

Sygn. akt **XXIII Zs 20/22**

## POSTANOWIENIE

Dnia 5 maja 2022 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący: Sędzia Anna Krawczyk

po rozpoznaniu w dniu 5 maja 2022 r. w Warszawie

na posiedzeniu niejawnym sprawy

**ze skargi spółek wchodzących w skład konsorcjum:**

- (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z **siedzibą w W.**,

- (...) s.r.o. z **siedzibą w P., Republika Czeska**

**w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez (...) Metropolię z siedzibą w K.**

**z udziałem odwołującego - wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.**

**na postanowienie o kosztach postępowania odwoławczego zawarte w pkt 3 i pkt 3.2. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3651/21**

**postanawia:**

1. skargę oddalić w całości;
2. zasądzić od skarżących (...) **spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i (...) s.ro. z siedzibą w P., Republika Czeska** na rzecz wykonawcy (...) **spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.** kwotę 450 zł (czteryście pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego - kosztów zastępstwa procesowego.

Sędzia Anna Krawczyk

## UZASADNIENIE

Zamawiający (...) Metropolia z siedzibą w K. (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego pn. „Uruchomienie, zarządzanie i eksploatacja systemu Roweru Metropolitalnego na terenie (...) Metropolii” (nr postępowania: (...)).

W dniu 16 grudnia 2021 r. wykonawca (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu konsorcjum (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz (...) s.r.o. z siedzibą w P. (Czechy) (dalej jako „Przystępujący”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 176 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 128 ust. 1 w zw. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 176 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pomimo, że wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp złożył podmiotowe środki dowodowe nieaktualne na dzień ich złożenia;

3. art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez uznanie za dopuszczalne niewskazanie w oświadczeniu, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp usług, które będą wykonane przez wykonawcę wykazującego w postępowaniu spełnienie warunku udziału dotyczącego doświadczenia, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego zaniechania wykluczenia Przystępującego;

4. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, jeśli Izba uzna ponowne wezwanie za dopuszczalne (zarzut ewentualny, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1) lub pkt 2));

5. art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do treści podmiotowych środków dowodowych;

6. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wyrokiem z dnia 4 stycznia 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania w sprawie sygn. akt KIO 3651/21:

- w pkt 1 uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 2 i 6 odwołania i nakazała zamawiającemu (...)Metropolii z siedzibą w K. unieważnienie wyniku oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i (...) s.r.o. z siedzibą w P. (Czechy) oraz nakazuje zamawiającemu odrzucenie wniosku ww. wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 176 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;

- w pkt 2 oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie;

- w pkt 3 kosztami postępowania obciążyła wnoszących sprzeciw - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i (...) s.r.o. z siedzibą w P. (Czechy) i: w pkt 3.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr poniesioną przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika; w pkt 3.2. zasądziła od wnoszących sprzeciw - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i (...) s.r.o. z siedzibą w P. (Czechy) na rzecz odwołującego (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwotę 18.600 zł 00 gr stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu Izba stwierdziła, że biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu - odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba za zasadne uznała zarzuty nr 1, 2 i 6 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 176 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, art. 128 ust. 1 wzw. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 176 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pomimo, że wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp złożył podmiotowe środki dowodowe nieaktualne na dzień ich złożenia oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.5.4.1) OPIW wymagał złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazu usług, do którego należało załączyć dowody określające, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Izba wskazała, że Przystępujący powołując się w poz. 1 wykazu usług na realizację usługi na rzecz Gminy Miejskiej (...) - Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w K. (usługa wdrożenia i uruchomienia wypożyczalni rowerów (...) Rower Miejski na terenie Gminy Miejskiej (...) a także usługa zarządzania i utrzymania systemu przez cały okres obowiązywania umowy) wskazał okres jej wykonywania od kwietnia 2017 r. do grudnia 2019 r. Przystępujący powinien zatem złożyć referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana, potwierdzające jej należyte wykonanie, wystawione po zakończeniu realizacji usługi. Do wykazu usług złożonego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Przystępujący załączył poświadczenie (...) w K. z dnia 21 kwietnia 2020 r., a zatem dokument wystawiony po dacie wskazanej jako data zakończenia usługi w wykazie usług, niemniej nie potwierdzający ich należytego wykonania. Z treści tego dokumentu wprost wynika, że Koncesjonariusz (konsorcjum (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o.) zaprzestał świadczenia usług z przyczyn leżących po jego stronie, a umowa została wypowiedziana przez (...) w K. w dniu 3 lutego 2020 r. Wyjaśniono w nim, że przyczyną wypowiedzenia umowy było zaprzestanie świadczenia usług przez Koncesjonariusza i brak ich wznowienia pomimo pisemnego wezwania. Z pisma tego nie wynika, aby usługa została wykonana należycie.

Zdaniem KIO, prawidłowo zatem Zamawiający uznał, że poświadczenie (...) w K. z dnia 21 kwietnia 2020 r. nie potwierdza należytej realizacji usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług i wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dowodu potwierdzającego należyte wykonanie tej usługi. W odpowiedzi jednak na to wezwanie Przystępujący również nie złożył dowodów potwierdzających powyższą okoliczność. Przystępujący posłużył się bowiem referencjami wystawionymi w dniu 11 sierpnia 2017 r. oraz 9 kwietnia 2018 r., a zatem referencjami wystawionymi w początkowym okresie realizacji usługi, w trakcie jej wykonywania. Dokumenty te potwierdzają jedynie, że na moment wystawiana referencji usługi były realizowane należycie i nie stanowią dowodu wykazującego fakt należytego wykonania usługi we wskazanym w wykazie usług okresie (od kwietnia 2017 r. do grudnia 2019 r.), gdyż w żaden sposób z nim nie korelują. Argumentacja Przystępującego, iż świadczył on na rzecz (...) w K. usługę w trzech sezonach, a zatem posiada doświadczenie trzykrotnie większe niż wymagane w postępowaniu, nie wpływa na fakt, że Przystępujący nie złożył dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usługi, a jedynie dokument wskazujący, że w chwili jego wystawienia usługa była należycie realizowana. Co więcej, Przystępujący powołując się na powyższą okoliczność nie wyjaśnił nawet, który konkretnie sezon należałoby uznać za referencyjny w tym wypadku i który dokument miałby poświadczać należyte wykonanie usług w tym sezonie (zwłaszcza, że pierwsza z referencji została wystawiona po niespełna 4 miesiącach świadczenia usługi). W ocenie Izby stanowisko Przystępującego abstrahuje od treści złożonego wykazu usług, jak i jest niezgodne z brzmieniem obowiązujących regulacji prawnych, które wskazują na konieczność złożenia dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usługi, a nie jej części, a dodatkowo - jako że mamy do czynienia z usługą wykonaną - wystawionego po zakończeniu realizacji usługi, a nie w trakcie jej wykonywania. Przystępujący takiego dowodu nie złożył (brak jest dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi w pełnym okresie wskazanym w wykazie, brak jest także jakichkolwiek dokumentów, które w ogóle referowałyby do okresu od 9 kwietnia 2018 r. do zakończenia świadczenia usług).

Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.5.4.1) OPiW, ponieważ nie przedstawił dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług. Tym samym odwołanie podlegało uwzględnieniu w części dotyczącej zarzutów nr 1, 2 i 6 odwołania, wobec czego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyniku oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Przystępującego oraz nakazała Zamawiającemu odrzucenie wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 176 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Zarzut nr 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadny. Przedmiotowy zarzut został oparty przez Odwołującego na twierdzeniu, że z uzupełnionego przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp nie wynika, iż członek konsorcjum, który wykazuje doświadczenie w zakresie wdrożenia systemu na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej będzie wykonywał wszystkie czynności, do których zdolności te są wymagane. KIO wskazała, że stanowisko Odwołującego, iż rola wykonawcy BikeU w spornych elementach zamówienia będzie marginalna, a nie wiodąca i jego udział ograniczy się do jednej czynności, a pozostałe zrealizuje inny członek konsorcjum, jest zdaniem Izby zbyt daleko idące i oparte wyłącznie na przypuszczeniach, które nie zostały niczym poparte. Stoi ono także w sprzeczności z wyjaśnieniami Przystępującego, jakie zawarł on w piśmie przewodnim uzupełniając wymagane dokumenty, a z których wynika, że rola drugiego członka konsorcjum ma jedynie charakter wspierający.

Zarzut nr 4 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, jeśli Izba uzna ponowne wezwanie za dopuszczalne, nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę jako zarzut ewentualny, podniesiony na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1 lub 2.

Zarzut nr 5 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do treści podmiotowych środków dowodowych Izba uznała za niezasadny. Przedmiotowy zarzut odnosił się do istniejących w ocenie Odwołującego nieprawidłowości w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.5.4.1) OPiW, uzasadniających zwrócenie się przez Zamawiającego do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie treści podmiotowych środków dowodowych. Zarzut ten okazał się jednak bezprzedmiotowy w świetle faktu, iż Izba uwzględniła zarzuty dalej idące (zarzuty nr 1 i 2) skutkujące nakazaniem Zamawiającemu odrzucenia wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący jednak, w przeciwieństwie do sposobu skonstruowania zarzutu nr 4, nie wskazał, iż również zarzut nr 5 jest zarzutem ewentualnym. Tymczasem wezwanie do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, podobnie jak wezwanie do ich uzupełnienia, w tym przypadku byłoby bezcelowe. Wniosek taki na zasadzie analogii wywieść można z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie wprost wskazano, iż wykonawcy nie wzywa się do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 7 ust. 5 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od wnoszącego sprzeciw Przystępującego na rzecz Odwołującego koszty postępowania w całości z uwagi na wagę zarzutów uwzględnionych dla rozstrzygnięcia odwołania - zarzuty te doprowadziły bowiem do realizacji najdalej idącego żądania odwołania w postaci nakazania Zamawiającemu odrzucenia wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Skargę od powyższego rozstrzygnięcia wniosło Konsorcjum firm: (...) sp. z o.o. w W. i (...) s.r.o. w P. (Czechy), zaskarżając wyrok w części tj. w zakresie pkt 3 oraz 3.2 – w części zasądzonej od Skarżącego na rzecz Przeciwnika

Skargi koszty postępowania odwoławczego ponad kwotę 9.300 zł. tj. w odniesieniu do rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego i obciążenia Skarżącego kosztami tego postępowania w całości wraz z zasądzeniem od Skarżącego na rzecz Przeciwnika Skargi kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, w odniesieniu do, części rozstrzygnięcia zasądzającej od Skarżącego na rzecz Przeciwnika Skargi koszty postępowania odwoławczego ponad kwotę 9 300,00 zł.

Zarzucając naruszenie:

1) art. 575 PZP w zw. z § 7 ust. 4 pkt 1) i 2) 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. poz. 2437), dalej jako: „Rozporządzenie”, poprzez ich niewłaściwe niezastosowanie w stanie faktycznym odpowiadającym dyspozycji ww. przepisów i w konsekwencji błędne obciążenie kosztami postępowania odwoławczego w całości Skarżącego, który uzyskał orzeczenie na swoją korzyść w odniesieniu do połowy (trzech z sześciu) zarzutów odwoławczych;

2) § 7 ust. 5 Rozporządzenia poprzez jego błędne zastosowanie w stanie faktycznym, do którego wskazany przepis nie ma zastosowania i w konsekwencji błędne obciążenie kosztami postępowania w całości Skarżącego, który uzyskał orzeczenie na swoją korzyść w odniesieniu do połowy (trzech z sześciu) zarzutów odwoławczych.

W konsekwencji powyższego skarżący wniósł o orzeczenie, że kosztami postępowania odwoławczego obciąża się po połowie: wnoszących sprzeciw - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i (...) s.r.o. z siedzibą w P. (Czechy) oraz odwołującego - (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.; zasądzenie od wnoszących sprzeciw - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i (...) s.r.o. z siedzibą w P. (Czechy) na rzecz odwołującego - (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwoty 9.300 zł 00 gr stanowiącej połowę kosztów postępowania poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika. Jak również zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę (...) sp. z o.o. w W. wniósł o oddalenie skargi jako bezzasadnej oraz obciążenie Skarżącego kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2022 r. skarżący wniósł replikę na odpowiedź na skargę, w którym to wyjaśnił i podtrzymał zarzuty podnoszone w skardze.

### ***Sąd Okręgowy w Warszawie zważył, co następuje:***

Na podstawie art. 15zsz<sup>1</sup> pkt 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym z dniem 3 lipca 2021 r. sprawa podlegała rozpoznaniu przez Sąd odwoławczy w składzie 1-osobowym.

W ocenie Sądu Okręgowego skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd drugiej instancji podziela w całości poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą ustalenia faktyczne, ich prawną ocenę i w konsekwencji przyjmuje je za własne. Zarzuty skarżącego wskazane w petitum skargi są niezasadne i nie mogą prowadzić do zmiany zaskarżonego wyroku w postulowanym przez niego kierunku.

Argumentacja Skarżącego opiera się na tezie (zarzut z pkt 1, str. 2 skargi), że Skarżący uzyskał orzeczenie na swoją korzyść w odniesieniu do połowy (trzech z sześciu) zarzutów odwoławczych, co w ocenie Konsorcjum (...) stanowi o naruszeniu art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 7 ust. 4 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn.

30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) (dalej: „Rozporządzenie w sprawie kosztów”). Skarżący referując treść Wyroku wskazał: „Z powyższego wynika, że Izba wydając Wyrok rozpoznała wszystkie zarzuty odwoławcze, z których połowę (zarzuty nr 1, 2 i 6) uwzględniła, natomiast połowę (zarzuty nr 3, 4 i 5) oddaliła”.

Po pierwsze, Sąd Odwoławczy wskazuje, że zarzut nr. 4, który Skarżący upatruje jako zarzut rozpoznany i oddalony, co do którego rzekomo uzyskał on korzystne dla siebie rozstrzygnięcie - był zarzutem ewentualnym. W niniejszej sprawie KIO nie rozstrzygała tego zarzutu, zatem w konsekwencji nie sposób uznać, aby Skarżący uzyskał korzystne dla siebie rozstrzygnięcie co do niego. W treści odwołania zarzut ten został skonkretyzowany w następujący sposób: „art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum (...) do złożenia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, jeśli Wysoka Izba uzna ponowne wezwanie za dopuszczalne (zarzut ewentualny, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1) lub pkt 2)”. W związku z uwzględnieniem zarzutu z pkt 1) i 2), w Wyroku Krajowa Izba Odwoławcza nie rozstrzygała o nim, co wynika explicite z treści Wyroku: „Zarzut nr 4 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, jeśli Wysoka Izba uzna ponowne wezwanie za dopuszczalne, nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę jako zarzut ewentualny, podniesiony na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1 lub 2”. Zdaniem Sądu Okręgowego nie sposób uznać przedmiotowego zarzutu za nieuzasadniony, bowiem Izba w ogóle o nim nie rozstrzygała. Jak zostało to słusznie wyjaśnione w odpowiedzi na skargę, Odwołujący jako dysponent złożonego przez siebie odwołania był uprawniony do postawienia zarzutów w taki sposób, co zostało przyjęte przez KIO. Tym samym zarzut ten nie powinien być uwzględniany w obliczaniu proporcji liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, w myśl § 7 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia w sprawie kosztów. Żadna ze stron nie uzyskała korzystnego ani niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia co do tego zarzutu.

W ocenie Sądu Okręgowego, skarżący pozostaje w błędzie co do treści wyroku i na tym błędnym przekonaniu oparł zarzuty skargi, co wskazuje na jego bezpodstawność.

W konsekwencji, Konsorcjum (...) po części także na tej podstawie wywodzi wadliwe wnioski w zakresie zasadności zastosowania przez Krajową Izbę Odwoławczą regulacji z §7 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie kosztów.

Skarżący pomija również istotną treść uzasadnienia Wyroku w zakresie zarzutu nr 5 odwołania, tj. zarzutu naruszenia „art. 128 ust. 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum (...) do złożenia wyjaśnień co do treści podmiotowych środków dowodowych”. Wskazać należy, że zarzut ten w przeciwieństwie do zarzutu nr 4 został merytorycznie rozpoznany przez KIO, co znalazło odzwierciedlenie w treści Wyroku. W tym miejscu Sąd Okręgowy pragnie przytoczyć obszerny fragment uzasadnienia Izby, z którego jasno wynika, że Izba odniosła się do powyższego zarzutu. W uzasadnieniu wyroku KIO wskazano, że „rację należy przyznać Odwołującemu, iż okres świadczenia usługi wskazanej przez Przystępującego w poz. 5 wykazu usług nie obejmuje pełnego sezonu, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z OPIW. Zamawiający wskazał, iż przez jeden sezon całoroczny należy rozumieć co najmniej 12 następujących po sobie miesięcy nieprzerwanego funkcjonowania systemu zaś w przypadku innych systemów sezonowych minimum 7 miesięcy. Zamawiający wymagał zatem, aby w przypadku innych systemów niż całoroczny (jak system w Ł., na który powołał się Przystępujący w poz. 5 wykazu), usługa realizowana była przez okres minimum 7 miesięcy nieprzerwanego funkcjonowania systemu, przy czym okres 7 miesięcy został wskazany jako minimalny. Skoro — jak wynika ze złożonych referencji - usługa realizowana przez Przystępującego trwała od 27 kwietnia 2019 r. do 1 listopada 2019 r. (a nie od 11 lutego 2019 r., jak podano w wykazie usług), to znaczy, że obejmowała jedynie 6 miesięcy i 5 dni, a jako taka nie kwalifikowała się jako usługa, na którą można było się powołać w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 1.5.4.1) OPIW. Zamawiający dopuścił bowiem możliwość sumowania ilości rowerów i stacji, jakie obejmowały poszczególne usługi, ale nie okresów świadczenia tych usług. Niemniej, jak słusznie zauważył Zamawiający, pozostałe usługi wskazane w poz. 2-4 wykazu usług (których prawidłowość nie była kwestionowana — poz. 2 lub nie została podważona w postępowaniu odwoławczym — poz. 3 i 4), spełniały łącznie wymagania warunku w zakresie ilości rowerów i stacji. W konsekwencji, gdyby w postępowaniu odwoławczym za prawidłowa uznano również usługę wskazaną w poz. 1 wykazu usług, to pomimo, że usługa z poz.

5 wykazu nie mogła być wzięta pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 1.5.4.1) OPiW warunek ten mógłby zostać uznany za spełniony, gdyż usługi wskazane w poz. 2-4 łącznie obejmowały ponad 1500 rowerów i 150 stacji. Zatem w tej sytuacji zarzut dotyczący poz. 5 wykazu usług nie mógł mieć wpływu na wynik postępowania”.

Dlatego też, mając na uwadze powyższe, zarzut Przeciwnika skargi był zasadny, a nie został uwzględniony ze względu na brak wpływu na wynik postępowania. Podkreślić należy, że w świetle okoliczności, że Skarżący był już wzywany do uzupełnienia wykazu usług w zakresie pozycji 1 tego wykazu, co zgodnie z zasadą jednokrotności wezwania nie mogło nastąpić po raz kolejny, to tym samym Konsorcjum (...) podlegało wykluczeniu z postępowania, a wyjaśnienia pozycji 5 wykazu usług nie mogło już niczego zmienić - nie miało wpływu na wynik postępowania.

Sąd Okręgowy podziela przy tym klarowną argumentację zawartą w odpowiedzi na skargę, gdzie wyjaśniono, że opisane powyżej okoliczności wskazują, że w Wyroku trzy zarzuty uwzględniono, jeden nie rozpoznano w ogóle (zarzut ewentualny), jeden uznano za nieposiadający wpływu na wynik postępowania (choć przyznano rację Przeciwnikowi skargi co do podniesionych wątpliwości w zakresie pozycji 5 wykazu usług), zaś jeden zarzut został uznany za niezasadny (zarzut nr 3). Tym samym rozpoznaniu podlegało 5 a nie 6 zarzutów, jak twierdzi Skarżący. Co do 4 z nich zgodnie z treścią uzasadnienia Wyroku, Krajowa Izba Odwoławcza uznała zasadność argumentacji (...), choć uznała, że jeden z nich nie ma wpływu na wynik postępowania i nie może być uwzględniony. Tym samym jedynie jeden zarzut został uznany za merytorycznie bezpodstawny - zarzut nr 3. Zatem w konsekwencji czysto arytmetyczna ocena, potwierdza prawidłowość Wyroku w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach.

W ocenie Sądu Okręgowego decydujące znacznie miał jednak cel stron postępowania przed KIO kontynuowanego wobec sprzeciwu skarżących co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego – zatem ostatecznie ich należy traktować jako przeciwników odwołania – zmierzającego do wykluczenia ich z postępowania. Przy tak sformułowanym żądaniu odwołującego i uwzględnieniu tegoż przez KIO należy uznać, że to skarżący przegrali sprawę z odwołania – efekt zamierzony przez odwołującego się został osiągnięty w 100%,.

Dlatego też zastosowanie §7 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie kosztów było w pełni uzasadnione.

Skarżący powołuje się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 listopada 2016r., sygn. akt XXIII Ga 880/16. Zgodnie z treścią tego wyroku, w stanie faktycznym, który legł u jego połowę zarzutów uwzględniono, połowę oddalono. W niniejszym stanie faktycznym taka proporcja nie zachodzi, co wyjaśniono w niniejszym uzasadnieniu. Co więcej, wyrok ten dotyczył odwołania, w którym kwestionowano **treść dokumentacji przetargowej** - specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem etapu przed składaniem ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W tego typu postępowaniu – gdy skutek odwołania część postanowień specyfikacji warunków zamówienia pozostaje, a część ulega zmianie lub zostaje wycofana – do czynienia mamy właśnie z oceną wyniku sprawy wedle ilości zarzutów uwzględnionych i nieuwzględnionych. W sprawie niniejszej wynik sprawy to wygrana odwołującego, nie ma przy tym znaczenia ile zarzutów odwołania było podstawą uwzględnienia żądania. Można to porównać do postępowania procesowego o zapłatę - nie ma znaczenia ile zarzutów podniesionych w apelacji wywoła zamierzony przez apelującego skutek w postaci np. zmiany wyroku, przy braku oddalenia apelacji w części – wynik sprawy jest 1:0 da apelującego i to jemu na mocy art. 98 k.p.c. koszty postępowania apelacyjnego będą należne.

Końcowo Sąd Odwoławczy zwraca uwagę na fakt, że Rozporządzenie jedynie precyzuje pewne kwestie, zasadę ponoszenia kosztów postępowania reguluje Ustawa – i nakazuje przyznać te koszty wedle wyniku sprawy.

Reasumując, waga i rodzaj zarzutu nieuwzględnionego nie ma znaczenia dla zastosowania § 7 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie kosztów, co dodatkowo wskazuje na bezpodstawność zarzutów Konsorcjum (...).

Mając powyższe na uwadze, działając w granicach skargi i zaskarżenia, Sąd Okręgowy orzekł jak w wyroku i na podstawie art. 588 ust. 1 nPZP oddalił skargę – gdyż prawidłowe było rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego uzależnione od wyniku sprawy (odwołujący ją wygrał).

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 nPZP, stosownie do wyniku postępowania. Skarżący przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez przeciwnika skargi (Zamawiającego) w całości. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów (ustalonych od wskazanej w skardze wartości przedmiotu zaskarżenia), Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 2 pkt 3 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. 2015 r., poz. 1800 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi, z uwzględnieniem 50% stawki minimalnej, biorąc pod uwagę wartość przedmiotu zaskarżenia. Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż niniejsze postępowania należy do spraw cywilnych, do których zastosowanie mając ogólne przepisy dotyczące stawek zastępstwa procesowego – dlatego przyznano 450 z 900 złotych kosztów zastępstwa procesowego.

Sędzia Anna Krawczyk