Sygn. akt: KIO 4183/24
KIO 4221/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, 25 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron odwołań wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2024 roku przez:

A. wykonawcę W.S. prowadzącego działalność pod firmą: Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków z siedzibą w Częstochowie, ul. Bór 169

B. Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niedźwiadach 38

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Szczytniki z siedzibą w Szczytnikach 139

Uczestnik po stronie zamawiającego:

Wykonawca Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niedźwiadach 38 zgłaszający swój udział w sprawie KIO 4183/24

postanawia:

sygn. akt KIO 4183/24

1. umorzyć postępowanie,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy na rzecz W.S. prowadzącego działalność pod firmą: Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków z siedzibą w Częstochowie, ul. Bór 169, tytułem zwrotu uiszczonego wpisu.

sygn. akt KIO 4221/24

1. umorzyć postępowanie,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 6 750 zł 00 gr (sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy na rzecz Przedsiębiorstwa Oczyszczania Miasta EKO spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niedźwiadach 38 tytułem zwrotu uiszczonego wpisu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: …….

Sygn. akt KIO 4183/24
KIO 4221/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Szczytniki", ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 sierpnia 2024 r. pod nr 2024/BZP 00476214/01.

Sygn. akt KIO 4183/24

6 listopada 2024 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania.

12 listopada 2024r. W.S. prowadzący działalność pod firmą: Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków z siedzibą w Częstochowie, ul. Bór 169 wniósł odwołanie przez swojego pełnomocnika, któremu udzielił pełnomocnictwa 8 listopada 2024r. Od odwołania uiszczono wpis i dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy przez odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na rzekome niespełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadania bazy magazynowo-transportowej oraz uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, wobec nieposiadania przez odwołującego zezwolenia na zbieranie odpadów wydanego dla lokalizacji, w której znajduje się baza magazynowo-transportowa dedykowana przez odwołującego do wykonania zamówienia, w sytuacji gdy warunek posiadania takowego zezwolenia nie został zastrzeżony przez zamawiającego w żadnym z postanowień dokumentacji przetargowej, jak również nie wynika z żadnego z przepisów rangi powszechnie obowiązującej; a w konsekwencji powyższego również:

2. art. 239 ust. 1 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę działającego pod firmą

Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o., w sytuacji gdy zgodnie z przyjętymi przez zamawiającego kryteriami oceny ofert, to niepodlegająca odrzuceniu oferta złożona przez odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą.
Wniósł o:
1.merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej „KIO") odwołania i jego uwzględnienie;
2.nakazanie zamawiającemu:
1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3)dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego;
3.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wedle norm prawem przewidzianych.
Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, a to dlatego, że zostały spełnione przesłanki określone w art. 505 ust. 1 ustawy. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, albowiem biorąc udział w postępowaniu liczył na uzyskanie zamówienia i osiąganie z tego tytułu dochodów.
W wyniku nieprawidłowego działania zamawiającego polegającego na odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania, a w dalszej kolejności wybory oferty konkurencyjnego wykonawcy, odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji zadania objętego postępowaniem, mimo że to jego oferta winna zostać oceniona i wybrana jako najkorzystniejsza. W konsekwencji zatem odwołujący poniósł szkodę wynikającą z niemożliwości zawarcia umowy na wykonanie zamówienia, a tym samym osiągnięcia zakładanego z tego tytułu zysku.
13 listopada 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
15 listopada 2024 r. Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Niedźwiadach 38 przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.
Przystępujący posiada interes w uzyskaniu orzeczenia na korzyść zamawiającego, albowiem w przypadku oddalenia odwołania, przystępujący będzie mógł zawrzeć z zamawiającym umowę w sprawie zamówienia publicznego, gdyż oferta przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.
W ocenie przystępującego zarzuty zawarte w odwołaniu są bezpodstawne i wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 30 października 2020 r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta. Do zgłoszenia dołączono dowód jego przekazania stronom.
20 listopada 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględniając podjętą przez zamawiającego dnia 20 listopada 2024 r. czynność uchylenia czynności z dnia 6 listopada 2024 r. (stosownie do załączonego pisma, skierowanego do wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie) zamawiający wniósł o wydanie przez KIO postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego, ze względu na to, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne (art. 568 pkt 2 ustawy).
Zamawiający oświadczył, że podjął czynność, która uchyla substrat zaskarżenia (co najmniej z przyczyn temporalnych) w konsekwencji czego, aktualnie rozpoznanie sprawy przez KIO stało się zbędne i w pełni uzasadnione, a w świetle judykatów KIO zgodne z ugruntowanym orzecznictwem, wydanie przez Izbę postanowienia na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy.
Do odpowiedzi załączył informację przekazaną wykonawcom, z której wynika, że zamawiający uchyla czynności podjęte dnia 6 listopada 2024r., polegające na:
1)wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy:
Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o.
Niedźwiady 38
62-800 Kalisz
2)odrzuceniu oferty wykonawcy:
Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S.
ul. Bór 169
42-202 Częstochowa
jednocześnie przystępując do ponowienia czynności składających się na badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu. Zważając na skorzystanie przez obu z ww. wykonawców z środków ochrony prawnej, zamawiający oświadczył, że ta czynność nie stanowi uwzględnienia żadnego z odwołań, w tym w sposób dorozumiany.

Sygn. akt KIO 4221/24

12 listopada 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niedźwiadach 38 działając przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z 30 października 2020 r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta. Wpis uiszczono i dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:
1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy w zw. z art. 114 pkt 1 ustawy i art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S. również z tego powodu, że wykonawca nie posiada zezwolenia na prowadzenia działalności w zakresie zbierania odpadów objętych przedmiotem zamówienia – niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01;
2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 224 ust. 1 i art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S. również z tego powodu, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę jednostkową, tj. istotną część składową ceny oferty, za odbiór i transport odpadów segregowanych frakcji: szkło, papier i tektura, tworzywa sztuczne i odpady wielomateriałowe, która nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub bezwzględnie obowiązujących przepisach, ewentualnie naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy oraz art. 223 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, albowiem ta wydaje się być rażąco niska w kontekście wymogów określonych w dokumentach zamówienia i bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a także skalkulowana w sposób nieprawidłowy z uwagi na zaoferowanie takich samych cen jednostkowych za odbiór każdej frakcji odpadów.
Wniósł o:
1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:
a.odrzucenia oferty Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S. także z powodu nieposiadania uprawnień do zbierania odpadów objętych przedmiotem zamówienia;
b.odrzucenia oferty Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S. z powodu rażąco niskiej ceny, względnie ponowienie badania i oceny ofert i wezwania wskazanego wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy oraz/lub art. 223 ust. 1 ustawy;
2.zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.
Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, jednak wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej był możliwy wyłącznie z uwagi na odrzucenie oferty wykonawcy Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S. (dalej: W. Strach), tj. gdyby nie odrzucenie oferty tego wykonawcy, oferta odwołującego zostałaby sklasyfikowana na drugiej pozycji listy rankingowej, za ofertą W. Strach.
Ponieważ decyzja zamawiającego nie jest jeszcze ostateczna, wykonawca W. Strach nadal może doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, kwestionując poprawność decyzji podjętych w postępowaniu przez zamawiającego w stosownym postępowaniu odwoławczym. Mając to na uwadze, jak również wobec prekluzyjnego charakteru terminu na wniesienie odwołania od zaniechania dokonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, konieczne jest złożenie odwołania już w tym momencie.
W ocenie odwołującego czynność zamawiającego polegająca na wyborze jego oferty i odrzuceniu oferty wykonawcy W. Strach, choć jest co do zasady korzystna dla odwołującego, to w części zawiera niekorzystne dla odwołującego rozstrzygnięcie wyrażające się w zaniechaniu odrzucenia oferty drugiego z wykonawców z przyczyn innych niż wskazane w Informacji z 6 listopada 2024 r. zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy W. Stracha, albowiem ten nie posiadał zezwolenia na zbieranie odpadów obejmującego magazynowanie odpadów na terenie bazy magazynowo-transportowej położonej w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy. Analiza oferty W. Stracha wskazuje jednak na to, że W. Strach nie posiada również ważnej decyzji administracyjnej obejmującej zezwolenie na zbieranie odpadów o kodzie 20 03 01, tj. niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, które to są podstawowym rodzajem odpadów odbieranych z terenu gminy Szczytniki. Ponadto W. Strach zaoferował taką samą cenę jednostkową za odbiór i transport każdej z frakcji odpadów wymienionych w formularzu oferty. Zaoferowane ceny jednostkowe za odbiór i transport odpadów selektywnie zbieranych frakcje: papieru, tworzyw sztucznych i szkła są zbyt niskie w stosunku do wymogów realizacji zamówienia wynikających z dokumentów zamówienia oraz bezwzględnie obowiązujących przepisów, co prowadzi do wniosku, że oferta W. Strach winna być, przed podjęciem decyzji o jej odrzuceniu z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, poddana również badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny i zgodności z warunkami zamówienia.
Na odrzucenie oferty składa się podstawa faktyczna i podstawa prawna czynności zamawiającego, stąd też odrzucenie z jednego powodu nie oznacza automatycznego odrzucenia danej oferty również z innych powodów, nie wyrażonych w decyzji zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania. I tak, choć podstawą prawną odrzucenia z powodu nieposiadania odpowiedniej bazy magazynowo-transportowej jest art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy, to nie oznacza to odrzucenia oferty z powodu zarzucanej niniejszym odwołaniem wadliwości decyzji. Tym bardziej zasadne jest zaskarżenia zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, a wcześniej zaniechania przebadania oferty

W. Strach pod kątem rażąco niskiej ceny czy zgodności z warunkami zamówienia, skoro z uwagi na zastosowanie procedury odwróconej, okoliczności te były przez zamawiającego badane przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty W. Strach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy, a zamawiający nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy także z tych powodów.
Czynność zamawiającego rodzi zatem po stronie odwołującego ryzyko powstania szkody wyrażające się w ryzyku utraty możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia – w przypadku, gdyby doszło do skutecznego zaskarżenia odrzucenia oferty W. Stracha i w konsekwencji wybrania jej jako najkorzystniejszej. Odwołujący posiada zatem interes we wniesieniu odwołania, co znajduje potwierdzenie m. in. w wyroku z dnia 11 grudnia 2018r., KIO 1297/18 i argumentacji w tym wyroku podnoszonej.
20 listopada 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględniając podjętą przez zamawiającego dnia 20 listopada 2024 r. czynność uchylenia czynności z dnia 6 listopada 2024 r. (stosownie do załączonego pisma, skierowanego do wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie) zamawiający wniósł o wydanie przez KIO postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego, ze względu na to, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne (art. 568 pkt 2 ustawy).
Zamawiający oświadczył, że podjął czynność, która uchyla substrat zaskarżenia (co najmniej z przyczyn temporalnych) w konsekwencji czego, aktualnie rozpoznanie sprawy przez KIO stało się zbędne i w pełni uzasadnione, a w świetle judykatów KIO zgodne z ugruntowanym orzecznictwem, wydanie przez Izbę postanowienia na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy.
Do odpowiedzi załączył informację przekazaną wykonawcom, z której wynika, że zamawiający uchyla czynności podjęte dnia 6 listopada 2024r., polegające na:
1)wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy:
Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o.
Niedźwiady 38
62-800 Kalisz
2)odrzuceniu oferty wykonawcy:
Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S.
ul. Bór 169
42-202 Częstochowa
jednocześnie przystępując do ponowienia czynności składających się na badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu. Zważając na skorzystanie przez obu z ww. wykonawców z środków ochrony prawnej, zamawiający oświadczył, że ta czynność nie stanowi uwzględnienia żadnego z odwołań, w tym w sposób dorozumiany.
22 listopada 2024 r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania i wniósł o zwrot 90% uiszczonego wpisu.

Rozważania KIO w sprawie KIO 4183/24:

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.
KIO uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.
KIO dopuściła Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niedźwiadach 38 jako uczestnika postępowania.
KIO uznała, że zamawiający nie mageneralnego zakazu dokonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia po wniesieniu odwołania. Jedynym ustawowym zakazem w tym zakresie jest zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze (art. 577 ustawy). Zamawiający z tej możliwości skorzystał dokonując unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wniesione odwołanie wskazywało, że czynnością kwestionowaną przez odwołującego był właśnie wybór oferty najkorzystniejszej dokonany 6 listopada 2024r. Zamawiający 20 listopada 2024 r. czynność tę unieważnił, o czym powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu.
W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami zamawiającego może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.
Zgodnie ze stanowiskiem doktryny podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny

Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).
W ocenie KIO do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.
Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał czynności, zgodnych z żądaniem odwołania i korzystnych dla odwołującego, czyli unieważnił zaskarżoną przez odwołującego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpił do ponowienia czynności badania i oceny ofert.
Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed KIO nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował odwołujący.
Powyższe oznacza, że w momencie orzekania przez KIO nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.
A jednocześnie z dniem dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej otworzy się wykonawcom ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności zamawiającego.
Aby KIO mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W tej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej, a czynność ta 20 listopada 2024 r. została przez zamawiającego ubezskuteczniona.
Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Izba 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 KIO zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed KIO.
Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).
Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. KIO jest więc w takim przypadku zobowiązania uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie.
Skoro zamawiający unieważnił sporny wynik postępowania, tym samym spór przestał istnieć. Uznać w takiej sytuacji w ocenie KIO należy, że prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepisu ustawy – zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności zamawiającego. Orzekanie przez KIO wobec nowych czynności zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.
W konsekwencji mając na względzie okoliczności tej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy, umarzając postępowanie odwoławcze.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 Pzp w zw. z § 9 ust. 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) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie.
Na podstawie art. 574 ustawy Izba orzekała o dokonaniu zwrotu odwołującym uiszczonego przez nich wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.
W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy.

Rozważania KIO w sprawie KIO 4221/24:

Postępowanie należy umorzyć.
Odwołujący jednoznacznie i wyraźnie oświadczył, że cofa odwołanie w całości. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 520 ust. 1 i 2 ustawy, które stanowią, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy i cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem

odwołania do Prezesa KIO. W tym stanie rzeczy KIO wydała postanowienie o umorzeniu postępowania, działając na podstawie art. 568 ust. 1 ustawy.

Oświadczenie o wycofaniu odwołania stanowi czynność dyspozytywną wnoszącego odwołanie. Wycofanie odwołania wywołuje taki skutek jakby odwołanie nigdy nie było wniesione, tym samym inne czynności czy wnioski stron dokonane w postępowaniu odwoławczym należy potraktować jako niedokonane. Z tych względów KIO nie mogła brać pod uwagę wniosku zamawiającego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 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. 3 lit a cyt. rozporządzenia nakazując zwrot odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 90% uiszczonego wpisu.

Przewodnicząca:…….