być związany z sytuacją zgłaszającego przystąpienie w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś rozstrzygnięcie na korzyść strony do której wykonawca przystępuje wpływać ma na pozycję tegoż wykonawcy w postępowaniu. Skoro wykonawca SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu w części I zamówienia nie złożył oferty – a na posiedzeniu wyraźnie potwierdził, że przystępuje wyłącznie w zakresie części II zamówienia, to nie ulega wątpliwości, że w konsekwencji dopuszczalnym było - ze względu na wyjątkową sytuację zaistniałą w tym postępowaniu – aby wykonawca wniósł sprzeciw jedynie w zakresie części II zamówienia – wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Dopuszczalność wniesienia częściowego sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania wyrażono w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2011 r. w spr. o sygn. akt KIO 2626/11 i 2633/11 oraz z dnia 14 sierpnia 2012 r. w spr. KIO 1602/12, 1607/12, 1613/12, 1616/13, 1617/13, KIO 1618/13 jak i w wyroku z dnia 30 marca 2012 r. w sprawie 510/12). Przyjęcie - wyjątkowo w tym postępowaniu odmiennej koncepcji – było by niczym innym jak zmuszaniem wykonawcy do złożenia sprzeciwu również wobec uwzględnienia zarzutów zadania I, i w konsekwencji koniecznością bronięcia oferty oraz ponoszenia kosztów postępowania należących de facto do innego wykonawcy, z którym wykonawca SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. w żaden sposób - faktyczny ani prawny - nie jest związany, w szczególności biorąc pod uwagę okoliczność, że wykonawca R. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą KLON R. M. z siedzibą we Wrocławiu, który mógł przystąpić do postępowania w zadaniu I, nie będąc zainteresowanym bronieniem swojej oferty nie skorzystał z przysługującego mu prawa wynikającego z art. 185 ust. 3 w zw. z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp. Niedopuszczenie oświadczenia w przedmiocie wniesionego sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutów odwołania tylko w zadaniu II, doprowadziłoby również do niesprawiedliwego stosowania prawa (t.j. art. 186 ust. 4 ustawy Pzp), z uwagi na to, że jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 260/15 oraz KIO 261/15 wykonawca nie ma wpływu na to czy Zamawiający podzieli podzielne zamówienie na części i czy będzie jedynie dopuszczał oferty częściowe, czy też dla każdej z części prowadzić będzie odrębne postępowania. Decyzja w tym zakresie została całkowicie przez ustawodawcę powierzona Zamawiającemu.

Wobec powyższego w niniejszym stanie faktycznym nakazanie wykonawcy SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów - również zarzutów odwołania odnoszących się do zadania I - byłoby niczym innym jak nakazaniem wykonawcy bronięcia oferty, która nie została przez niego złożona, t.j. oferty innego wykonawcy – wykonawcy R. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KLON R. M. z siedzibą we Wrocławiu. W konsekwencji wykonawca SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu narażony byłby na ponoszenie kosztów postępowania odwoławczego, które powinny obarczać wykonawcę, R. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KLON R. M. z siedzibą we Wrocławiu. Dlatego też Izba uznała, że - również wobec wyraźnego oświadczenia wykonawcy SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu, co do zakresu wniesionego sprzeciwu - należało uwzględnić takie oświadczenie - w przedmiocie sprzeciwu wniesione wyłącznie dla zadania II – i tylko w tej części rozpatrywać odwołanie merytorycznie.

Wobec konsekwencji, w następnej kolejności w ocenie Izby należało odnieść się do zarzutu Odwołującego postawionego wobec oferty Przystępującego Spes City, a dotyczącego konieczności wykluczenia wykonawcy, z uwagi na złożenie oświadczenia o braku przynależności do jakiegokolwiek grupy kapitałowej. Izba uznała, że zarzut ten jest zasadny i utrzymanie oferty w tym stanie rzeczy jest niemożliwe, gdyż powiązania kapitałowe – przynależność do tej samej grupy kapitałowej została przez Odwołującego wykazana. Jak wskazał Odwołujący, z dokumentów rejestrowych wynika, iż Pani D. R. prowadząca działalność pod firmą APER D. R. (składająca ofertę w części VII), jest tą samą osobą, która pełni funkcję Prezesa zarządu firmy Spes City Sp. z o.o. Jak zauważył Zamawiający wskazują na to wprost zapytania z Krajowego Rejestru Karnego, dotyczące obu ofert. Ponadto Pani D. R. jest osobą uprawnioną do samodzielnego działania, samodzielnego zaciągania zobowiązań i samodzielnego podejmowania decyzji w spółce Spes City Sp. z o.o. Spółka ta jest jedynym komplementariuszem i jedynym podmiotem uprawnionym do samodzielnego reprezentowania i zaciągania zobowiązań przez wykonawcę, który złożył ofertę w przetargu, t.j. Spes City Sp. z o.o. spółka komandytowo-akcyjna. Ponadto Pani D. R. posiada 48% udziałów w spółce Spes City Sp. z o.o. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, co w ocenie Izby miało miejsce w tym postępowaniu, podmiotem wspólnym, łączącym była niewątpliwie Pani D. R., zatem w tym stanie faktycznym – co do tych podmiotów - nie można mówić o braku ich przynależności do jakiegokolwiek grupy kapitałowej. Jednak wobec złożenia przez wykonawcę Przystępującego Spes City oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej,



Zamawiający powinien wezwać podmiot ten o uzupełnienie tego dokumentu przed ewentualnym – jak domagał się tego Odwołujący - wykluczeniem z postępowania. W ocenie Izby powyższa okoliczność może mieć wpływ na wynik tego postępowania, gdyż ewentualne nieuzupełnienie tego dokumentu może skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się do pozostałej części zarzutów dotyczących zadania nr II, skierowanych wobec oferty Przystępującego Spes City, Izba zarzuty te oddaliła. Skład orzekający Izby nie dopatrył się w zachowaniu wykonawcy Przystępującego Spes City czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawcy SPES CITY Sp. z o.o. Spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Wysokiej oraz APER D. R. z siedzibą w Kobierzycach złożyli oferty na różne części (odpowiednio w części II i VII), i nie zaistniał przypadek, w którym oferty tych wykonawców spotkały się w jednej części. Powyższe stanowisko analogiczne zostało wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2015 r., sygn. akt 260/15 oraz KIO 261/15. Wobec powyższego nie dopatrzono się znamion czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i naruszeniu w konsekwencji przepisów ustawy Pzp, w szczególności przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp.

Analogicznie Krajowa Izba Odwoławcza nie dopatryła się również naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje, mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi implementację do krajowego porządku prawnego przepisu 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114), zgodnie z którym z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd, w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy. Izba stwierdziła, że Przystępujący Spes City nie wprowadził Zamawiającego w błąd co do stanu faktycznego. Nieprawdziwe informacje w rozumieniu przywołanego przepisu nie polegają na błędnej interpretacji czy kwalifikacji faktów, które są ujawniane Zamawiającemu. Złożone przez Przystępującego Spes City dokumenty wraz z ofertą należy postrzegać wyłącznie w kategorii oceny tych faktów, które Zamawiającemu przedstawiono do oceny. W konsekwencji nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odnosnie oświadczeń wykonawcy Przystępującego Spes City, złożonych w innych zupełnie postępowaniach nie mogą być

wzięte przez Izbę pod uwagę, gdyż nie dotyczą tych okoliczności i odnoszą się do innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji wobec braku wezwania przez Zamawiającego wykonawcy SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu co do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej ewentualne wykluczenie tego wykonawcy należałoby uznać za przedwczesne, konieczne jest zatem wezwanie o uzupełnienie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej wykonawcy SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu. Dlatego też odwołanie w części II podlegało uwzględnieniu. W konsekwencji w zakresie części II zamówienia Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wezwania wykonawcy: SPES CITY Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej z zastosowaniem procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2 d) ustawy Pzp.

W zakresie części I zamówienia - wobec niezgłoszenia przystąpienia wykonawcy R. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KLON R. M. z siedzibą we Wrocławiu - posiadającego niewątpliwie interes w przystąpieniu do tego postępowania – oraz wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze i wydać postanowienie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp zdanie drugie. Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie zawiera również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę jego charakter i treść są postanowieniami. Takim właśnie rozstrzygnięciem jest np. postanowienie o kosztach, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone. I tak skarżący może jedynie podważać wnoszoną skargą do sądu np. rozstrzygnięcie o kosztach, - które jest w swej istocie postanowieniem – i w konsekwencji takiego zaskarżenia sąd wyda stosowne rozstrzygnięcie odpowiadające istocie tego orzeczenia, t.j. postanowienie (np. postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, X Wydział Gospodarczy z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13). Wobec powyższego orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3*

sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło umorzenia postępowania, wobec uwzględnienia zarzutów odwołania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Analogiczna sytuacja ma zatem miejsce w przypadku umorzenia postępowania w treści wyroku. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu umarzającemu postępowanie odwoławcze zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym, jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (A. Góra – Błaszczkowska, *Postanowienia...*, 2002, s.10 i n.; i m. in. T. Eraciński (w:) *Kodeks postępowania cywilnego...*, t.2, red. T. Eraciński, s. 110).

Wobec powyższego, w związku z faktem, że w części I zamówienia po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu, postępowanie odwoławcze w zakresie części I – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp – należało umorzyć.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 i 2 sentencji orzekła w formie wyroku, w punkcie 3 zaś na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie wydała postanowienie. Co do orzeczenia zawartego w punkcie 1 sentencji Izba orzekła na podstawie 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, nakazując Zamawiającemu wykonanie zaniechanych czynności. W punkcie 3 sentencji Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, biorąc pod uwagę, że Zamawiający uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu, zaś po jego stronie nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W punkcie 4 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zasądziła od wnoszącego sprzeciw połowę uiszczzonego wpisu na rzecz Odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika. W punkcie 5 sentencji Izba orzekła na podstawie

art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, znosząc wzajemnie koszty postępowania odwoławczego. Ponadto na podstawie § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, Izba orzekła o konieczności dokonania zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu zamówień Publicznych kwoty stanowiącej połowę uiszczanego wpisu od odwołania, gdyż uwzględnienie miało miejsce przed rozpoczęciem posiedzenia.

**Przewodniczący:.....**