Sygn. akt: KIO 1049/22

POSTANOWIENIE
z dnia 27 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Marek Bienias

Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 27 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie oraz MP Consulting sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Safege S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U z siedzibą w Bilbao, Hiszpania i HIQE Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie oraz MP Consulting sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie oraz MP Consulting sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. 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.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 1049/22

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

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyślu, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny - Medyka w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynieryjnych - etap II”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 lipca 2021 r., nr 2021/S 144-384153.

Wobec czynności zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2022 r., polegającej na odrzuceniu swej oferty z związku z podleganiem wykluczeniu z postępowania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia INKO Consulting sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie oraz MP Consulting Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w sytuacji, w której nie wprowadził w błąd Zamawiającego w postępowaniu ani w wyniku rażącego niedbalstwa ani w wyniku zamierzonego działania w szczególności przy przedstawieniu informacji w złożonym Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia w części III w Sekcji C, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,

2) art. 226 ust. 1 pkt 2a) ustawy Pzp poprzez odrzucenie swej oferty pomimo braku podstaw do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,

3) art. 255 pkt 3) ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji gdy nie podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a w konsekwencji także jego oferta nie podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a) ustawy Pzp;

2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;

3) dokonania ponownej oceny i badania ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Art. 527 ustawy Pzp stanowi, że na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej.

Art. 528 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Ustalono, że w dniu 17 marca 2022 r. zamawiający wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą.

Ustalono również, że w dniu 28 marca 2022 r. wykonawca Safege S.A.A. z siedzibą w Nanterre, Francja wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez

odwołującego jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia tej oferty z powodu podlegania przez tego wykonawcę wykluczeniu. Wykonawca ten zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum INKO Consulting sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie oraz MP Consulting Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie (dalej również: Konsorcjum INKO/MP) w sytuacji, w której INKO w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło w błąd PKP Polskie Linie Kolejowe w Postępowanie LOT A przy przedstawianiu informacji, że INKO oraz DTŚ spełniają warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.5.2 ppkt 4 SIWZ Tom 1 - IDW, dotyczący doświadczenia inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, co zostało potwierdzone w wyroku KIO 1320/20;

2) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum INKO/MP z postępowania w sytuacji, w której INKO w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd w niniejszym postępowaniu przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wskazanie w JEDZ INKO w Części III Sekcji C: PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI na pytanie "Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji", że INKO może potwierdzić, że nie było winne poważnego wprowadzeniu w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji podczas, gdy w rzeczywistości INKO dopuściło się poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełniania kryteriów kwalifikacji w postępowaniu LOT A i zostało wykluczone z postępowania LOT A na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp 2004 r. na skutek wyroku KIO 1320/20;

3) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z Postępowania Konsorcjum INKO/MP w sytuacji, w której Konsorcjum INKO/MP w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd w niniejszym Postępowaniu przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wskazanie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej "JEDZ INKO") w Części III Sekcji C: PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI na pytanie "Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji", iż INKO może potwierdzić, że nie było winne poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji podczas, gdy w rzeczywistości INKO dopuściło się poważnego wprowadzenia w błąd PKP PLK przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełniania kryteriów kwalifikacji w Postępowaniu LOT A i zostało wykluczone z Postępowania LOT A na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawa Pzp 2004 r. na skutek wyroku KIO 1320/20, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

Wykonawca ten wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum INKO/MP, jako najkorzystniejszej,

2) wykluczenia Konsorcjum INKO/MP z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a konsekwencji uznanie złożonej przez Konsorcjum INKO/MP oferty jako podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp;

3) dokonanie ponownej oceny i badania ofert.

Postępowanie odwoławcze zainicjowane ww. odwołaniem zostało oznaczone sygn. akt KIO 868/22.

Obecny odwołujący zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 868/22 po stronie zamawiającego, jako jego uczestnik.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 868/22 pismem z 8 kwietnia 2022 r. i złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 868/22. Zamawiający poinformował ponadto, że:

1. 6 kwietnia 2022 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z 17 marca 2022 r.,

2. 7 kwietnia 2022 r. odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie i MP Consulting Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 lit a) oraz na podstawie art. 255 pkt 3) unieważnił postępowanie.

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 13 kwietnia 2022 r. obecny odwołujący, jako uczestnik postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 868/22 oświadczył, że „w związku z dokonanymi przez zamawiającego czynnościami unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 6 kwietnia 2022 r. oraz odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania z dnia 7 kwietnia 2022 r. utracił interes w występowaniu w niniejszym postępowaniu". Obecny odwołujący, jako uczestnik postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 868/22, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 868/22.

Ustalono również, że postanowieniem z dnia 14 kwietnia 2022 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 868/22 Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła ww. postępowanie odwoławcze w oparciu o art. 522 ust. 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu ww. postanowienia Izba wskazała, że „Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, natomiast wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po jego stronie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.".

Ustalono także, że pismem z dnia 7 kwietnia 2022 r. zamawiający poinformował obecnego odwołującego o wyklucza go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W uzasadnieniu czynności zamawiający wskazał, że:

Wykonawca INKO w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, przy przedstawieniu informacji w złożonym Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia w części III w Sekcji C, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W dniu 08.09.2021 r. Wykonawca INKO wraz z ofertą złożył Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ), w którym wskazał w Części III w Sekcji C, iż może potwierdzić, że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, podczas gdy w prowadzonym postępowaniu pn.: Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu

POIiŚ 5.1-14 pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory - Tarnowskie Góry - Karsznice - Inowrocław - Bydgoszcz - Maksymilianowo" dla zadania inwestycyjnego pn.:LOT A - Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Chorzów Batory (km 5,900) - Nakło Śląskie (km 29,000) wskutek wyroku KIO 1320/20 Konsorcjum INKO i Drogowa Trasa Średnicowa (dalej: DTŚ) zostało wykluczone z postępowania, na podstawie art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych, z powodu wprowadzenia Zamawiającego w wyniku rażącego niedbalstwa w błąd przy przedstawianiu informacji, że Wykonawca INKO i DTŚ spełnia warunek udziału w postępowaniu, dotyczący doświadczenia osoby proponowanej na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym.

Zatem, jeżeli wykonawca został wykluczony na podstawie art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych, to zgodnie z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje przez okres dwóch lat licząc od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego będące podstawą wykluczenia zostały wskazane w złożonych dokumentach przez INKO w dniu 11.03.2020 r. i 16.04.2020 r.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wyklucza się wykonawcę „który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w

postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych".

Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a) ustawy Pzp odrzuca ofertę konsorcjum INKO Consulting Sp. z o. oraz MP Consulting Sp. z o. o. jako Wykonawcy podlegającemu wykluczeniu z postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, należy stwierdzić, że odwołanie w niniejszej sprawie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 527 ustawy Pzp, na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej.

Normy przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp obejmują czynności wykonane przez zamawiającego w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w poprzednim odwołaniu, które wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jeżeli kwestionowana czynność zamawiającego stanowi wykonanie żądań zawartych w uprzednio uwzględnionym odwołaniu, uczestnik poprzedniego postępowania odwoławczego, który nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia takiego odwołania, nie może jej już zakwestionować przed Izbą.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, Czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO lub sądu zamówień publicznych bądź też - jeśli samodzielnie uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu - którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu, nie może zostać podważona kolejnym odwołaniem. Co istotne, odmiennie od przesłanki wskazanej w pkt 4 (lit. B. IV, Nb 1), w omawianym przypadku odrzucone zostanie odwołanie wniesione nie tylko przez tego samego co uprzednio odwołującego, ale także przez jakikolwiek inny podmiot. Ustawodawca, mając na uwadze zarówno zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, jak i moc wiążącą orzeczeń KIO, wychodzi z założenia, że każdy podmiot, którego interesu dotyczy postępowanie odwoławcze, powinien wziąć w nim udział i dochodzić jego ochrony. W przeciwnym wypadku pozostaje związany tak orzeczeniem KIO, jak i uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego. W praktyce, poza samym odwołującym, przesłanka ta dotyczy innych wykonawców, którzy mogli wziąć udział w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących - w tym mogli wnieść sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. (Prawo zamówień Publicznych. Komentarz Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak Wydawnictwo C.H.Beck Warszawa 2022 Wydanie 3).

Odwołanie wniesione w tej sprawie podlega odrzuceniu, gdyż dotyczy czynności odrzucenia oferty odwołującego w związku z podleganiem przez niego wykluczeniu w oparciu tożsame okoliczności faktyczne, o których była już mowa w uwzględnionym odwołaniu wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 868/22. Nie ulegało zatem wątpliwości, że obecne odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający dokonał zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 868/22.

Jeżeli obecny odwołujący nie zgadzał się z zarzutami podniesionymi w odwołaniu wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 868/22, to - jako uczestnik tamtego postępowania - stosownie do art. 523 ust. 1 ustawy Pzp - miał prawo do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 868/22, czego nie uczynił.

Nie można się było zgodzić ze stanowiskiem obecnego odwołującego, który pismem z dnia 13 kwietnia 2022 r., jako uczestnik postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 868/22 oświadczył, że „w związku z dokonanymi przez zamawiającego czynnościami unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 6 kwietnia 2022 r. oraz odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania z dnia 7 kwietnia 2022 r. utracił interes w występowaniu w niniejszym postępowaniu" i nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 868/22.

Interes obecnego odwołującego we wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 868/22 był oczywisty. Gdyby sprzeciw został wniesiony, to ww. postępowanie odwoławcze zostałoby umorzone jako zbędne na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp. Wskutek zaniechania wniesienia sprzeciwu postępowania zostało umorzone przez Izbę jednakże na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy Pzp, co miało miejsce w

dniu 14 kwietnia 2022 r. W efekcie obecnie skarżone czynności są ewidentnie „czynnościami wykonanymi zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania sygn. akt 868/22". Konsekwencje zaniechania wniesienia sprzeciwu obciążają obecnego odwołującego. W orzecznictwie wskazuje się na doniosłość decyzji o rezygnacji z wniesienia sprzeciwu (...) kolejną negatywną konsekwencją z jaką liczyć się musi uczestnik postępowania odwoławczego, który rezygnuje z prawa wniesienia sprzeciwu jest brak możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, co wprost wynika z treści art. 527 nowej ustawy Pzp. W konsekwencji odwołanie wniesione wobec czynności wykonanej przez zamawiającego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, podlega zgodnie z treścią art. 528 ust. 5 nowej ustawy Pzp odrzuceniu. Z uwagi na wskazane wyżej negatywne konsekwencje dla uczestnika postępowania odwoławczego, jakie ma decyzja o rezygnacji z wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, powinna być ona zawsze starannie przemyślana. (por. postanowienie Izby z dnia 26 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 449/21).

Okoliczność, iż obecnie zaskarżone czynności zostały podjęte przez zamawiającego jeszcze przed uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutów odwołania do sprawy KIO 868/22 jest pozbawiona jakiejkolwiek doniosłości prawnej. Uszło uwadze odwołującego, że dla zaistnienia skutków prawnych odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, nie ma znaczenia chronologia zdarzeń. Istotne jest jedynie, aby - na moment badania przez Izbę przesłanek odrzucenia odwołania - zaskarżona czynność była zgodna z żądaniami uprzednio uwzględnionego odwołania, wobec którego nie wniesiono sprzeciwu, co miało miejsce w analizowanej sprawie. Powyższe wynika z art. 530 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba ma obowiązek z urzędu zbadać, czy nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania „przed skierowaniem sprawy na rozprawę".

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienia odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Stosownie do art. 529 ust. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 528 pkt 5, art. 553 zd. 2 i art. 529 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Stosownie do przepisu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Izba stwierdziła, że wobec odrzucenia odwołania w całości, odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 8 ust. 1 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....