Sygn. akt: KIO 920/22

POSTANOWIENIE
z dnia 22 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 22 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2022 r. przez odwołującego: Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie (ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa),

przy udziale wykonawcy:

A. B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz)

B. SAFEGE S.A.S., z siedzibą w Nanterre (Parc de l'Ile rue du Port 15-27, 92022 Nanterre, Francja)

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie (ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa) kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

3. Nie uwzględnia wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w kwocie 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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.

Sygn. akt KIO 920/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 1 kwietnia 2022 r. odwołującego: Związek Ogólnopolski

Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na

podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, którego przedmiotem jest: „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego Opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Prace na obwodnicy towarowej Poznania". Numer referencyjny: 9090/IRZU/00307/00142/22/P. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22.03.2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2022/S 057-150551.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 Pzp w związku z art. 353 1, art. 5, art. 58 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego oraz art. 439 ust 2 pkt 2 lit b i pkt 3) PZP w związku z art. 58 S 1 Kodeksu cywilnego poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego jako organizatora przetargu i wbrew obowiązkom ustawowym oraz wbrew zasadom współżycia społecznego, w sposób Stanowiący co najmniej nadużycie prawa, ukształtowanie postanowień Warunków Umowy (Tom II Specyfikacji Warunków Zamówienia) dotyczących przewidzianego w S 21 ust. 9 Warunków Umowy limitu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę Stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania;

2. art. 433 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie określenia w projektowanych postanowieniach umowy minimalnej wartości lub wielkości Świadczenia stron pomimo tego że warunki umowy przewidują zmniejszenie zakresu przedmiotowego lub skrócenia terminu realizacji Umowy,

3. art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP w związku z art. 353 (1) art. 5 Oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego oraz art. 433 pkt 1 i 3 Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego jako organizatora przetargu i wbrew Obowiązkom ustawowym oraz wbrew zasadom współżycia społecznego w sposób stanowiący co najmniej nadużycie prawa, ukształtowanie postanowień § 27 Warunków Umowy (Tom II Specyfikacji Warunków Zamówienia) zgodnie z którym w okresie zawieszania Usługi w zakresie Kontraktu budowlanego Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie odpowiednio za Usługi dla danego Kontraktu budowlanego G) Oraz zgodnie z którymi Okres zawieszenia nie jest wliczany do

Okresów wskazanych w § 3 ust. 2 urnowy pomimo jednoczesnego wyłączenia możliwości zatrudniania członków Zespołu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania dokumentów zamówienia poprzez:

1) podwyższenie poziomu łącznej wartości korekt wynikającej z waloryzacji Wynagrodzenia

wykonawcy z uwzględnieniem prognozowanego wzrostu inflacji/ wynagrodzeń nie mniej jednak niż 5% rocznie,

2) określenie w projektowanych postanowieniach umowy minimalnej wartości tub wielkości Świadczenia stron,

3) wykreślenia postanowień Warunków Umowy (§ 27 ust. 3) przewidujących, Że „w okresie zawieszania Usługi w zakresie Kontraktu budowlanego Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie Odpowiednio za Usługi dla danego Kontraktu budowlanego' oraz określenie zasad wynagradzania Zespołu w okresie zawieszenia usługi.

Wskazał, że (...) Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Zgodnie z art.

505 ust. 2 PZP Środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postepowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia O konkursie oraz dokumentów zamówienia, Oprócz podmiotom określonym w art. 505 ust. 1 Pzp przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 Pzp, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorstw. Decyzją Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 30.04.2021 (numer decyzji IJZP/DP/022/1120/PL) Odwołujący został wpisany na listę Organizacji uprawnionych do wnoszenia Środków Ochrony prawnej, Co jest wystarczające dla uznania jego legitymacji do wniesienia odwołania. (...)

W uzasadnieniu zarzutów wskazał w szczególności (cyt.):

VII. OGÓLNE UZASADNIENIE PRAWNE ZARZUTÓW

1. Zamawiający prowadzi postępowanie jako zamówienie sektorowe w trybie przetargu nieograniczonego, którego celem jest zawarcie umowy na Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego Opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Prace na obwodnicy towarowej Poznania".

2. Projektowane postanowienia umowy wskazane w Warunkach Umowy Są obok Specyfikacji Warunków Zamówienia dokumentami o znaczeniu w postępowaniu O udzielenie zamówienia publicznego. Dokumenty te wyznaczają bowiem obowiązki stron stosunku zobowiązaniowego, w tym obowiązki wykonawców obciążające ich na wypadek ewentualnego uzyskania zamówienia Oraz warunki, jakie muszę spełniać w związku z zamiarem ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym na zamawiającym ciąży Obowiązek sporządzenia projektowanych postanowień umowy oraz SWZ w sposób jasny i precyzyjny celem zapewnienia wykonawcom możliwości złożenia oferty oraz prawidłowej realizacji zamówienia.

3. Swoboda kształtowania postanowień umownych przez zamawiającego publicznego nie może oznaczać dowolności i nieproporcjonalności w ich konstruowaniu. Aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, Że: „jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy Obu Stron, a sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353 k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). W ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353 k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zawierającym niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c. ” (wyrok KIO 401/20, KIO 403/20; podobnie: wyrok KIO 2296/20).

4. Ciążący na Zamawiającym obowiązek przeprowadzenia postepowania z zachowaniem zasady zachowania uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1) oznacza obowiązek ukształtowania postępowania w sposób umożliwiający wykonawcom złożenie porównywalnych Ofert.

5. Ciążący na Zamawiającym obowiązek przeprowadzenia postępowania z zachowaniem zasady przejrzystości (art. 16 pkt 2) Oznacza obowiązek określenia postanowień umowy z uwzględnieniem ustaleń dokonanych przez Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania.

6. Ciążący na Zamawiającym Obowiązek przeprowadzenia postepowania z Zachowaniem zasady proporcjonalności (art. 16 pkt 3) oznacza obowiązek zachowania równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu najkorzystniejszej Oferty a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z możliwości wykonania zamówienia.

VIII. SZCZEGÓŁOWE ZARZUTY DOTYCZĄCE PROJEKTOWANYCH POSTANOWIEŃ UMOWY 1

Zgodnie z § 21 Warunków umowy:

> 1. Wynagrodzenie miesięczne Wykonawcy będzie korygowane dla Oddania wzrostów lub spadków kosztów związanych z realizacją zamówienia, zgodnie z ustępami 2 - 10 w oparciu 0 wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych („CPI") oraz przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego brutto w sektorze przedsiębiorstw - budowa inżynierii lądowej i wodnej („R") publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (zwanego dalej „Prezesem GUS”) w Dziedzinowej Bazie Wiedzy.
>
> (...)
>
> 1. Wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji wskazanej w ust. 2 na warunkach Opisanych w niniejszym paragrafie, począwszy Od pierwszego miesiąca, w którym dochodzi do zmiany cen lub kosztów wyliczonych zgodnie ze wzorem wskazanym w ust. 3, z uwzględnieniem Ograniczenia wskazanego w ust. 9.
>
> 2. (...)

9. Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/•) 5 % Wynagrodzenia netto. Przez łączną wartość korekt należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z waloryzacji. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek kosztów nie jest objęta postanowieniami Umowy, będzie się uważało, że całkowite wynagrodzenie brutto uwzględnia wzrosty lub spadki kosztów. (...)

Ograniczenie mechanizmu waloryzacji do 5 % Wynagrodzenia netto. przeczy celom zakładanym przez Ustawodawcę, gdyż znany zamawiającemu poziom inflacji w pierwszym roku realizacji zamówienia jest większy niż zakładany w umowie próg waloryzacji.

Odwołujący zwraca uwagę Że szacując wartość zamówienia Zamawiający obowiązany był zapoznać się zarówno z prognozowanym poziomem inflacji jaki i prognozowanym wzrostem wynagrodzeń. Powinien zatem uwzględnić, że przeciętne wynagrodzenie brutto w sektorze przedsiębiorstw w styczniu 2022 roku wyniosło 6 064,24 zł, Co oznacza wzrost 0 9,5 proc. rdr. Zgodnie z powszechnie dostępnymi prognozami zakłada się, że wzrost wynagrodzeń w 2022 r. będzie oscylować w okolicach 8,5 proc., a inflacja w okolicach 8 proc.

W konsekwencji postanowienia dotyczące waloryzacji mogą okazać się postanowieniami „martwymi" gdyż de facto przestaną one być stosowane już w pierwszym roku realizacji umowy i to pomimo tego, Że sam zamawiający wprowadził w warunkach umowy zasadę, że Występując o wynagrodzenie, Wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia waloryzacji w oparciu o wartości wynikające z ostatnich dostępnych danych miesięcznych opublikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Działania takie należy zatem uznać za pozorne.

W związku z powyższym Odwołujący podnosi, że czynność prawna mająca na celu obejście ustawy jest z mocy prawa nieważna (art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego).

Takie ukształtowanie umowy o zamówienie publiczne powoduje nadto, Że świadczenia stron nie są ekwiwalentne.

Odwołujący podnosi ponadto, że Określenie łącznej wartości korekt wynikających z waloryzacji na poziomie nie przekraczającym (+1-) 5 uniemożliwia wykonawcom złożenie porównywalnych Ofert.

Celem stosowania Klauzul waloryzacyjnych jest powstrzymanie Wykonawców przed wliczaniem do Ceny oferty ryzyka kontraktowego związanego z inflacją. Mechanizm ten jest szczególnie istotny w sytuacji dużej zmienności cen na rynku. Jak wskazano w Komentarzu UZP „Choć zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowy może mieć różne podłoże, to w art 439 PZP ustawodawca zdecydował się na uwzględnienie zdarzeń wpływających na konieczność zmiany wynagrodzenia. Za takie zdarzenia uznano zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz osiągnięcie przez te zmiany określonego poziomu. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych Z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. "

W przedmiotowej sprawie cel leżący u podstaw regulacji art 439 PZP nie został osiągnięty.

2.Projektowane postanowienia umowy nie wskazują minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron pomimo tego że warunki umowy przewiduję, że z tytułu zmniejszenia zakresu przedmiotowego lub skrócenia terminu realizacji Umowy, Wykonawcy nie przysługuje uprawnienie do żądania wypłaty utraconych korzyści, w tym wynagrodzenia za okresy, o które Umowa uległa skróceniu lub zakresy przedmiotowe, które zostały wyłączone z zakresu Urnowy. Tym samym Zamawiający naruszył art. 433 pkt 4 Pzp, który nakłada na Zamawiającego taki obowiązek.

3. Zgodnie z § 27 (Zawieszenie realizacji Umowy przez Zamawiającego):

„Zamawiający jest uprawniony do zawieszania wykonania Usług w takim czasie i w taki sposób, w jaki uważa to za konieczne, nie dłużej jednak niż na okres 9 miesięcy łącznie w okresie trwania Umowy. Zawieszenie następuje na podstawie pisemnego powiadomienia doręczonego Wykonawcy najpóźniej na 14 Dni przed terminem zawieszenia.

W okresie zawieszania Usługi w zakresie Kontraktu budowlanego Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie odpowiednio za Usługi dla danego Kontraktu budowlanego (...)

Okres zawieszenia nie jest wliczany do okresów wskazanych w § 3 ust. 2 Umowy.

Jednocześnie Warunki umowy (§ 9 ust. 7) wprowadzają ograniczenie zgodnie, z którym

1) Inżynier Projektu;

2) Inżynier Rezydent;

nie mogą podejmować w czasie realizacji Umowy dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia. Pozostałe osoby wchodzące w skład Zespołu stałego nie mogą podejmować w czasie realizacji Umowy dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia, Chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę".

W konsekwencji powyższego nieproporcjonalnego postanowienia warunków umowy Wykonawca de facto ponosi odpowiedzialność za opóźnienie w wykonaniu zamówienia (konieczność ponoszenia kosztów wynagrodzenia osób wchodzących w skład Zespołu) pomimo tego, Że zawieszenie Usługi następuje w wyniku czynności prawnej Zamawiającego.

Takie ukształtowanie umowy o zamówienie publiczne powoduje nadto, że świadczenia stron nie są ekwiwalentne.

Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie wykonawcy: B-Act Sp. z o.o., ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz oraz SAFEGE S.A.S., Parc de l'Ile rue du

Port 15-27, 92022 Nanterre, Francja - wnosząc - jak odwołujący - o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 21 kwietnia 2022 r. wpływ mailem: godz. 19:44, a przekazania do akt sprawy: 22/04/22 godz. 8:45) wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postepowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą. Odnosząc się do podnoszonych w odwołaniu zarzutów wskazał m.in. w szczególności na następujące okoliczności:

(.) Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu

zmodyfikowania dokumentów zamówienia:

1) w odniesieniu do § 21 ust. 9 Warunków Umowy poprzez podwyższenie poziomu łącznej wartości korekt wynikającej z waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy z uwzględnieniem prognozowanego wzrostu inflacji/wynagrodzeń nie mniej jednak niż 5% rocznie.

2) poprzez określenie w projektowanych postanowieniach umowy minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron.

3) w odniesieniu do § 27 ust. 3 Warunków Umowy poprzez wykreślenie postanowienia przewidującego, że „ w okresie zawieszenia Usługi w zakresie kontraktu budowlanego Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie odpowiednio za Usługi dla danego Kontraktu budowlanego" oraz określenie zasad wynagradzania Zespołu w okresie zawieszenia usług".

W punkcie II. 4 podał, że (...) w dniu 21 kwietnia 2022r., Zamawiający dokonał zmiany SWZ wskazując w 21 ust. 9 projektu WSK, Że łączna wartość korekt wynikających z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10%.", a w punkcie III. 1 stwierdził, że: (...) wobec zmiany SWZ z dnia 21 kwietnia 2022 r. przedmiotowy zarzut winien podlegać oddaleniu, gdyż odnosi się do nieistniejących na dzień rozpatrywania sprawy postanowień SWZ" .

Co do pozostałych zarzutów stwierdził, że są one niezasadne. W szczególności:

- ✓ odnośnie § 22 ust.2 Umowy w związku z zarzutem naruszenia przepisu art. 433 pkt 4 Pzp - stwierdził, że rozumowanie jest błędne.
- ✓ co do zarzutu naruszenia przepisów art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 353 1 KC , art. 5 KC oraz art. 487 S 2 KC oraz art. 433 pkt 1 i 3 PZP (.) z momentem

zawieszenia Usługi Wykonawca nie jest zobowiązany do realizacji Usług, czyli wykonywania jakichkolwiek czynności przewidzianych Umową. Konsekwencją powyższego jest to, że w okresie zawieszenia, wykonawcy nie dotyczą ograniczenia wskazane w § 9 ust. 7 Umowy, a tym samym, osoby wchodzące w skład zespołu mogą swobodnie być delegowane do innej pracy".

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 22 kwietnia 2022 r. oświadczył, że wobec stanowiska Zamawiającego przedstawionego w piśmie z dnia 21 kwietnia 2022 r. z którym de facto zapoznał się tuż przed posiedzeniem oraz stanowiskiem zamawiającego w trakcie posiedzenia - cofa podnoszone w odwołaniu zarzuty, podkreślając że nie było możliwe wcześniejsze sformułowanie stanowiska przez wnoszącego odwołanie. Także sprzeciwił się wnioskowanemu przez Zamawiającego zasądzeniu na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp.

Tak jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, (.) Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania dokumentów zamówienia:

1) w odniesieniu do § 21 ust. 9 Warunków Umowy poprzez podwyższenie poziomu łącznej wartości korekt wynikającej z waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy z uwzględnieniem prognozowanego wzrostu inflacji/wynagrodzeń nie mniej jednak niż 5% rocznie.

2) poprzez określenie w projektowanych postanowieniach umowy minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron.

3) w odniesieniu do 27 ust. 3 Warunków Umowy poprzez wykreślenie postanowienia przewidującego, że „ w okresie zawieszenia Usługi w zakresie kontraktu budowlanego Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie odpowiednio za Usługi dla danego Kontraktu budowlanego" oraz określenie zasad wynagradzania Zespołu w okresie zawieszenia usług".

Zamawiający dokonał w dniu 21 kwietnia 2022 r. zmiany SWZ wskazując w § 21 ust. 9 projektu Umowy, że łączna wartość korekt wynikających z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10%.". Wnioskował co prawda w punkcie III. 1 odpowiedzi wobec tej zmiany o oddalenie zarzutu, gdyż odnosi się do nieistniejących na dzień rozpatrywania sprawy postanowień SWZ, jednakże Izba rozstrzygając uznała, że de facto nastąpiło - wobec argumentacji i

żądań Odwołującego oraz jego stanowiska na posiedzeniu - uwzględnienie zarzutu i żądania. Z tego też względu cofnięcie dotyczyło pozostałych dwóch zarzutów. Stąd wskazany w podstawie umorzenia postępowania odwoławczego art. 522 ust.3 Pzp.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp: „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, 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 części zarzutów.”.

W niniejszej sprawie wycofanie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego nastąpiło na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika, a zatem był to możliwy moment, w którym mogło zostać wydanie postanowienie kończące postępowanie odwoławcze. Ponadto zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia - co Izba w toku postępowania odwoławczego zobowiązana jest - po dokonaniu bezspornych ustaleń - uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 9 ust. 1 pkt 2 lit. b cyt. rozporządzenia znosząc wzajemnie koszty pomiędzy stronami o których mowa w par. 5 ust. 2 lit. b rozporządzenia tj. koszty zastępstwa prawnego i orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu w pełnej kwocie. Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego, gdyż taki wniosek mógłby być uwzględniony jedynie w przypadku cofnięcia odwołania w terminie wskazanym rozporządzeniem, a nie jedynie części zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego, co wynika z par. 9 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia).

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.