Sygn. akt: KIO 2534/22

POSTANOWIENIE
z dnia 7 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik - Zawalska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 7 października 2022 r. Warszawie odwołania wniesionego w dniu 26 września 2022 r. przez wykonawcę:

ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. (ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław)

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gmina Wałbrzych- Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu (ul. Matejki 1, 58-300 Wałbrzych)

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

odwołuj ącego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 100% należnego wpisu,

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) 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:

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gmina Wałbrzych- Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu (dalej: „Zamawiający") na: odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni

na drogach - zadanie I Numer referencyjny: DU.260.45.2022 (dalej: „Postępowanie"), w dniu 26 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniesione zostało odwołanie przez wykonawcę, którym jest ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący" lub „Wykonawca").

Wykonawca wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) (dalej: „Ustawa" lub „Pzp") czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu, polegających na:

1. art. 433 pkt 4 ustawy oraz art. 99 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 16, art. 17 Ustawy i art. 8 Ustawy w zw. z art. 58 ustawy k.c. poprzez:

a) ustanowienie w projekcie umowy oraz SWZ postanowień umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoznacznego wskazania minimalnej wartości lub wielkości zamówienia;

b) brak jednoznacznego określenia w projekcie umowy i SWZ wartości i wielkości świadczenia stron doprowadza do sytuacji jego ukształtowania na poziomie nieracjonalnym, przenoszącym wszystkie ryzyka wykonania zamówienia na wykonawcę oraz skutkującym obejściem wymogu ustawy Prawo zamówień publicznych do wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;

c) opisanie wielkości i zakresu zamówienia w sposób niejednoznaczny i

niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych tj. w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Działanie

Zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której będzie on miał możliwość dowolnego interpretowania i stosowania mechanizmu obniżenia (wpływającego na zmianę wynagrodzenia będącego istotną w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy pzp zmianą postanowień zawartej umowy), bez wskazania wynagrodzenia za tzw. „gotowość do

świadczenia usług, co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 3531 kodeksu

cywilnego. W konsekwencji powyższego Zamawiający pozbawia Wykonawców możliwości dokonania rzetelnej oceny ryzyka ograniczenia wielkości zamówienia, która powinna być dokonywana w oparciu o racjonalne i jednoznaczne kryteria. Prowadzi to z kolei do niemożliwości przyjęcia przez Wszystkich Wykonawców tych samych założeń przy budowie swoich ofert, a tym samym obliczenia ich ceny, która stanowi istotne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Czynności Zamawiającego, jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa są w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 454 ustawy Pzp istotna zmiana umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

2. art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym wymogu posiadania pomieszczenia garażowo-magazynowego, bez wskazania dokładnego opisu jakie kryteria to pomieszczenie ma spełniać (np. wielkość) oraz jego przeznaczenia użytkowego;

3. art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym braku określenia kto dostarcza materiały do likwidacji śliskości, a jeśli jest to wykonawca to jaką ich ilość przed rozpoczęciem sezonu jest zobowiązany posiadać

4. art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym braku bezpośredniego wskazania w dokumentacji Postępowania, że wykonawca ma dowolność w doborze technologii opisanej w §2 ust. 15 i ust. 16 załącznika nr 1 do w trakcie realizacji przedmiotu umowy;

5. art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym braku wskazania w opisie przedmiotu zamówienia koniecznych do prawidłowej kalkulacji elementów w postaci:

a) braku wskazania kilometrów poszczególnych jezdni na, których wykonawca świadczyć ma usługę,

a) braku wskazania sposób rozliczania z Wykonawca odpowiadającego faktycznie przejechanym kilometrom w ramach realizacji usługi także, że kilometry przejechane w celu dojazdu do drogi świadczenia usługi;

co czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym, nieprecyzyjnym oraz narusza zasady uczciwej konkurencji i doprowadzić może w konsekwencji do złożenia ofert, które nie będą porównywalne;

6. art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym nieokreślenia w dokumentacji postępowania terminów, od których Wykonawca ma dysponować bazą i sprzętem opisanym w dokumentacji postępowania;

7. art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym uregulowania w treści dokumentacji postępowania, że wykonawca musi podjąć świadczenie usługi dopiero po wystąpieniu niekorzystnych zjawisk (lub na dyspozycję Zamawiającego), a w innych miejscach Zamawiający wskazuje, że wykonawca ma rozpocząć świadczenie usługi w czasie, który pozwoli na zapobieganiu tych zjawisk. W obliczu tak skonstruowanych postanowień, konieczne jest ich doprecyzowanie i ustalenie, że Wykonawca może podjąć działania przy wilgotności powyżej 80% i temperaturach poniżej 2 stopni, gdy występuje wysokie ryzyko wystąpienia niekorzystnych zjawisk pogodowych (gołoledź, lodowica), tak, aby uczynić opis przedmiotu zamówienia jednoznacznym.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu:

1. żądanie co do zarzutu 1:

a) wprowadzenie postanowień, które w sposób jednoznaczny wskażą minimalną liczbę kilometrów dróg wchodzących w gwarantowany zakres przedmiotu zamówienia na poziomie nie mniejszym niż 80% w stosunku do zakresu zamówienia określonego w SWZ,;

b) zmiany postanowień rozdziału lll oraz postanowień § 12 ust. 1 pkt 5, 6 w taki sposób, aby Zamawiający określił maksymalną możliwą zmianę w wyniku zaistnienia okoliczności wskazanych w §12 ust. 1 pkt 5, 6 projektu umowy na poziomie 5% w stosunku do wynagrodzenia maksymalnego wskazanego w § 8 projektu umowy;

c) wprowadzenie dodatkowej pozycji w formularzu ofertowym i w § 8 projektu umowy „miesięczne wynagrodzenie za gotowość";

2. doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli uzyskać z dokumentacji postępowania informację w zakresie jaką funkcję ma spełniać pomieszczenie garażowo magazynowe, np. że jego funkcją ma być magazynowanie soli w ilości min. 1500 Mg oraz magazynowanie wytwornicy solanki.

3. doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli uzyskać z dokumentacji postępowania informację w zakresie czy po stronie wykonawcy czy po stronie Zamawiającego leży zapewnienie i zakup odpowiednich środków chemicznych do usunięcia śliskości na jezdni np. sól. wskazanie minimalnej ilości, jaką Wykonawca musi dysponować przed rozpoczęciem sezonu , np. 1.200 Mg soli drogowej.

4. doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli uzyskać z treści dokumentacji postępowania informację, że wykonawca ma dowolność w doborze technologii opisanej w §2 ust. 15 i ust. 16 załącznika nr 1 do w trakcie realizacji przedmiotu umowy;

ewentualnie

doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli uzyskać z treści dokumentacji postępowania informację, w jakich okolicznościach Zamawiający wyrazi zgodę na stosowanie mieszanki soli z kruszywem i jakiej proporcji soli i kruszywa (technologii opisana w §2 ust. ust. 16 załącznika nr 1) do w trakcie realizacji przedmiotu umowy;

5. żądanie co do zarzutu 5 - wprowadzenie postanowień, które w sposób jednoznaczny ustalą:

a) liczbę kilometrów poszczególnych jezdni na, których wykonawca świadczyć ma usługę,

b) sposób rozliczania, w taki sposób, aby Wykonawca otrzymał zapłatę za każdy faktycznie przejechany kilometr w ramach realizacji usługi także, że kilometry przejechane w celu dojazdu do drogi świadczenia usługi;

6. doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli uzyskać z dokumentacji postępowania informację, z której wynikać będzie że wykonawca ma dysponować sprzętem wskazanym w dokumentacji postępowania na dzień składania ofert oraz, że

Zamawiający skontroluje zgodność oświadczenia o dysponowaniu bazą oraz sprzętem poprzez wizję lokalną przeprowadzoną nie później niż 7 dni przed rozpoczęciem realizacji umowy;

7. doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli uzyskać z dokumentacji postępowania informację, z której wynikać będzie że wykonawca rozpocząć ma świadczenie usługi przy wilgotności powyżej 80% i temperaturach poniżej 2 stopni tj. gdy występuje wysokie ryzyko wystąpienia niekorzystnych zjawisk pogodowych (gołoledź, lodowica).

Zamawiający pismem z dnia 5 października 2022 r. poinformował o dokonaniu szeregu zmian w SWZ, które w ocenie Zamawiającego uczyniły zadość części zarzutów Wykonawcy i je uwzględnił. W pozostałym zakresie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odniesieniu do zarzutów:

Zarzut pierwszy litera a) uwzględniając treść odwołania wprowadził zmiany do projektu umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ i wskazał minimalny zakres rzeczowy w kilometrach za wykonanie którego Wykonawca otrzyma wynagrodzenie:

- w § 2 umowy dodano ust. 4 w brzmieniu:

„4. Minimalny zakres umowy w ramach zakresu, o którym mowa w ust. 3 (dot. jezdni dróg I kolejności utrzymania) wynosi:

- 8 770 km za posypywanie mechaniczne jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odpłużaniem).”,

- w § 8 umowy dodano ust. 18 w brzmieniu:

„18. Po zakończeniu realizacji umowy Strony sporządzą zestawienia wykonanych kilometrów w zakresie posypywania mechanicznego jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odpłużaniem) - dot. jezdni dróg I kolejności utrzymania.

W przypadku, gdy liczba wykonanych kilometrów w zakresie, o którym mowa w zdaniu pierwszym będzie równa lub wyższa od kilometrów podanych w § 2 ust. 4 umowy, Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie za minimalny zakres umowy.

W przypadku, gdy liczba wykonanych kilometrów w zakresie, o którym mowa w zdaniu pierwszym będzie mniejsza od kilometrów podanych w § 2 ust. 4 umowy, Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za minimalny zakres umowy stanowiący różnicę pomiędzy kwotą wynagrodzenia zapłaconą na podstawie wystawionych faktur za wykonane kilometry w zakresie posypywania mechanicznego jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odpłużaniem) - dot. jezdni dróg I kolejności utrzymania a kwotą wynikającą z przemnożenia minimalnego zakresu umowy przez cenę za kilometr za posypywanie mechaniczne jezdni przy użyciu: pługosolarek (likwidacja śliskości przy użyciu materiałów chemicznych i uszorstniających z odpłużaniem) - dot. jezdni dróg I kolejności utrzymania.

W przypadku rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, lub odstąpienia od umowy w przypadkach określonych w § 11 ust. 3 umowy, Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenia za zakres minimalny określony w § 2 ust. 4 umowy.”,

Zarzut pierwszy litera b)

Zamawiający uwzględnił odwołanie i dokonał następującej zmiany zapisów § 12 ust. 1 pkt 5 projektu umowy (załącznika nr 9 do SWZ):

„1. Zamawiający dopuszcza ewentualną zmianę następujących postanowień umownych: (...)

5) zmiana wykazu świadczonych usług w zakresie dróg II, III i IV kolejności utrzymania, tj. zmiana wykazu jezdni dróg zaliczonych do danej kolejności utrzymania (zmiany nie dotyczą I kolejności utrzymania). Zmiana wprowadzona zostanie, gdy wynikać to będzie ze zmiany organizacji ruchu na danych drogach lub z potrzeb mieszkańców,".

Zamawiający informuje, że w planie postępowań nie przewiduje nowych inwestycji drogowych lub remontów, które miałby wpływ na realizację usługi w zakresie zimowego utrzymania jezdni w sezonie 2022/2023. Niemniej nie można wykluczyć sytuacji, w których z przyczyn niezależnych od Zamawiającego (np. zawalenie się wiaduktu, podmycie drogi, zawalenie się drogi na kanale) niezbędne będzie przeprowadzenie remontu drogi lub zrealizowanie inwestycji, tym samym nie ma podstaw do zmiany zapisu § 12 ust. 1 pkt 6 projektu umowy.

W § 8 ust. 16 projektu umowy określony został maksymalny poziom wykonania całej umowy. Z uwagi na zmianę zapisów projektu umowy (§ 12 ust. 1 pkt 5), gdzie możliwość wprowadzenia zmian wykazu świadczonych usług nie dotyczy jezdni dróg I kolejności utrzymania, a zmiany umowy określone w § 12 ust. 1 pkt 6 dotyczą wszystkich kolejności zimowego utrzymania, wprowadzenie zapisu, że zmiany przewidziane w § 12 ust. 1 pkt 5 i pkt 6 nie mogą przekroczyć 5% całkowitego wynagrodzenia za wykonanie umowy, jest nieuzasadniony.

Zarzutu pierwszego litera c)

Zamawiający nie uwzględnia odwołania Wykonawcy , tj. nie zmienia zapisów SWZ, w tym formularza cenowego i projektu umowy poprzez dodanie pozycji dot. „miesięcznego wynagrodzenia za gotowość".

zarzut drugi - Zamawiający wnioskuje o jego oddalenie.

zarzut trzeci, Zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie i dokonał zmiany zapisów rozdziału XIII Specyfikacji Warunków Zamówienia „OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY".

W rozdziale XIII SWZ po wyrażeniu: „Liczba jednostek nie obejmuje drogi dojazdu z bazy do rejonu pracy." dodano wyrażenie w brzmieniu:

„W cenie za kilometr Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie koszty wykonania usługi, wynikające z zapisów SWZ i projektu umowy, w tym koszty zakupu środków chemicznych i środków zwiększających szorstkość, koszty wywozu odpadów na składowisko.".

zarzut czwarty - Zamawiający uwzględnił odwołanie i dokonał następującej zmiany zapisów załącznika nr 1 do umowy pt. Zasady wykonywania prac w zakresie: Odśnieżanie i likwidowanie śliskości jezdni na drogach - zadanie I:

- § 2 ust. 16 otrzymał brzmienie: „16. Likwidowanie lub łagodzenie śliskości zimowej (gołoledzi, lodowicy i zlodowacenia) za pomocą stosowaniu środków

zwiększających szorstkość, takich jak: piasek o uziarnieniu do 2 mm, kruszywo naturalne o uziarnieniu do 4 mm, kruszywo kamienne o uziarnieniu 2-4 mm, mieszanki solno-piaskowej (w proporcji 30% soli i 70% piasku) i w celu uzyskania efektu topnienia i uszorstnienia

Wykonawca zgłosi i uzgodni z Zamawiającym.”.

zarzut piąty lit. a) Zamawiający - uwzględniając pytania z dnia 27.09.2022 r. oraz treść odwołania, udostępnił wykaz dróg publicznych i wykaz dróg wewnętrznych z informacją nt. długości dróg.

zarzut piąty lit. b) Uwzględniając odwołanie Zamawiający dokonał zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia i w rozdziale XIII SWZ po wyrażeniu: „Liczba jednostek nie obejmuje drogi dojazdu z bazy do rejonu pracy.” dodano wyrażenie w brzmieniu:

„W cenie za kilometr Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie koszty wykonania usługi, wynikające z zapisów SWZ i projektu umowy, w tym koszty zakupu

środków chemicznych i środków zwiększających szorstkość, koszty wywozu odpadów na

składowisko.”.

zarzut szósty - Zamawiający zmienił zapisy rozdziału XVIII Specyfikacji Warunków Zamówienia „INFORMACJE O FORMALNOŚCIACH, JAKIE MUSZĄ ZOSTAĆ DOPEŁNIONE PO WYBORZE OFERTY W CELU ZAWARCIA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO”: ust. 5 otrzymał brzmienie:

„5. Wykonawca, do 7 dni przed podpisaniem umowy zobowiązany będzie:

1) przedstawić opłacone dokumenty ubezpieczeniowe (aktualne polisy), potwierdzające, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zgodnej z przedmiotem zamówienia na kwotę określoną w projekcie umowy,

2) przedstawić oryginał dokumentu potwierdzającego prawo dysponowania, w okresie realizacji umowy, terenem - bazą na terenie Wałbrzycha lub w odległości do 15 km od granicy m. Wałbrzycha lub oryginał umowy z właścicielem terenu na dzierżawę /użyczenie/najem terenu pod bazę na terenie Wałbrzycha lub w odległości do 15 km od granicy m. Wałbrzycha. Umowa musi być zawarta na okres realizacji zamówienia. W przypadku, gdy strony przewidują możliwość jej wypowiedzenia, okres wypowiedzenia musi być co najmniej 3 - miesięczny. Na terenie bazy musi znajdować się pomieszczenie garażowo - magazynowe.

3) Wykonawca zobowiązany będzie okazać Zamawiającemu bazę spełniającą wymogi określone w ppkt. 2 i wyposażoną w narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne wymienione w ofercie (zgodne z rozdziałem VI. SIWZ).

W przypadku sprzętu, którego Wykonawca nie jest właścicielem należy na piśmie wskazać miejsce jego lokalizacji.”

Oznacza to, że Zamawiający dookreślił przedziały czasowe w których Wykonawca ma spełnić warunki zawarcia umowy określone w rozdziale XVIII.5. SWZ.

W związku z powyższym w zakresie zarzutu szóstego Zamawiający wnioskuje o jego oddalenie.

zarzut siódmy - Zamawiający wnosił o jego oddalenie.

Wykonawca pismem z dnia 7 października 2022 r. cofnął odwołanie wniesione wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień „SWZ” oraz niezgodnych z przepisami Ustawy projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w całości, wskazując, że Zamawiający w dniu 5 października 2022 r. opublikował zmiany SWZ, które w zasadzie odpowiadają żądaniom zawartym w odwołaniu i zażądał zwrotu wpisu.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Wobec uwzględnienia części zarzutów odwołania przez Zamawiającego i następnie wobec złożenia przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu złożonego odwołania w związku z dokonanymi przez Zamawiającego zmianami SWZ Izba uznała, że zostało ono skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy zgodnie z art. 520 Ustawy przewidującym, że: „1. Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa .” i zgodnie z art. 522 ust. 3 Ustawy.

Wobec powyższego Izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania w trybie art. 568 pkt. 3) w zw. z art. 522 ust. 3 Ustawy.

Na posiedzeniu niejawnym, które odbyło się bez udziału stron i uczestników w związku z § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. poz. 2453) Izba w sytuacji opisanej w art. 568 Ustawy, wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 Ustawy w zw. z § 9 ust. 1 pkt 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych 100% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji

Przewodniczący: .....