**Sygn. akt: KIO 1258/24**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 29.04. 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca:Agata Mikołajczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2024 r. przez Odwołującego: **Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z/s w Kaliszu**(Niedźwiady 38, 62800 Kalisz) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gmina Mycielin** (Słuszków 27, 62831 Słuszków),
- przy udziale uczestników po stronie Odwołującego:
**A.Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. z/s w Kaliszu** ul. Bażancia 1a, 62-800 Kalisz)
B.**D.B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Oczyszczania Terenu BAKUN D.B. z/s w Krzymowie** (Roztoka 6, 62-513 Krzymów)

**postanawia:**

1.Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2.Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego: **Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z/s w Kaliszu**(Niedźwiady 38, 62800 Kalisz) kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczonego przez odwołującego od odwołania;

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

**……**

**Sygn. akt: KIO 1258/24**

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2024r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z/s w Kaliszu (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Gmina Mycielin.
Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Świadczenie usług odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu Gminy Mycielin z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy nr referencyjny: ZP.271.1.2.2024 (dalej: Postępowanie). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. w dniu 3 kwietnia 2024 r. numer wydania S: 66/2024, numer ogłoszenia: 194899-2024.
Wykonawca podał, że wnosi odwołanie (...) *wobec treści Ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz dokumentów zamówienia – Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) oraz Załączników do SWZ, w tym postanowień umownych, w postaci:*
*I.Punktu 5.1.9 Ogłoszenia wszczynającego postępowanie (dalej: Ogłoszenie), punktu 4.1. i 7.2.3 lit. b) SWZ, punktu II.1.2), punktu V.1 Załącznika nr 10 do SWZ – Opis*
*Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ) i § 1 ust. 1 i 2 Załącznika nr 11 do SWZ – Istotne postanowienia umowy (dalej: Projekt umowy);*
*II.Punktu 5.1.9 Ogłoszenia, punktu 7.2.3 lit. b) SWZ, punktu II.1.2) OPZ, § 1 ust. 2 Projektu umowy;*
*III.Punktu 24.11 SWZ i § 14 ust. 8 Projektu umowy;*
*IV.Załącznika nr 2 do SWZ – Formularz cenowy (dalej: Formularz cenowy), punktu I.9 OPZ, punktu II.3.13) OPZ w zw. z § 1 ust. 2 Projektu umowy i § 5 ust. 1 i 4 Projektu umowy;*
*V.Punktu I.11 OPZ, § 3 ust. 11 i § 12 Projektu umowy;*
*VI.Punktu II.3.18) OPZ w zw. z § 1 ust. 2 Projektu umowy;*
*VII.§ 8 ust. 1 pkt 8), § 8 ust. 2, § 8 ust. 4 pkt 1 i § 8 ust. 5 Projektu umowy;*
*VIII.§ 9 Projektu umowy;*
*IX.§ 12 ust. 2, § 12 ust. 9-11, § 12 ust. 15-16 Projektu umowy*."
Dalej podał: „*Zaskarżonemu Ogłoszeniu i dokumentacji zarzucam:*
1.[*w odniesieniu do punktu I powyżej, tj. pkt 5.1.9 Ogłoszenia, pkt 4.1 i 7.2.3 lit. b) SWZ, pkt II.1.2) i V.1 OPZ, § 1 ust. 1 i 2*

*Projektu umowy] naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p., art. 116 ust. 1 p.z.p. oraz art. 68a ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 68b pkt 3 lit. d) ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2023 r. poz. 875, dalej: ustawa o elektromobilności lub u.o.e.), poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z pominięciem obowiązku spoczywającego na zamawiającym z mocy bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy o elektromobilności, zaniechanie wprowadzenia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym, w tym pojazdami rodzaju i ilości określonymi w ustawie o elektromobilności, a w konsekwencji naruszenie obowiązku prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, proporcjonalny i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;*

*2.[w odniesieniu do punktu II powyżej, tj. pkt 5.1.9 Ogłoszenia, pkt 7.2.3 lit. b) SWZ, pkt II.1.2) OPZ, § 1 ust. 2 Projektu umowy] naruszenie art. 116 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p., poprzez wprowadzenie warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania przez wykonawców potencjałem technicznym w postaci jedynie dwóch pojazdów spełniających normę emisji spalin Euro 5, zaniechanie wprowadzenia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym, tj. co najmniej pięcioma pojazdami spełniającymi normę emisji spalin Euro 5, tym samym zaniechanie wprowadzenia warunków udziału w postępowaniu, które zapewnią najlepszą jakość usług oraz najlepsze efekty zamówienia, w tym efekty środowiskowe, a w konsekwencji naruszenie obowiązku prowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;*

*3.[w odniesieniu do punktu III powyżej, tj. pkt 24.11 SWZ i § 14 ust. 8 Projektu umowy] naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 2 p.z.p., poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprzejrzysty, wprowadzenie przez zamawiającego uprawnienia pozwalającego na zachowanie części zabezpieczenia należytego wykonania umowy na okres gwarancji i rękojmi, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia nie jest objęty gwarancją lub rękojmią, określenia terminu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sposób nieprecyzyjny i niejasny, albowiem odwołujący się do odbioru końcowego przedmiotu Umowy, podczas gdy Projekt umowy nie zawiera postanowień odwołujących się do sposobu i terminu odbioru końcowego, co uniemożliwia właściwe oszacowanie ryzyka gospodarczego oraz kosztów ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a konsekwencji utrudnia właściwą kalkulację oferty przez wykonawcę;*

*4.[w odniesieniu do punktu IV powyżej, tj. Formularza cenowego, pkt I.9 OPZ, pkt II.3.13) OPZ w zw. z § 1 ust. 2 i § 5 ust. 1 i 4 Projektu umowy] naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 134 ust. 1 pkt 17 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 2 p.z.p., poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprzejrzysty, a także wewnętrznie sprzeczny, w postaci wskazania rozbieżnych ilości odbieranych odpadów w OPZ i Formularzu cenowym, wskazania różnych rodzajów odbieranych odpadów w OPZ i Formularzu cenowym, a tym samym wprowadzenia nieprzejrzystego sposobu obliczenia ceny oferty, co uniemożliwia właściwe oszacowanie zakresu zlecanej zamówieniem usługi, potencjalnych przychodów i kosztów realizacji zamówienia, a tym samym właściwą kalkulację oferty przez wykonawcę;*

*5.[w odniesieniu do punktu V powyżej, tj. pkt I.11 OPZ w zw. z § 1 ust. 2 Projektu umowy, § 3 ust. 11 i § 12 Projektu umowy] naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 2 p.z.p., art. 58 § 1 i 2 k.c., art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p., poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprzejrzysty, wadliwe przygotowanie specyfikacji warunków zamówienia wyrażające się w sformułowanie projektowanych postanowień umownych w sposób niejasny i przerzucający na wykonawcę całe ryzyko związane z awarią bądź przestojem technologicznym instalacji, która podlega Zamawiającemu, jako gminie zrzeszonej w Związku Międzygminnym „Czyste Miasto, Czysta Gmina", zaniechanie wprowadzenia postanowień dotyczących zmiany wynagrodzenia w razie zmiany instalacji, w konsekwencji naruszenie natury i istoty zobowiązania, oraz zasad współżycia społecznego, co uniemożliwia właściwe oszacowanie zakresu zlecanej zamówieniem usługi, potencjalnych przychodów i kosztów realizacji zamówienia, ryzyka gospodarczego i cenowego, a tym samym właściwą kalkulację oferty przez wykonawcę, zwłaszcza wobec niejasnego wskazania rodzaju i ilości odpadów podlegających odbiorowi i transporcie do instalacji;*

*6.[w odniesieniu do punktu VI powyżej, tj. pkt II.3.18) OPZ] naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 5 ust. 1 lit. a) – c) i art. 6 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz. Urz. UE L 2016, nr 119, s. 1; dalej: RODO) w zw. z art. 58 § 1 k.c. i art. 3531 k.c., w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p., poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprzejrzysty, tj. nałożenie na wykonawcę obowiązku powiadomienia telefonicznego mieszkańców gminy o niemożności odbioru odpadów z powodu prowadzonych remontów dróg lub złych warunków technicznych drogi, niewskazanie sposobu uzyskania danych osobowych, które miałyby być wykorzystane do realizacji tego obowiązku, a tym samym nałożenie na wykonawcę obowiązku nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia w postaci konieczności zebrania danych osobowych – numerów telefonu oraz adresów mieszkańców, sporządzenie projektu postanowień umownych z naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, co uniemożliwia ocenę zakresu obowiązków umownych,*

*właściwe oszacowanie ryzyka gospodarczego i ryzyka związanego z odpowiedzialnością za naruszenie bezpieczeństwa danych, a tym samym właściwą kalkulację oferty przez wykonawcę;*

*7.[w odniesieniu do punktu VII powyżej, tj. § 8 ust. 1 pkt 8), § 8 ust. 2, § 8 ust. 4 pkt 1 i § 8 ust. 5 Projektu umowy] naruszenie art. 433 pkt 2 p.z.p., art. 58 § 1 i 2 k.c., art. 3531 k.c., art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c., art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2023 poz. 1790, dalej: ustawa o transakcjach handlowych albo u.t.h.) art. 498 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p., poprzez wprowadzenie projektowanych postanowień umownych, które są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami, zasadami współżycia społecznego i które naruszają istotę i naturę zobowiązania, w tym równowagę kontraktową stron, tj. wprowadzenie odpowiedzialności w postaci kar umownych za zdarzenia niezależne od wykonawcy, ustanowienie rażąco wygórowanej kary umownej, wprowadzenie kary umownej za niewykonanie zobowiązania pieniężnego, wprowadzenie możliwości potrącenia przez Zamawiającego niewymagalnych wierzytelności, co uniemożliwia właściwą ocenę ryzyka gospodarczego i cenowego, a tym samym właściwą kalkulację oferty przez wykonawcę;*

*8.[w odniesieniu do punktu VIII powyżej, tj. § 9 Projektu umowy] naruszenie art. 433 pkt 3 p.z.p., art. 58 § 1 i 2 k.c., art. 3531 k.c., w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p., poprzez wprowadzenie projektowanych postanowień umownych, które są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami, zasadami współżycia społecznego i które naruszają istotę i naturę zobowiązania, w tym równowagę kontraktową stron, a także przenoszą na wykonawcę odpowiedzialność za zdarzenia, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, tj. przeniesienie przez Zamawiającego na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu za odebrane odpady – obowiązku nałożonego na Zamawiającego przez ustawodawcę w art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w sytuacji, gdy wskaźniki recyklingu i odzysku zależą przede wszystkim od samego Zamawiającego, tj. podejmowanych m.in. na podstawie u.c.p.g. działań wobec mieszkańców w zakresie prawidłowego wytwarzania odpadów oraz wybranej przez Zamawiającego instalacji zagospodarowującej odpady i przyjętego sposobu zagospodarowania odpadów, tj. ZUOK „Orli Staw" podlegającej Zamawiającemu jako gminie tworzącej Związek Międzygminny „Czyste Miasto, Czysta Gmina", co uniemożliwia właściwą ocenę ryzyka gospodarczego związanego z niewykonaniem zobowiązania, zwłaszcza wobec niejasnego wskazania rodzaju i ilości odpadów podlegających odbiorowi i transporcie do instalacji, a tym samym właściwą kalkulację oferty przez wykonawcę;*

*9.[w odniesieniu do punktu IX powyżej, tj. § 12 ust. 2, ust. 9-11 i ust. 15-16 Projektu umowy] naruszenie art. 433 pkt 4 p.z.p., art. 436 pkt 4 p.z.p. i art. 439 ust. 1 p.z.p. i art. 58 § 1 i 2 k.c. oraz art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p., poprzez wprowadzenie projektowanych postanowień umownych, które są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami, zasadami współżycia społecznego i które naruszają istotę i naturę zobowiązania, w tym równowagę kontraktową stron, zaniechanie wprowadzenia postanowień umownych obejmujących waloryzację wynagrodzenia z przyczyn zwiększenia obciążeń publicznoprawnych lub wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę począwszy od dnia wejścia w życie tych zmian, lecz dopiero po 12 miesiącach obowiązywania umowy, zaniechanie wprowadzenia mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia po 6 miesiącach obowiązywania umowy, wprowadzenia progu dla zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na poziomie, który czyni iluzorycznym skorzystanie z mechanizmu waloryzacji, ograniczenie maksymalnego poziomu waloryzacji wynagrodzenia do poziomu, który rażąco przenosi na wykonawcę wzrost kosztów, zwłaszcza w razie rażącego zwiększenia się kosztów wykonania zamówienia, wprowadzenia możliwości zmiany umowy w razie uruchomienia PSZOK, w tym ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, jak również bez określenia przesłanek zmiany i sposobu zmiany umowy, co uniemożliwia właściwą ocenę ryzyka gospodarczego związanego z realizacją zobowiązania, zwłaszcza wobec niejasnego wskazania rodzaju i ilości odpadów podlegających odbiorowi i transporcie do instalacji, a tym samym właściwą kalkulację oferty przez wykonawcę".*

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

*„1.przeprowadzenie dowodu z dokumentu obwieszczenia Wojewody Wielkopolskiego z dnia 9 listopada 2021 r. w sprawie ogłoszenia zmiany statutu Związku Komunalnego Gmin „Czyste Miasto, Czysta Gmina" z siedzibą w Kaliszu (Dz. Urz. Woj. Wlkp. 2021 r. poz. 8287), celem wykazania, że Zamawiający jest członkiem (założycielem) Związku Międzygminnego prowadzącego instalację Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych „Orli Staw" (dalej: Statut);*

*2.uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:*

*a.dostosowania brzmienia punktu 4.2.2) Ogłoszenia, punktu 7.2.3 lit. b) SWZ, punktu II.1.2) punktu V.1 OPZ i § 1 ust. 1 Projektu umowy w sposób odpowiadający wymogom art. 116 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 68a ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 68b pkt 3 lit. d) ustawy o elektromobilności, tj. wprowadzenia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym, w tym pojazdami rodzaju i ilości zapewniającymi realizację zamówienia zgodnie z art. 68a ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 68b pkt 3 lit. d) ustawy o elektromobilności oraz wprowadzenia wymogu realizacji zamówienia zgodnie z przepisami tejże ustawy;*

*b.dostosowania brzmienia punktu 5.1.9 Ogłoszenia, punktu 7.2.3 lit. b) SWZ, punktu II.1.2) OPZ w sposób odpowiadający wymogom art. 116 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 17 ust. 1 p.z.p., tj. wprowadzenia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym – pojazdami spełniającymi normę emisji spalin co najmniej Euro 5;*

*c.dostosowaniu brzmienia punktu 24.11 SWZ i § 14 ust. 8 Projektu umowy do przedmiotu zamówienia, tj. usługi, a nie robót budowlanych;*

*d.dostosowania brzmienia Formularza cenowego, punktu I.9 OPZ, punktu II.3.13) OPZ do wymogów wynikających z art. 99 ust. 1 p.z.p. i art. 134 ust. 1 pkt 17 p.z.p., poprzez usunięcie wewnętrznej sprzeczności pomiędzy tymi postanowieniami i dokumentami, jednoznaczne określenie szacowanych ilości odpadów podlegających odbiorowi, jednoznaczne określenie rodzajów odpadów podlegających odbiorowi i dostosowanie Formularza cenowego do zmienionych postanowień;*

*e.dostosowanie brzmienia punktu I.11 OPZ, § 3 ust. 11 i § 12 Projektu umowy do wymogów wynikających z art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 2 p.z.p., art. 58 § 1 i 2 k.c., art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p., tj. wprowadzenia obowiązku powiadamiania wykonawcy przez Zamawiającego o awarii lub przestoju instalacji, wprowadzenia możliwości korzystania ze stacji przeładunkowej celem transportu odpadów do zastępczej instalacji, wprowadzenia postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia w przypadku awarii lub przestoju technologicznego instalacji ZUOK „Orli Staw"; f. dostosowanie brzmienia punktu II.3.18) OPZ do wymogów wynikających z art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 5 ust. 1 i art. 6 ust. 1 RODO, poprzez usunięcie obowiązku telefonicznego powiadamiania mieszkańców o niemożności odbioru odpadów przez wykonawcę;*

*g.dostosowanie brzmienia § 8 ust. 1 pkt 8), § 8 ust. 2, § 8 ust. 4 pkt 1 i § 8 ust. 5 Projektu umowy do wymogów wynikających z art. 433 pkt 2 p.z.p., art. 58 § 1 i 2 k.c., art. 3531 k.c., art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c., art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy o transakcjach handlowych albo u.t.h., art. 498 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p., poprzez:*

*i.ograniczenie odpowiedzialności wskazanej w § 8 ust. 1 pkt 8) do przyczyn, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność,*

*ii.ograniczenie możliwości potrącenia, o którym mowa w § 8 ust. 2 wyłącznie do wymagalnych wierzytelności,*

*iii.usunięcie § 8 ust. 4 pkt 1, iv. sprecyzowanie § 8 ust. 5;*

*h.usunięcie § 9 Projektu umowy;*

*i.dostosowanie instytucji zmiany wynagrodzenia do wymogów wynikających z art. 436 pkt 4 p.z.p. oraz art. 439 p.z.p. poprzez:*

*i.usunięcie § 12 ust. 2,*

*ii.obniżenie poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów wskazanego w § 12 ust. 9,*

*iii.usunięcie § 12 ust. 10 i 11,*

*iv.usunięcie § 12 ust. 15 lub podwyższenie progu procentowego wskazanego w tym postanowieniu,*

*v.doprecyzowanie zasad zmiany umowy w razie uruchomienia PSZOK;*

(...)

Odwołujący podał: „*Zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ zamierza ubiegać się o uzyskanie zamówienia jako przedsiębiorca prowadzący działalność w zakresie będącym przedmiotem postępowania. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia, zaś sformułowane przez Zamawiającego niezgodnie z prawem treść ogłoszenia i specyfikacji, uniemożliwia Odwołującemu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji*.(...)

**Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego** przystąpienie zgłosiło dwóch wykonawców: (1) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. z/s w Kaliszu; (2) D.B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Oczyszczania Terenu BAKUN D.B. z/s w Krzymowie – wnosząc o uwzględnienie odwołania.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** (pismo z dnia 24.04.24) podał: (...) wnoszę o:

1.odrzucenie odwołania, albowiem dotyczy ono czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, ewentualnie oddalenie odwołania w całości.

2.zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wskazał:

I.W dniu 15 kwietnia 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie do KIO wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz dokumentów zamówienia – Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz Załączników do SWZ, w tym

postanowień umownych, w postaci:
1)Punktu 5.1.9 Ogłoszenia wszczynającego postępowanie (dalej: Ogłoszenie), punktu 4.1. i 7.2.3 lit. b) SWZ, punktu II.1.2), punktu V.1 Załącznika nr 10 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ) i § 1 ust. 1 i 2 Załącznika nr 11 do SWZ – Istotne postanowienia umowy (dalej: Projekt umowy);
2)Punktu 5.1.9 Ogłoszenia, punktu 7.2.3 lit. b) SWZ, punktu II.1.2) OPZ, § 1 ust. 2 Projektu umowy;
3)Punktu 24.11 SWZ i § 14 ust. 8 Projektu umowy;
4)Załącznika nr 2 do SWZ – Formularz cenowy (dalej: Formularz cenowy), punktu I.9 OPZ, punktu II.3.13) OPZ w zw. z § 1 ust. 2 Projektu umowy i § 5 ust. 1 i 4 Projektu umowy;
5)Punktu I.11 OPZ, § 3 ust. 11 i § 12 Projektu umowy;
6)Punktu II.3.18) OPZ w zw. z § 1 ust. 2 Projektu umowy;
7)§ 8 ust. 1 pkt 8), § 8 ust. 2, § 8 ust. 4 pkt 1 i § 8 ust. 5 Projektu umowy;
8)§ 9 Projektu umowy;
9)§ 12 ust. 2, § 12 ust. 9-11, § 12 ust. 15-16 Projektu umowy.
II.Zarzuty i wnioski odwołania z dnia 15.04.2024 r. obejmują w pełni treść wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, jakie Odwołujący złożył w toku postępowania Zamawiającemu pismem z dnia 10.04.2024 r.
III.W dniu 18.04.2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na wniosek Odwołującego o wyjaśnienie treści SWZ z dnia 10.04.2024 r. i dokonał modyfikacji treści SWZ, w tym także załączników do SWZ w postaci Formularza ofertowego i Projektu umowy (zał. nr 2).
IV.W dniu 19.04.2024 r. Zamawiający opublikował na stronie prowadzonego postępowania Wyjaśnienia wraz z modyfikacją treści SWZ z dnia 18.04.2024 r. oraz ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu nr 234614-2024, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19.04.2024 r. (zał. nr 3). W tym samym dniu, Zamawiający powiadomił Odwołującego, za pośrednictwem swojej platformy zakupowej, o opublikowanych wyjaśnieniach SWZ oraz dokonanych modyfikacjach SWZ, w związku z jego wnioskiem z dnia 15.04.2024 r.
V.W ww. Wyjaśnieniach treści SWZ Zamawiający uwzględnił wszystkie zarzuty Odwołującego do dokumentacji postępowania z wniosku z dnia 15.04.2024 r. oraz dokonał modyfikacji treści SWZ (w tym także załączników do SWZ w postaci Formularza ofertowego i Projektu umowy) zgodnie z wnioskiem Odwołującego w tym zakresie.
VI.W świetle powyższego, odwołanie Odwołującego stało się w sprawie bezprzedmiotowe, w związku z czym powinno podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 528 pkt 5 PZP.
VII.Z ostrożności, jeżeli KIO uzna, iż w rozpatrywanym przypadku nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania Odwołującego, Zamawiający wskazuje, że w zaistniałej sytuacji, wobec zmian treści SWZ i załączników do SWZ w postaci Formularza ofertowego i Projektu umowy dokonanych przez Zamawiającego w dniu 18.04.2024 r., zgodnych z wnioskiem Wykonawcy z dnia 15.04.2024 r., odwołanie Odwołującego jest bezpodstawne i powinno podlegać oddaleniu.
Do odpowiedzi załączył pismo z dnia 18 kwietnia 2024 r. oznaczone „WYJASNIENIA TRESCI SWZ" o treści jak poniżej:
(...)
Zamawiający, Gmina Mycielin, działając na podstawie art. 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023r. poz. 1605), udostępnia poniżej treść zapytań do Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej "SWZ") wraz z wyjaśnieniami: (...)

**Odwołujący** w piśmie procesowym z dnia 25.04.2024 r. podał: (...)

*Działając w imieniu Odwołującego – Przedsiębiorstwa Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o., w powołaniu na pełnomocnictwo, które wraz z dowodem uiszczania opłaty skarbowej zostało załączone do odwołania, wobec treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2024 r.:*
*1.w razie przyjęcia, że Zamawiający faktycznie w całości uwzględnił zarzuty z odwołania, na podstawie art. 522 ust. 1 p.z.p. wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym;*
*2.ewentualnie w razie przyjęcia przez Izbę, że Zamawiający nie uwzględnił w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu – a to wobec sposobu zmiany dokumentacji w zakresie zarzutu nr 2 przedstawionego w odwołaniu – z ostrożności procesowej na podstawie art. 520 ust. 1 p.z.p. cofam odwołanie oraz na podstawie art. 520 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 568 pkt 1 p.z.p. wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego;*
*3.na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 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; dalej: rozporządzenie w sprawie kosztów) wnoszę o orzeczenie o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu. (...)*
*W uzasadnieniu stanowiska podał:*
*W dniu 24 kwietnia 2024 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu Odpowiedź na odwołanie.W odpowiedzi wskazano, że zarzuty w całości zostały uwzględnione, wskutek czego doszło do zmiany treści dokumentacji postępowania. Z tego powodu zasadne jest umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 1 p.z.p.*

*Marginalnie wskazać należy, że sposób uwzględnienia zarzutu oznaczonego w odwołaniu pkt 2 nie w pełni odpowiada żądaniom przedstawionym w odwołaniu. Niemniej, z uwagi na zasady ekonomiki postępowania, z ostrożności procesowej Odwołujący cofa odwołanie w zakresie ewentualnie nieuwzględnionym.*
*W świetle powyższego zasadny jest wniosek Odwołującego o zwrot całości wpisu – stosownie do treści § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie kosztów.*"

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 24/04/24 wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, ewentualnie o jego oddalenie.

Odwołujący z kolei w piśmie procesowym z dnia 24/04/24 wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust.1 ustawy Pzp, ewentualnie oświadczył o cofnięciu odwołania na podstawie art. 520 ust.1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając te wnioski stwierdziła w pierwszej kolejności, że wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania wykonawcy na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Wskazany przepis stanowi: „*Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:* (...)

5)*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*; (...)

Izba ustaliła, że odwołanie wniesione w dniu 15 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczy (…) *treści Ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz dokumentów zamówienia – Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) oraz Załączników do SWZ, w tym postanowień umownych (...)*Publikacja Ogłoszenia o zamówieniu i udostępnienie Specyfikacji Warunków Zamówienia nastąpiło w dniu 3 kwietnia 2024 r. Termin na wniesienie odwołania upływał, z uwagi na art. 515 ust.2 ustawy Pzp w związku z art. 509 tej ustawy – w dniu 15 kwietnia 2024 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, że:

„*III. Zarzuty i wnioski odwołania z dnia 15.04.2024 r. obejmują w pełni treść wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, jakie Odwołujący złożył w toku postępowania Zamawiającemu pismem z dnia 10.04.2024 r.*

*IV. W dniu 18.04.2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na wniosek Odwołującego o wyjaśnienie treści SWZ z dnia 10.04.2024 r. i dokonał modyfikacji treści SWZ, w tym także załączników do SWZ w postaci Formularza ofertowego i Projektu umowy (zał. nr 2).*

*IV.W dniu 19.04.2024 r. Zamawiający opublikował na stronie prowadzonego postępowania Wyjaśnienia wraz z modyfikacją treści SWZ z dnia 18.04.2024 r. oraz ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu nr 234614-2024, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19.04.2024 r. (zał. nr 3). W tym samym dniu, Zamawiający powiadomił Odwołującego, za pośrednictwem swojej platformy zakupowej, o opublikowanych wyjaśnieniach SWZ oraz dokonanych modyfikacjach SWZ, w związku z jego wnioskiem z dnia 15.04.2024 r.*"

W niniejszej sprawie wskazana przez Zamawiającego przesłanka nie ma zastosowania. Nie doszło bowiem ani (1) do wykonania zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu (2) ani do uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w rozumieniu art. 522 ustawy Pzp, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, o których to przesłankach stanowi art. 528 pkt 5 Pzp.

W tej sprawie wykonawca wnoszący odwołanie w piśmie z dnia 10 kwietnia 2024 r. skierowanym do Zamawiającego podał: (...) *wnoszę o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) – postanowień wskazanych poniżej. Z uwagi na rażącą niezgodność postanowień dokumentacji z przepisami p.z.p. i termin na złożenie odwołania od dokumentacji postępowania, wnoszę o udzielenie odpowiedzi najpóźniej do dnia 11 kwietnia 2024 r. włącznie*. (...)

Zamawiający stanowisko w sprawie przedstawił w dniu 18 kwietnia 2024r., a zatem po upływie terminu na wniesienie odwołania. Tym samym wniesienie odwołania przez wykonawcę było prawidłowe, albowiem do dnia 15 kwietnia br, wykonawca nie poznał stanowiska Zamawiającego, co do spornych postanowień dokumentacji, a dalsze oczekiwanie powodowałoby utratę prawa do wniesienia odwołania.

Izba ponadto zwraca uwagę, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie skierowanej w cytowanym powyżej piśmie z dnia 24.04.2024 r. nie wnosi alternatywnie o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust.1 Pzp z uwagi na brak przystąpienia po jego stronie Uczestnika, ale o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu stanowiska w przedmiocie tego alternatywnego wniosku (w pkt V odpowiedzi) nawiązując do udzielonych wyjaśnień treści SWZ z dnia 18.04.2024 r. podał: (...) *Zamawiający uwzględnił wszystkie zarzuty Odwołującego do dokumentacji postępowania z wniosku z dnia 15.04.2024 r. oraz dokonał modyfikacji treści SWZ (w tym także załączników do SWZ w postaci Formularza ofertowego i Projektu umowy) zgodnie z wnioskiem Odwołującego w tym zakresie*".

Zgodnie z art. 521 ust. 2 ustawy Pzp: *„Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ustosunkowuje się do treści odwołania, wskazuje twierdzenia i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub w celu odparcia wniosków i twierdzeń*

*powołanych w odwołaniu*." Z kolei zgodnie z art. 522 ust. 1: „*W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu*. (...)

Z treści tych przepisów wynika zatem, że na gruncie ustawy Pzp, o decyzji uwzględniającej zarzuty odwołania, czy to w całości, czy w części, w trybie przewidzianym ustawą Pzp, Zamawiający odnosząc się do zarzutów odwołania, powinien poinformować w odpowiedzi na odwołanie kierowanej w pierwszej kolejności do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Ważne jest bowiem, aby wola uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu została wyrażona w sposób niebudzący wątpliwości. Od takiej bowiem czynności możliwe jest wniesienie sprzeciwu w rozumieniu art. 523 ust.1 ustawy Pzp przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego lub też umorzenie postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą. W tym stanie faktycznym brak jest co prawda takiego zgłoszenia po stronie zamawiającego, jednakże nie ma to wpływu na ocenę czynności Zamawiającego. Z treści wskazanych dokumentów wynika bowiem, że dokonane czynności przez Zamawiającego są skutkiem jakie ten podjął w ramach samokontroli, a nie w trybie przewidzianym art. 522 ustawy Pzp.

Izba, mając na uwadze stan faktyczny tej sprawy, jednocześnie uznała że postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlega umorzeniu, ale na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp,

W myśl tego przepisu: „Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (...) 2)*stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne;(...)*

Analiza materiału w tej sprawie po pierwsze potwierdza, że dokonane w ramach samokontroli czynności związane ze zmianą spornych postanowień dokumentacji zaskarżone w odwołaniu stały się prawomocne. Zgodnie z pkt IV odpowiedzi zmiany zostały opublikowane w dniu 19.04.2024 r. na stronie prowadzonego postępowania: *„Wyjaśnienia wraz z modyfikacją treści SWZ z dnia 18.04.2024 r.,"*a ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu nr 234614-2024, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej także w dniu 19.04.2024 r. (...)."

Powyższe okoliczności przyznał także Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 25.04.2024 r. W uzasadnieniu alternatywnych wniosków – powołując się na stanowisko z odpowiedzi - podał w szczególności: (...) *zarzuty w całości zostały uwzględnione, wskutek czego doszło do zmiany treści dokumentacji postępowania".* W tym piśmie podał ponadto: *„Marginalnie wskazać należy, że sposób uwzględnienia zarzutu oznaczonego w odwołaniu pkt 2 nie w pełni odpowiada żądaniom przedstawionym w odwołaniu".*

Tym samym dokonanie prawomocnej czynności zmieniającej sporne postanowienia czyni zarzuty, także zarzut dotyczący zmiany postanowienia, która nie w pełni odpowiada żądaniom przedstawionym w odwołaniu, bezprzedmiotowymi. Sporne bowiem postanowienia stanowiące podstawę do sformułowania zarzutów w odwołaniu wniesionym w dniu 19.04.2024r. przestały istnieć, co powoduje *de facto* brak substratu zaskarżenia w postępowaniu.

W konkluzji Izba stwierdza, że w tym stanie rzeczy zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie w oparciu o art. 568 pkt 2 Pzp. Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie stało się zbędne. W sensie prawnym bowiem nie istnieje już postanowienia, których zmiany domaga się w odwołaniu wykonawca.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 lit.b oraz § 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).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba postanowiła, jak w sentencji.

……..