Sygn. akt: KIO 693/21

POSTANOWIENIE
z dnia 31 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Kuszel - Kowalczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 31 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 4 marca 2021 r. przez wykonawcę **Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie**w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Utylizacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**
przy udziale wykonawcy **Eggersmann Anlagenbau GmbH z siedzibą w Marienfeld** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1.odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów od 1 do 5 odwołania,
2.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 6 odwołania,
3.kosztami postępowania obciąża odwołującego **Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie** i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postepowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania
- 3.2. zasądza od odwołującego **Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie** na rzecz zamawiającego **Zakład Utylizacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa przez Izbą

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 693/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Zakład Utylizacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja instalacji do sortowni odpadów – dostawa i montaż maszyn w ramach przedsięwzięcia „modernizacja sortowni odpadów w Zakładzie Utylizacyjnym w Gdańsku", nr ref. 53/PN/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 stycznia 2021 r. pod numerem 2021/S 001-000450. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej „nPzp").

W dniu 4 marca 2021 r. wykonawca Control Process z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na sporządzeniu dokumentacji postępowania w tym SIWZ, ogłoszenia z naruszeniem przepisów ustawy. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 nPzp poprzez określenie warunków udziału w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przekraczający minimalny poziom zdolności wymagany do prawidłowego wykonania zamówienia oraz w sposób dyskryminujący podmioty i osoby pochodzące spoza Polski,
2.art. 121 pkt 2) nPzp poprzez nadmierne zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia,
3.art. 16 pkt 1) w zw. z art. 99 ust. 4 nPzp poprzez zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia części zamówienia, która może być wykonana przez jednego Wykonawcę, a co za tym idzie ograniczenie konkurencji w całym zamówieniu,
4.art. 112 ust. 1 w zw. z art. 106 ust. 2 i 3 oraz art. 126 ust. 6 nPzp w zw. z § 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez żądanie dokumentów nieprzewidzianych w przepisach prawa i wymagających udziału podmiotu trzeciego, nie uczestniczącego w postępowaniu,
5.art. 240 i 241 nPzp poprzez określenie kryterium „Doświadczenie Projektanta" w sposób nieracjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia
6.art. 90 ust. 2, art. 137 ust. 6 nPzp poprzez określenie terminu składania ofert jako zbyt krótki oraz nie wystarczający do zapoznania się ze zmienioną dokumentacją i przygotowania oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

I. w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej, wprowadzenie niżej wymienionych zmian:
1. W pkt 9.2. 2) lit. a IDW:
   a) w miejsce zapisu „min. 12 separatorów opto-pneumatycznych z kontrolą końcową jakości w kabinach sortowniczych" zapisu „min. 5 separatorów opto-pneumatycznych z kontrolą końcową jakości w kabinach sortowniczych",
   b) w miejsce zapisu „System buforowania sterowany bezpośrednio z systemu wizualizacji (SCADA) wyposażony w co najmniej 5 przenośników bunkrowych oraz (…) prasy belującej:" zapisu „System buforowania sterowany bezpośrednio z systemu wizualizacji (SCADA).",
2. Usunięcie pkt 9.2. 2) lit. b IDW.
3. Zmianę w pkt 9.2. 2) lit. c IDW polegającą na usunięciu części wymagania rozpoczynającej się od słów*„Zakres objęty przedmiotem zamówienia winien (…)"* do słów *„stację kompresorów sprężonego powietrza"* lub dopuszczenie wykonania czynności opisanych w tym zakresie (modernizacja lub naprawa lub doposażenie, w poszczególne urządzenia), w ramach różnych zamówień. Tzn. w ramach zamówień które obejmują wyłącznie wykonanie czynności opisanych w zakresie (każda czynność w ramach innego zamówienia), bez konieczności ich wykonania w ramach

zamówienia obejmującego: *„projekt technologiczny oraz realizację (kompletacja, dostawa, montaż, rozruch, uruchomienie) modernizacji i/lub naprawy i/lub doposażenia instalacji do sortowania odpadów komunalnych zmieszanych i/lub zbieranych selektywnie o przepustowości min. 12 Mg/h wraz z wykorzystaniem urządzeń będących w posiadaniu i wcześniejszym użytkowaniu przez Zamawiającego, tj. w szczególności:*

- *urządzenia do rozdrabniania lub rozrywania z funkcją dozowania odpadów,*
- *sit bębnowych,*
- *przenośników,*
- *kabin sortowniczych,*
- *separatorów metali żelaznych i nieżelaznych,*
- *automatycznej prasy belującej,*
- *separatorów opto-pneumatycznych,*
- *stacji kompresorów,*
- *systemu wizualizacji i sterowania (SCADA) wraz z integracją urządzeń funkcjonujących uprzednio w linii technologicznej z urządzeniami nowymi."*

4. Zmianę w pkt 9.2. 3) lit. b IDW zapisu „(…) do sortowania odpadów komunalnych wyposażoną w min. 15 separatorów optycznych" na zapis „(…) do sortowania odpadów komunalnych wyposażoną w min. 5 separatorów optycznych",
5. Zmianę w pkt 9.2. 3) lit. e IDW zapisu „(…) minimum 10 (dziesięciu) separatorów (…) na zapis „(…) minimum 5 (pięciu) separatorów (…)" oraz usunięcie zapisu „w każdym roku",
6. Zmianę w pkt 9.2. 3) lit. f IDW zapisu „(…) co najmniej 10 separatorów opto-pneumatycznych (…) na zapis „(…) co najmniej 5 separatorów opto-pneumatycznych (…)"
7. Usunięcie pkt 9.2. 6) IDW.
8. Zmianę brzmienia pkt 9.2.1) lit. b) w taki sposób, że wystarczające jest osiągnięcie wskazanego przychodu w obszarze objętym zamówieniem jednokrotnie w okresie ostatnich 3 lat

II. W zakresie zarzutu wskazanegow pkt 2 – usunięcie z IDW zapisu o treści „UWAGA: Zamawiający, na podstawie art. 121 ustawy PZP, zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy."

III. W zakresie zarzutu wskazanegow pkt 3 – usunięcie zakresu zamówienia zawartego na stronie 157 – rozpoczynającego się od słów: *„Należy zapewnić dostawę pakietu części zamiennych i zużywających dla używanych separatorów optycznych (SO) (...)"*lub dopuszczenie dostarczenia części zamiennych nie pochodzących od producenta, tj. części zamiennych (tzw. „zamienników")/alternatywnych/uniwersalnych.

IV. W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 4 – usunięcie z wymagań określonych w dokumencie „WYKAZ MASZYN URZĄDZEŃ" wszelkich zapisów dokonywanych przez podmioty trzecie, nie będące Wykonawcą – w szczególności zapisów o treści:
„Potwierdzenie przez producenta urządzenia parametrów technicznych wskazanych w niniejszym formularzu dla oferowanego urządzenia oraz wskazanego autoryzowanego serwisu urządzenia Pieczęć firmowa producenta, pieczęć imienna i podpis osoby upoważnionej".
Zmiana brzmienia zapisu „Adres autoryzowanego serwisu producenta jak również imię i nazwisko oraz telefoniczny numer kontaktowy do specjalisty ds. serwisu, z którym możliwy jest kontakt w języku polskim w godz. od 8 do 18" na „Adres autoryzowanego serwisu producenta oraz telefoniczny numer kontaktowy do serwisu, z którym możliwy jest kontakt w języku polskim w godz. od 8 do 18"

V. W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 5 – poprzez zmianę punktacji w zakresie „Doświadczenie Projektanta technologa wyznaczonego do realizacji zamówienia (D)" w taki sposób, że za każdy wykonany projekt technologiczny będzie przyznawane 2 pkt, aż do uzyskania 10 pkt (tj. za 5 dodatkowych projektów).

VI. W zakresie zarzutu wskazanego wpkt 6 – poprzez wyznaczenie terminu składania ofert na termin nie krótszy niż 30 dni od daty wydania wyroku w sprawie niniejszej.

Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał kopię odwołania innym wykonawcom w dniu 5 marca 2021 r. W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy nPzp wykonawca Eggersmann Anlagenbau GmbH z siedzibą w Marienfeld zgłosił skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2021 r.

Izba wydając w niniejszej sprawie postanowienie w postępowaniu odwoławczym, stosowała przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. oraz wydane na ich podstawie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. 2020, poz. 2437)w zakresie kosztów tego postępowania.

Jak wskazano powyżej: ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 stycznia 2021 roku. W tym samym dniu, tj. 4 stycznia 2021 roku, zamawiający opublikował Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia na swojej stronie internetowej.

Zamawiający w dniu 24 marca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w części tj. w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 6 odwołania, w pozostałym zakresie zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania jako bezpodstawnego i wniesionego po terminie na posiedzeniu niejawnym oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z fakturą załączoną do odpowiedzi na odwołanie.

Zgodnie z informacjami zamawiającego odwołujący 14 stycznia 2021 r. wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego. Zarzuty sprowadzały się do kwestionowania prowadzenia przez zamawiającego postępowania na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, kiedy według Odwołującego należało stosować przepisy nPzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z dnia 12.02.2021 r. (sygn. akt KIO 185/21). Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie odpowiedniej modyfikacji treści ogłoszenia i dokumentów zamówienia, poprzez ich dostosowanie do obowiązującej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.). Zamawiający podał, iż prawidłowo wykonał wyrok i zmodyfikował w dniu 22 lutego br. dokumenty postępowania poprzez dostosowanie ich do siatki pojęciowej nowej ustawy Pzp. Jak wskazał zamawiający dokonane przez zamawiającego zmiany nie wpłynęły na modyfikację wymagań wobec

wykonawców, w szczególności jeśli chodzi o:

1)określenie warunków udziału w postępowaniu,
2)obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia,
3)opis przedmiotu zamówienia,
4)wykaz dokumentów jakich Zamawiający może żądać od wykonawcy;
5)kryteriów oceny ofert.

Ponadto Zamawiający wskazał, że w stosunku do zmian dokonanych przez Zamawiającego w dniu 22 lutego br. odwołujący podniósł tylko jeden zarzut - że wyznaczony przez Zamawiającego nowy termin składania ofert jest zbyt krótki na przygotowanie i złożenie oferty.

W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, że zmiana dokumentów postępowania stanowi czynność, na którą zgodnie z art. 513 pkt 1 nPzp przysługuje odwołanie jedynie w zakresie, który uległ zmianie. Zmiana dokumentów w innym zakresie nie „przywraca" terminu do zaskarżenia postanowień, które nie były przedmiotem zmian.

Powyższe, w ocenie zamawiającego, oznacza, że termin na wniesienie odwołania w zakresie objętym zarzutami 1)-5) odwołania biegnie od dnia 4 stycznia 2021 r.

W konsekwencji, zamawiający stwierdził, że odwołującemu upłynął wynikający z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp termin na wniesienie odwołania. W zakresie zarzutów Odwołującego rozpoczął on bowiem bieg z chwilą opublikowania dokumentów postępowania.

Oznacza to, że odwołanie zostało wniesione po terminie, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp.

W dniu 29 marca 2021 r. odwołujący złożył pismo, w którym wskazał, że odwołanie winno zostać rozpoznane na rozprawie i uwzględnione w całości. Ponadto odwołujący w piśmie tym podniósł, że pierwotna dokumentacja opracowana była na podstawie nieobowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. i niemożliwe byłoby badanie (w toku postępowania odwoławczego) zgodności tej dokumentacji z przepisami prawa, gdyż niedopuszczalnym byłoby stawianie jako wzorca normatywnego ustawy już nieobowiązującej, a żeby postawić jako wzorzec normatywny ustawę nową, należałoby tą dokumentację dostosować, gdyż w sposób oczywisty ona z nową ustawą jest niezgodna. Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający nie dokonywał modyfikacji „starej" dokumentacji, tylko w dniu 22 lutego 2021 r. ogłosił nową dokumentację (SWZ). Tym samym, o ocenie odwołującego, argumentacja zawarta w piśmie procesowym nie polega na prawdzie – Zamawiający nie modyfikował/nowelizował dokumentacji z 30 grudnia 2020 r., a wprowadził nową dokumentację z dnia 17 lutego 2021 r. Wobec powyższego odwołujący stwierdził, że w dniu 22 lutego 2021 r. zaistniała po raz pierwszy prawidłowa dokumentacja (SWZ) dla postępowania i rozpoczął bieg siebie terminu na złożenie odwołania, stosownie do art. 515 ust. 2 pkt 1 nPzp.

Izba działając z urzędu w oparciu o dokumentację postępowania oraz mając na uwadze stanowisko zamawiającego i odwołującego, stwierdziła, że odnośnie zarzutów od 1 do 5 odwołania została wypełniona przesłanka z art. 528 pkt 3 nPzp skutkująca ich odrzuceniem odwołania w tym zakresie.

Zgodnie z artykułem 528 pkt 3 nPzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W przypadku, gdy podstawy odrzucenia nie dotyczą całego odwołania, lecz poszczególnych zarzutów, ww. przepisy stosuje się odpowiednio do tych zarzutów stwierdzając, iż odrzuceniu podlega odwołanie w tym zakresie.

Zgodnie z artykułem 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Izba wydając rozstrzygnięcie co do zarzutów od 1 do 5 odwołania wzięła pod uwagę ugruntowane stanowisko Izby, wskazujące, że jeżeli odwołujący wiąże początek biegu terminu na wniesienie odwołania z datą zmiany dokumentów postępowania, to ta zmiana musi być związana z podnoszonymi zarzutami w taki sposób, że przed dokonaniem tej zmiany przez zamawiającego podniesienie zarzutu objętego odwołaniem byłoby niemożliwe (por. np. postanowienie KIO z dnia 09 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1810/13). Izba uznała, że zarzuty od 1 do 5 odwołania, nakierowane są na zmianę wymagań i reguł ustalonych przez zamawiającego już w pierwotnym ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, i jako takie nie mogą być przez Izbę rozpatrzone, gdyż są spóźnione. Odwołujący nie wykazał, iż brak było możliwości podnoszenia tych zarzutów już w pierwszym składanym odwołaniu rozpoznanym przez Izbę (sprawa o sygn. akt. KIO 185/21). W szczególności Izba nie podziela stanowiska odwołującego, stwierdzającego, że aby postawić jako wzorzec normatywny ustawę nową, należałoby tę dokumentację dostosować do nowych regulacji i dopiero wówczas możliwe byłoby ewentualne zaskarżenie tej nowej dokumentacji, gdy jak wynika z odwołania wniesionego w dn. 14 stycznia 2021 r. odwołujący miał świadomość jakie przepisy do niniejszego postępowania mają zastosowanie i możliwe było kwestionowanie wymagań zamawiającego w kontekście tych przepisów.

Odwołujący wniósł w dn. 14 stycznia 2021 r. odwołanie ogólnie rzecz ujmując wobec sporządzenia dokumentacji postępowania w oparciu o nieobowiązującą ustawę Prawo zamówień publicznych tj. o ustawę z dn. 29 stycznia 2004 r., nie podnosząc żadnych zarzutów wobec jej merytorycznej treści. Wobec uwzględnienia przez Izbę wniesionego odwołania, zamawiający w dn. 22 lutego br. opublikował sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikację Warunków Zamówienia dostosowane do regulacji nPzp. Należy zauważyć, iż Izba wyrokując w sprawie o sygn. akt. KIO 185/21, nie nakazała unieważnienia postępowania lecz dokonanie odpowiedniej modyfikacji treści ogłoszenia i dokumentów zamówienia, poprzez ich dostosowanie do obowiązującej ustawy nPzp i przyjęła, że mamy do czynienia z ogłoszonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, do którego stosować powinno się reguły nPzp.

Izba ustaliła, że zarówno SIWZ opublikowana 4 stycznia 2021 r. jak i SWZ opublikowana 22 lutego 2021 r. zawierały postanowienia, do których zmiany lub usunięcia dąży odwołanie, w tożsamym brzmieniu. Zmiana dokumentacji nie zmieniła brzmienia skarżonych elementów SWZ – wymagania i reguły te znane były wykonawcom od momentu pierwotnego tekstu ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w dniu 4 stycznia 2021 r. W ocenie Izby, zmiana podstawy prawnej w oparciu o którą prowadzone jest postępowanie, nie daje podstawy do uznania, że termin na wniesienie odwołania należy liczyć od momentu publikacji zmienionych dokumentów postępowania, o ile ich treść w warstwie merytorycznej - której dotyczy zaskarżenie, nie uległa zmianie. W takiej sytuacji brak było podstaw do założenia, iż zamawiający dostosowując postanowienia dokumentacji postępowania do nowych regulacji zmieni je w warstwie merytorycznej dot. np. warunków udziału, kryteriów oceny ofert czy też sposobu i zasad realizacji zamówienia. W związku z tym, termin na skarżenie tych treści, stosownie do art. 515 ust. 2 pkt 1 nPzp, wynosił 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej i upłynął w dniu 14 stycznia 2021 r. (tj. w

dniu wniesienia pierwszego odwołania przez Odwołującego).
Wykonawca przy dochowaniu należytej staranności powinien skorzystać z przysługujących mu środków ochrony w terminie uwzględniającym datę pierwotnej publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ. Powoływanie się na uzyskanie prawa do złożenia odwołania kwestionującego te aspekty po zmianie ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ, która w merytorycznym zakresie ich nie obejmowała jest nieuprawnione, gdyż zaskarżenie tych elementów dokumentacji było możliwe od momentu ich pierwotnej publikacji.
Reasumując Izba stwierdza, że termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i przyznanie odwołującemu prawa do zaskarżenia treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SWZ w zakresie opublikowanym w dniu 4 stycznia 2021 r. dopiero w dniu 4 marca 2021 r. wobec obowiązywania 10 dniowego terminu na wniesienia odwołania jest niedopuszczalne i stanowiłoby nadużycie prawa.
W postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi możliwe jest przywrócenie terminu na podstawie artykułu 585 ustawy nPzp.
W odniesieniu do wniesienia odwołania w postępowaniu odwoławczym do Krajowej Izby Odwoławczej ustawa nPzp nie przewiduje takiej możliwości.
Tym samym Izba uznała, że odwołanie w zakresie zarzutów od 1 do 5 zostało wniesione po terminie przewiedzianym w ustawie nPzp.

W tym stanie rzeczy Izba postanowiła, działając na podstawie art. 528 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1) nPzp odrzucić odwołanie we wskazanym powyżej zakresie. Jednocześnie Izba miała na względzie, iż informacja o częściowym odrzuceniu odwołania powinna znaleźć się w sentencji orzeczenia, a nie tylko w jego uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 nPzp ustawodawca nie przewidział bowiem możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu orzeczenia, (którym, stosownie do art. 553 nPzp jest również postanowienie) wydanego przez Izbę, jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15, w której Sąd uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji, o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Uchwała ta wydana została na podstawie uprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz w ocenie Izby, zachowuje swoją aktualność.

Wobec powyższego rozpatrzeniu przez Izbę podlegał zarzut nr 6, który został uwzględniony przez zamawiającego.
Zarządzeniem z dnia 26 marca 2021 r. Izba wezwała wykonawcę Eggersmann Anlagenbau GmbH z siedzibą w Marienfeld, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania. W ww. terminie przystępujący po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w części - pismem z dnia 29 marca 2021 r. ww. przystępujący oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 6 odwołania.
Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 4 ustawy nPzp. Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, natomiast wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po jego stronie nie wniósł sprzeciwu wobec tego uwzględnienia. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy nPzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy nPzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 9 ust. 3 pkt 2 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).

Przewodniczący:……