

POSTANOWENIE

Warszawa, 26 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2024 roku przez wykonawcę Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 18 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Bałtów z siedzibą w Bałtowie 32

postanawia:

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 Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 18 tytułem zwrotu uiszczanego 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 4040/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym bez negocjacji, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu nieruchomości zamieszkałych oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Gminie Bałtów” ogłoszono w 28 października 2024 r., w Biuletynie Zamówień Publicznych nr ogłoszenia: 2024/BZP 00566341.

31 października 2024 r. wykonawca Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 23 października 2024 r. udzielonego przez pełnomocnika (pełnomocnictwo z dnia 7 maja 2021 r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta). Do odwołania dołączono dowód uiszczenia wpisu i przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 266 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r., poz. 1061 j.t. ze zm.), zwanej dalej: „kc” w zw. z art. 3531 kc w zw. z art. 387 § 1 kc przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie tzw. „poziomów recyklingu” w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (problemu słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych "u źródła", przeważającego udziału zmieszanych odpadów w całym strumieniu odpadów, jaki ma odebrać wykonawca w ramach zamówienia, sposobu obliczania poziomów recyklingu, wchodzącego w życie systemu kaucyjnego, który wpłynie na „jakość” strumienia odpadów, uwarunkowań technologicznych i rynkowych, w szczególności rygorystycznych wymogów stawianych przez recyklerów umożliwiających przekazanie odpadów do recyklingu, roli, jaką Zamawiający odgrywa w systemie gospodarki odpadami gminy) czego konsekwencją jest nałożenie na wykonawcę niemożliwego do spełnienia (z przyczyn niezależnych od wykonawcy) obowiązku osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanego w art. 3b ust. 1 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako „ucpg”) w wysokości 55 %, sankcjonowanego obowiązkiem zapłaty kary umownej (§7 ust. 1 -3 umowy), co z kolei narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności a także zasady współżycia społecznego, a w konsekwencji uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty (§6 ust. 7 lit. b) Umowy);

ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu)

2. 353(1) kc oraz art. 5 kc w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy przez sporządzenie umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim zamawiający zastrzega na swoją rzecz karę umowną za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu w wysokości rażąco wygórowanej i naruszającej zasadę proporcjonalności w tym znaczeniu, że zamawiający (przy ustalaniu wysokości tej kary i przenosząc na wykonawcę całe ryzyko nieosiągnięcia poziomów recyklingu) nie uwzględnił faktu, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko

działania wykonawcy, ale przede wszystkim działania zamawiającego, jak również tego, że jest to uzależnione od jakości zbiórki odpadów przez mieszkańców (tzw. zbiórka „u źródła”), wielkości udziału zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów, jakie odbiera wykonawca, a także od uwarunkowań technicznych i rynkowych (w szczególności od popytu na surowce, wymagań recyklerów) i realnych możliwości przekazania do recyklingu odebranych przez wykonawcę odpadów (§8 ust. 1-3 umowy);

2.art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 266 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy i art. 353(1) kc oraz art. 5 kc w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie tzw. poziomów recyklingu i związanych z nimi kar umownych w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, naruszający zasady współżycia społecznego, przy czym niejednoznaczność ta wyraża się w możliwości zmiany przez Zamawiającego jednej ze składowych wzoru, według którego ma być wyliczona kara umowna, co oznacza zastrzeżenie na swoją rzecz przez zamawiającego możliwości następczej (po zawarciu Umowy) zmiany sposobu wyliczenia kary umownej z tytułu nieosiągnięcia przez wykonawcę wymaganych poziomów recyklingu, co z kolei uniemożliwia wykonawcom należyte skalkulowanie ryzyka kontraktowanego związanego z niespełnieniem tego obowiązku (§8 ust. 2 i 3 umowy);

3.art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 266 ustawy w zw. z art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1-4 ustawy w zw. z art. 353(1) oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy przez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz uniemożliwiający zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego poprzez sformułowanie przez zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej w sposób niejednoznaczny i wewnętrznie sprzeczny, co z jednej strony uniemożliwia wykonawcom należyte skalkulowanie ryzyka kontraktowego, jakim jest wzrost cen świadczonych usług, a z drugiej strony czyni tę klauzulę pozorną i niespełniającą swojego celu, bowiem niejednoznaczność §7 ust. 11 umowy powoduje, że nie jest wiadome, po spełnieniu jakich warunków wykonawca będzie mógł ubiegać się o zmianę wynagrodzenia, co w praktyce powodować niemożność skutecznego dokonywania zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (§7 ust. 11 umowy);

4.art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy w zw. z art. 353(1) oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy przez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz nie umożliwiający zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego w zakresie, w jakim zamawiający uzależnia możliwość złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia od zmiany ceny materiałów lub kosztów o co najmniej 10%, co jest poziomem zbyt wygórowanym mając na uwadze aktualną sytuację rynkową, a jednocześnie wskazuje, że łączna wysokość zmiany wynagrodzenia wykonawcy nie może przekroczyć 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy, co z kolei jest progiem skrajnie niskim, co czyni projektowaną przez zamawiającego klauzulę waloryzacyjną pozorną, niezgodną z celem, jakemu klauzula ma służyć (§7 ust. 11 umowy);

5.art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 266 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co przejawia się niewskazaniem wprost, jakie odpady wykonawca będzie miał obowiązek odebrać bezpośrednio od mieszkańca, a jakie będzie odbierał z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (dalej jako „PSZOK”), przy czym literalne brzmienie postanowień umowy wskazuje dodatkowo to, że zamawiający oczekuje od wykonawcy świadczenia usługi, w zakresie jaki byłby niezgodny z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Bałtów, co rodzi niepewność po stronie wykonawcy co do rzeczywistych intencji zamawiającego i uniemożliwia mu należyte skalkulowanie ceny ofertowej;

6.353(1) kc oraz art. 5 kc w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy przez sporządzenie umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim Zamawiający zastrzega na swoją rzecz karę umowną w wysokości 10.000 zł za każdy przypadek wykonywania usługi bez GPS lub sprawnego systemu GPS, co stanowi karę umowną w wysokości rażąco wygórowanej i naruszającej zasady proporcjonalności, w tym znaczeniu, że do świadczenia usługi bez systemu GPS może dojść (i tak w praktyce się dzieje) z przyczyn niezależnych od wykonawcy (np. na skutek problemów z dostępem do Internetu), co automatycznie nie oznacza, że wykonawca dopuścił się jakiegokolwiek nieprawidłowości w świadczeniu usługi, a więc zastrzeżenie kary umownej w takiej wysokości powinno być uznane za rażąco wygórowane (§8 ust. 4 pkt 6 Umowy).

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji SWZ i umowy przez:

Co do poziomów recyklingu

1.Zmianę postanowień §6 ust. 7 lit. b) umowy przez wskazanie, że wykonawca zobowiązany będzie do poddania odpadów przetwarzaniu w sposób, który umożliwi w jak największym stopniu uzyskanie przez zamawiającego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych odebranych w ramach umowy, w wysokości wskazanej w art.3b ust.1 ucpg oraz usunięcie postanowień §8 ust. 1-3 umowy dotyczących kar za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu.

względnie (w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 petitum odwołania):

Zmianę §8 ust. 2 umowy przez obniżenie wysokości współczynnika, w oparciu o który zostanie wyliczona kara umowna tak, aby wykonawca i zamawiający w równym stopniu odpowiadali za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, czyli na przykład przez wprowadzenie następującego zapisu:

„Kary pieniężne, o których mowa w ust. 1, oblicza się jako iloczyn stawki 172 zł (połowa stawki opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 291 ust.1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2024 r. poz. 54 j.t. ze zm.) obowiązującej w dniu składania ofert) i brakującej masy odpadów komunalnych, wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami”, jak również poprzez wykreślenie §8 ust. 3 umowy.

2.wykreślenie §8 ust. 3 umowy;

Co do waloryzacji

3.zmianę §7 ust. 11 umowy przez sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób jednoznaczny i wewnętrznie spójny – przede wszystkim poprzez jednoznaczne wskazanie, w jaki sposób ustalana będzie zmiana wynagrodzenia i w jaki sposób określany będzie wpływ zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia, jak również poprzez jednoznaczne i uwzględniające aktualną sytuację rynkową określenie poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów, uprawniających strony do żądania zmiany wynagrodzenia, tj. na przykład w następujący sposób:

11. Przesłanki waloryzacji wynagrodzenia:

Na zasadach określonych w niniejszym paragrafie wynagrodzenie wykonawcy, o którym mowa w ust. 2 ulegnie zmianie w przypadku udowodnienia zmiany ceny rzeczy dostarczanych lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy na następujących zasadach:

1)Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia w przypadku wzrostu lub spadku:

a)cen przyjęcia do zagospodarowania odpadów komunalnych objętych przedmiotem umowy przez instalacje określone w §6 umowy, do których wykonawca przekazuje odebrane odpady komunalne z terenu Gminy Bałtów nad Wisłą, o więcej niż 3% względem ceny obowiązującej na dzień składania ofert, lub

b)cen paliwa (średnia cena paliwa w hurcie z okresu 6 miesięcy poprzedzających złożenie wniosku) o więcej niż 10% względem ceny z dnia składania ofert,

po uprzednim złożeniu przez wykonawcę lub zamawiającego wniosku o zmianę cen jednostkowych zagospodarowania odpadów komunalnych, o których mowa w §7 umowy, przy czym z pierwszym wnioskiem strona będzie mogła wystąpić po upływie 6 miesięcy od zawarcia umowy;

2)zmiana wynagrodzenia miesięcznego wykonawcy, spowodowana zmianą cen jednostkowych zagospodarowania odpadów komunalnych, o których mowa w §7 umowy z uwagi na zmianę wysokości cen w instalacji lub zmianę cen paliwa będzie obowiązywać od pierwszego dnia miesiąca, w którym złożono wniosek. Wykonawca winien wykazać bezpośredni wpływ wzrostu cen na koszty wykonania przedmiotu umowy, zarówno co do faktu, jak i co do wysokości, przedstawiając na to wiarygodne dowody, tj.,

a)obowiązujący po zmianach cennik przyjęcia odpadów przez instalację oraz cennik przyjęcia odpadów przez instalację obowiązujący w dniu składania ofert,

lub

b)zestawienie cen hurtowych paliw na podstawie archiwum cen publikowanych przez Orlen z okresu 6 miesięcy poprzedzających złożenie wniosku wraz ze średnią ceną paliwa w hurcie z tego okresu oraz udokumentować cenę paliwa z dnia składania ofert.

Wniosek zostanie rozpoznany w ciągu 14 dni od dnia złożenia wniosku. Z kolejnym wnioskiem o zmianę wysokości wynagrodzenia strona będzie mogła wystąpić po upływie 6 miesięcy od złożenia poprzedniego wniosku o zmianę wynagrodzenia z tego tytułu. Maksymalna zmiana wysokości wynagrodzenia z uwagi na zmiany cen w instalacjach przyjmujących odpady może wynieść do 20% dla każdej frakcji w okresie realizacji całej umowy.

Co do niejednoznaczności OPZ

4.doprecyzowanie §3 ust. umowy przez jednoznaczne wskazanie, jakie odpady wykonawca będzie miał obowiązek odbierać z PSZOK, a jakie odpady będzie miał obowiązek odbierać bezpośrednio od mieszkańców;

Co do rażącego wygórowania kary umownej za „brak dostępu do GPS”

5.obniżenie wysokości kary umownej za każdy przypadek wykonywania usługi bez GPS lub sprawnego systemu GPS, o której mowa w §8 ust. 4 pkt 6 umowy, w sposób adekwatny do uchybienia wykonawcy tj. np. do wysokości 1000 zł za każdy dzień, w którym usługa była wykonywana bez GPS lub bez sprawnego systemu GPS.

Odwolujący wskazał dodatkowo, że wskazane powyżej żądania obejmują także konieczność ewentualnej modyfikacji innych postanowień zawartych w dokumentach zamówienia, które nie zostały wprost wyartykułowane w żądaniu, ale

stanowią konsekwencję lub wynikają wprost z żądanych zmian, w związku z czym również powinny zostać wprowadzone.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i należyte skalkulowanie ceny ofertowej, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał ponadto, że objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą ww. czynności zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału odwołującego w postępowaniu.

25 listopada 2024 r. odwołujący złożył wniosek o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy - w związku z dokonaną przez zamawiającego modyfikacją warunków zamówienia w zakresie: sposobu obliczania kar za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, poziomu zmian cen, które umożliwiają ubieganie się waloryzację wynagrodzenia wykonawcy, rodzajów odpadów odbieranych z PSZOK, a także kar umownych za brak odczytów GPS, powodujących że nie istnieje już dokumentacja postępowania, której dotyczyło odwołania, a nadto mając na uwadze fakt, że zmiany wprowadzone przez zamawiającego są w znacznej mierze zbieżne z tymi, których odwołujący domagał się w swoim odwołaniu, co powinno być poczytywane przez KIO jako uwzględnienie następujących zarzutów: zarzutu ewentualnego z pkt 1 petitum odwołania, z pkt 4 petitum odwołania, z pkt 5 petitum odwołania, z pkt 6 petitum odwołania.

Nadto oświadczył, że wycofuje: zarzut podstawowy z pkt 1 petitum odwołania, z pkt 2 petitum odwołania, z pkt 3 petitum odwołania. W związku z powyższym, i mając na uwadze faktyczne uwzględnienie pozostałych zarzutów przez zamawiającego, czego wyrazem jest dokonana przez niego modyfikacja SWZ, wskazał, że spełnione są też przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego także na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy.

Rozważania KIO:

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 uznała, że zamawiający nie ma generalnego 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 modyfikacji treści SWZ, na co dowody przedłożył odwołujący przy piśmie z 25 listopada 2024 r. Wniesione odwołanie wskazywało, że czynnością kwestionowaną przez odwołującego była właśnie pierwotna treść SWZ.

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, w przeważającej mierze zgodnych z żądaniem odwołania i korzystnych dla odwołującego, co sam odwołujący przyznał w piśmie z 25 listopada 2024 r. zmodyfikował treść SWZ w zakresie sposobu obliczania kar za nieosiągnięcie poziomów recyklingu, poziomu zmian cen, które umożliwiają ubieganie się waloryzację wynagrodzenia wykonawcy, rodzajów odpadów odbieranych z PSZOK, a także kar umownych za brak odczytów GPS.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed KIO nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania - zarzutu ewentualnego z pkt 1 petitum odwołania, z pkt 4 petitum odwołania, z pkt 5 petitum odwołania, z pkt 6 petitum odwołania i których prawidłowość kwestionował odwołujący. Sam odwołujący dokonaną modyfikację ocenił jako częściowe uwzględnienie zarzutów odwołania. Przy czym KIO zwraca uwagę, że zamawiający nie dokonał czynności uwzględnienia zarzutów odwołania w postępowaniu odwoławczym w rozumieniu art. 522 ustawy. Postępowanie

odwoławcze jest odrębnym postępowaniem od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem jeśli zamawiający nie podjął czynności procesowej uwzględnienia zarzutów odwołania, KIO nie ma podstaw do dokonania czynności umorzenia postępowania w oparciu o normę art. 522 ustawy, gdyż nie może w tym zakresie domniemać czynności procesowej zamawiającego.

Odwołujący z pozostałym zakresie wycofał odwołanie, podejmując czynność dyspozytywną, która powoduje, że zarzuty wycofane należy uznać za nie podniesione, bo zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy i cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa KIO. Skoro możliwe jest wycofanie odwołania, to tym bardziej możliwe jest wycofanie poszczególnych zarzutów odwołania.

Powyższe oznaczają, że w momencie orzekania przez KIO nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

A jednocześnie z dniem dokonania modyfikacji SWZ otworzył 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 ustaleniu pierwotnej treści SWZ, a czynność ta 22 listopada 2024 r. została przez zamawiającego ubezskutezczona.

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 zobowiązana uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie.

Skoro zamawiający zmodyfikował sporną treść SWZ, tym samym spór przestał istnieć. Uznać w takiej sytuacji w ocenie KIO należy, że prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis 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 orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującym uiszczanego 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.

Przewodnicząca:.....