Sygn. akt: KIO 549/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 05.03.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 5 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2024 r. przez wykonawcę Budimex S. A. z siedzibą
w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez EKSPLOATATOR sp. z o. o. z siedzibą w Rotmance
Uczestnik po stronie odwołującego

A. Wykonawca NDI S. A. z siedzibą w Sopocie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

B. Wykonawca STRABAG sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze,
2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującegokwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu 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.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 549/24

Uzasadnienie

EKSPLOATATOR sp. z o. o. z siedzibą w Rotmance (dalej: „Zamawiający") prowadzi
na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp") w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *pn. Wykonanie robót budowlanych*
w celu realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Budowa budynku Szkoły Podstawowej zlokalizowanej w Jagatowie przy ul. Żurawiej dz.154/20 obręb Jagatowo gmina Pruszcz Gdański" (nr referencyjny: ZP/3/2024 (dalej „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
w dniu 9 lutego 2024 r. pod numerem 86576-2024.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Dnia 19 lutego 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wobec niezgodnej z przepisami prawa czynności Zamawiającego w ww. postępowaniu, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „SWZ"), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie

1.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy (dalej również jako „Umowa") niespójnych i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających de facto dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia od usunięcia nieistotnych usterek, co godzi w istotę
i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego
od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa
oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
2.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 473 § 1 KC w zw. z art. 483 KC

w zw. z art. 484§2 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych i górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej;

3. art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do projektu Umowy postanowień, z których wynika, że zamawiający nie wskazał minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku, gdy przewiduje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 ustawy Pzp wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, co w konsekwencji oznacza, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i dokładny, a działanie Zamawiającego stanowi wyraz nadużycia prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

4. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 581 §1 i 2 KC poprzez wprowadzenie w ramach Umowy postanowienia uprawniającego do nielimitowanego przedłużania okresu gwarancji przedmiotu umowy niezależnie od elementu podlegającego naprawie oraz możliwości korzystania z przedmiotu umowy przez Zamawiającego, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej;

5. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC oraz art. 452 ustawy Pzp w zw. z art. 453 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w ramach Umowy postanowienia uprawniającego do nielimitowanego przedłużania okresu rękojmi niezależnie od elementu podlegającego naprawie oraz możliwości korzystania z przedmiotu umowy przez Zamawiającego przy jednoczesnym wprowadzenia nieznanego ustawie Pzp mechanizmu wydłużania okresu zabezpieczenia należytego wykonania umowy i zmiany jego wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej;

6. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 559 KC w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego niedookreślonych terminów usuwania wad zidentyfikowanych w okresie rękojmi bez odniesienia się do czasu technologicznie możliwego właściwego dla danej wady przy jednoczesnym ustanowieniu domniemania odpowiedzialności za zaistnienie wady po stronie Wykonawcy, co nakłada na Wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości kwalifikacji każdego z przypadków;

7. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 464 i 465 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień w sposób nieuprawniony uzależniających zatwierdzenie podwykonawców (a w konsekwencji solidarną odpowiedzialność Zamawiającego) od dopełnienia warunków i formalności nie przewidzianych przez ustawodawcę, co stanowi wyraz nadużycia prawa do kształtowania postanowień umownych przez Zamawiającego, będąc postanowieniem naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i zasadę przejrzystości Postępowania;

8. art. 455 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie postanowień umożliwiających zmianę umowy bez uwzględnienia wpływu zmian niemożliwych do przewidzenia przez wykonawcę na należne mu wynagrodzenie, a także wyłączenie roszczeń o zwiększenie kosztów wynikających z przedłużonego czasu wykonywania robót w sytuacjach, w których nie wynikają one z przyczyn obciążających Wykonawcę, co narusza zasady zmiany umowy, generując niemożliwe do skalkulowania ryzyka związane ze sposobem realizacji przedmiotowego zamówienia, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

9. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 i 657 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez przerzucenie na Wykonawcę ryzyka za prawidłowość dokumentacji projektowej niepochodzącej od Wykonawcy i ponoszenia przez niego skutków finansowych błędów w niej występujących, co w konsekwencji zaburza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw Wykonawcy, będąc jednocześnie postanowieniem naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy;

10. art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58, art. 5 i art. 3531 KC poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień dotyczących zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów

związanych z realizacją zamówienia, które są nieproporcjonalne, niedostosowane do realiów rynkowych, sformułowane w sposób wypaczający ideę waloryzacji

i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność

i nierealność, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa

oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

11. art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 447 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 3531 KC poprzez wprowadzenie do projektu Umowy postanowień umożliwiających Zamawiającemu wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku nieprzekazania wszystkich szczegółowo wymienionych

i wymaganych przez Zamawiającego dowodów (dokumentów, załączników) potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców bez wskazania części zatrzymywanego wynagrodzenia w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Pzp umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty, przy jednoczesnym zdefiniowaniu nazbyt rozbudowanych dowodów i oświadczeń potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, utrudniających prowadzenie robót i zapewnienie ich ciągłości, co w konsekwencji stanowi wymaganie nieproporcjonalne i nadmiarowe, stanowiąc wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

W związku z powyższym żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść, ponieważ złożył ważną ofertę w Postępowaniu, dając wyraz chęci ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, która to oferta – według obliczeń Odwołującego – plasuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Tym samym posiada on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku powyższej czynności i określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Powyższe wynika

z okoliczności, że wskutek nieprawidłowego działania Zamawiającego w postaci unieważnienia Postępowania, Odwołujący został pozbawiony możliwości wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej, zawarcia umowy i realizacji zamówienia.

W dniu 22 lutego 2024 r. wykonawca NDI S. A. z siedzibą w Sopocie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Z kolei w dniu 23 lutego 2024 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.

Dnia 1 marca 2024 r. Zamawiający, w piśmie datowanym na 29 lutego 2024 r., złożył odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił następujące stanowisko:

1. W zakresie zarzutu 1 odwołania Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut i wprowadzi zmiany w umowie zgodnie z żądaniem Odwołującego;
2. W zakresie zarzutu 2, 5 oraz 9 odwołania Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutów i przedstawił argumentację na poparcie stanowiska.
3. W zakresie zarzutu 3 Zamawiający wskazał, że zmienił treść Wzoru umowy w taki sposób, że w § 4 ust 8 na końcu kropkę zastępuje przecinkiem i dodaje zdanie *„z zastrzeżeniem, że zamawiający będzie uprawniony do ograniczenia zakresu robót o nie więcej niż 25% całości robót*." Zamawiający zaznaczył, że zmiana nie jest tożsama z żądaniem Odwołującego, który wnioskował o ustalenie limitu zmian na 10%, jednak po jej wprowadzeniu Zamawiający wskazywał na bezprzedmiotowość zarzutu wskazującego na brak zapewnienia gwarantowanego zakresu wykonania umowy i wnosił o umorzenie postępowania w zakresie zarzutu nr 3 na podstawie art. 568 pkt 2) Pzp.
4. W zakresie zarzutu 4 Zamawiający wskazał, że zmienił treść Wzoru umowy w taki sposób, że w § 12 ust 2 na końcu kropkę zastępuje przecinkiem i dodaje zdanie *„objętej gwarancją."* Ponadto Zamawiający skreślił w § 12 ust. 3

Zamawiający zaznaczył, że zmiana nie jest tożsama z żądaniem Odwołującego i nie może być uznana za uwzględnienie

odwołania. Jednakże w ocenie Zamawiającego zmiana ta sprawia,
że zarzut jako odnoszący się do nieistniejącej treści SWZ jest bezprzedmiotowy i nie mógłby być uwzględniony przez Izbę ze względu na brak substratu zaskarżenia i wnosił o oddalenie zarzutu.

5.W zakresie zarzutu 6 Zamawiający wskazał, że zmienił treść Wzoru umowy w § 11 ust 5 nadając mu brzmienie:

5. Wady ujawnione w okresie objętym rękojmią za wady lub w okresie wykonywania umowy będą usuwane przez Wykonawcę na jego koszt w terminie 7 dni od przekazania przez zamawiającego informacji o wadzie, chyba że strony uzgodnią inny termin. Jeśli wada fizyczna została stwierdzona przed upływem roku od wydania rzeczy domniemywa się że istniała w chwili przejścia niebezpieczeństwa na zamawiającego

Zamawiający zaznaczył, że przedmiotowa zmiana czyni w ten sposób zadość żądaniu Odwołującego by dookreślić pojęcie niezwłoczności w usunięciu wady. Jednocześnie Zamawiający ogranicza domniemanie istnienia wady w rzeczy do takiego rozwiązania jakie za dopuszczalne uznał wprost ustawodawca w stosunkach z konsumentami. Ustawodawca nie zabronił takiego rozwiązania w stosunkach profesjonalnych dopuszczając modyfikację rękojmi przez profesjonalistów na podstawie art. 558 Kc. Wprowadzony obecnie przez Zamawiającego zakres modyfikacji odpowiedzialności z rękojmi jest uznanym w prawie jako właściwy i nie nadmiernie obciążający jedną stronę sposób kształtowania umowy rękojmi.
Zamawiający wskazał, że zmiana nie jest tożsama z żądaniem Odwołującego, nie może być uznana za uwzględnienie odwołania, jednakże w ocenie Zamawiającego zmiana ta sprawia,
że zarzut co do niedookreślonego terminu usuwania wad nie może się ostać gdyż termin dookreślono. Podobnie zarzut w zakresie domniemania istnienia wady w rzeczy o ile wykonawca nie udowodni iż było inaczej nie znajduje uzasadnienia po zmianach SWZ. Wskazane w odwołaniu jako naruszone przepisy tj art. 3531 Kc art. 559 Kc i art. 99 ust 1 i 4 pzp nie są naruszone. Po pierwsze została bowiem przywrócona dopuszczalna zasada tworzenia zasad odpowiedzialności z tytułu rękojmi i nie sposób mówić o naruszeniu swobody kształtowania umów (art. 353.1 Kc),
gdy do stworzenia kontraktowych zasad odpowiedzialności z tytułu rękojmi wykorzystano stworzony przez ustawodawcę przepis art. 5562 Kc adaptując go do stosunków profesjonalnych. Po drugie nie może dojść do naruszenia art. 559 Kc, gdyż przepis ten może być modyfikowany zgodnie z art. 558 Kc, co też zamawiający uczynił. Po trzecie - nie doszło do niejasnego lub w inny sposób wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, gdyż zamawiający wskazał jasne zasady usuwania wad i jasne
i jednoznaczne granice ryzyka wykonawcy z tytułu odpowiedzialności w ramach rękojmi.
W tej sytuacji Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu.

6.W zakresie zarzutu 7 Zamawiający wskazał, że zmienił treść Wzoru umowy w taki sposób,
że w § 10 ust. 19 skreśla zdanie drugie. W to miejsce dodaje zdanie drugie w nowym, następującym brzmieniu:
„W przypadku niewypełnienia obowiązku wymienionego w zdaniu poprzednim, Zamawiający może nie wyrazić zgody na prowadzenie prac przez podwykonawcę”
Zmiana ta w ocenie Zamawiającego usuwa wątpliwość Odwołującego co do zakresu solidarnej odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców. Jednocześnie Zamawiający nie rezygnuje z obowiązku informowania go o faktycznym zaangażowaniu podwykonawców
w wykonywanie przedmiotu umowy dążąc do zapewnienia sobie bezpieczeństwa w kontrolowaniu prowadzonych prac oraz uzyskania wiedzy o skali zaangażowania podwykonawców wobec których odpowiada za zapłatę wynagrodzenia przez wykonawcę.
Zamawiający uwzględnił tym oczekiwania wykonawcy wyrażone w zarzucie nr 7. Nie jest jednak w jego ocenie konieczne wykonanie w pełni żądania Odwołującego stąd w świetle art. 522 ust 1 nie dochodzi do czynności uwzględnienia zarzutu. Tym samym Zamawiający wnosił
o oddalenie zarzutu, gdyż treść obecna wzoru umowy nie zawiera postanowień objętych zarzutem.

7.W zakresie zarzutu 8 Zamawiający wskazał, że skreśla we wzorze Umowy postanowienia
§ 15 ust 5 i 8. Zamawiający podkreślił, że zmiana nie jest tożsama z żądaniem Odwołującego, który wnioskował o utrzymanie tych postanowień przy jednoczesnej zmianie ich treści Skreślenie w/w postanowień wzoru umowy stanowi jednak w ocenie Zamawiającego o bezprzedmiotowości zarzutu i tym samym wnosił o umorzenie postępowania w zakresie tego zarzutu na podstawie
art. 568 pkt 2) Pzp.

8.W zakresie zarzutu 10 Zamawiający wskazał, że w § 5 ust. 11 wzoru umowy cyfrę „5%” zastępuje cyfrą „6,5%”
Zamawiający wskazał, że wykonywanie robót zaplanowano do 30 czerwca 2025, a więc czas ten w zależności od daty rozpoczęcia robót będzie wynosić 12 – 15 miesięcy. Przewidywana inflacja na rok 2024 wg Komisji Europejskiej to 5,2%, wg NBP – 4,8%. Z kolei prognozy zawarte w ustawie budżetowej na rok 2024 to w 2024 roku do 6,6% (średniorocznie) zaś na rok 2025 - W kolejnych latach oczekiwany jest spadek inflacji do 4,1% w 2025 r. Tym samym przyjęcie, że roboty będą wykonywane w proporcji ok 50% w tym i 50% w roku przyszłym – średnia inflacja przewidywana

w ustawie budżetowej na ten czas to ok 5,35%%.

Uśredniony poziom inflacji wg trzech prognoz (ustawodawca, NBP, KE) wynosi więc 5,12 % rocznie. Ponieważ przewidywany czas realizacji to nie więcej niż 15 miesięcy – zasadne jest więc

w jego ocenie jedynie podniesienie maksymalnego poziomu waloryzacji o ¼ przewidzianego obecnie 5 procentowego limitu ze względu na czas realizacji dłuższy o ¼ niż rok. To uzasadnia zdaniem Zamawiającego wprowadzoną zmianę, zaś dalej idące żądania odwołania Zamawiający uznał za nieuzasadnione i wnosił o oddalenie zarzutu.

9.W zakresie zarzutu 11 Zamawiający uwzględnił zarzut w części i zmienił postanowienia § 6 ust. 16 w taki sposób że skreślił wymóg przedstawienia oświadczenia o opłaceniu niewymagalnych płatności na rzecz podwykonawców i oświadczenia że otrzymane należności wyczerpały już całości ich należności z danej umowy podwykonawczej. Zamawiający dodał także w ust. 15 i 16 w zdaniu pierwszym po słowach *„warunkiem uruchomienia”* słowo *„pełnej”,* co służy uniknięciu wyrażonych w odwołaniu wątpliwości czy jakakolwiek zaległość w opłaceniu podwykonawców nie blokuje zapłaty całego wynagrodzenia wykonawcy

W pozostałym zakresie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, gdyż w jego ocenie wskazywane przez Odwołującego jako naruszone przepisy nie dotyczą kwestii uregulowanych

w § 6 ust. 15 oraz 16 (po wprowadzonych zmianach) wzoru umowy których dotyczy odwołanie. Artykuł 447 ust. 1 pkt 1) i ust. 2 Pzp uzależniają dokonanie zapłaty od przedłożenia dowodów uregulowania wymagalnych płatności wobec podwykonawców. Nie zakazują tego by zamawiający dookreślił rodzaj dowodów w tym zakresie oraz sposób i czas ich przedstawiania.

W dniu 4 marca 2024 r., przed otwarciem rozprawy, Odwołujący złożył pisemne oświadczenie, w którym wskazał, że mając na uwadze fakt, że Zamawiający w odpowiedzi

na odwołanie z dnia 29 lutego 2024 r. dokonał uwzględnienia części zarzutów, Odwołujący oświadcza, że cofa odwołanie w pozostałym nieuwzględnionym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.*

Zgodnie z art. 521 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający do czasu otwarcia rozprawy może wnieść odpowiedź na odwołanie, w której zgodnie z ust. 2 tegoż przepisu 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 w świetle brzmienia art. 523 ust. 1 ustawy Pzp uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości

albo w części

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione

w odwołaniu, zaś w odniesieniu do pozostałych zarzutów Odwołujący złożył skuteczne oświadczenie o ich wycofaniu. Jednocześnie w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522.* Zgodnie zaś z treścią art. 522 ust. 3

w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu

i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza

lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W myśl § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r.

w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2453), *skład orzekający dokonuje czynności formalnoprawnych*

i sprawdzających, o których mowa w § 1, na posiedzeniu niejawnym, i w zależności

od poczynionych ustaleń wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego

w przypadkach, o których mowa w art. 568 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając zaistniałe w przedmiotowym postępowaniu okoliczności faktyczne przywołane powyżej, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 568 pkt 3 w związku z art. 522

ust. 3 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w tej

sprawie.

Stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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), *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.*

Mając na uwadze fakt, że przed otwarciem rozprawy Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane, zaś w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, Izba na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) powołanego rozporządzenia, postanowiła zniesieniu wzajemnie kosztów postępowania oraz o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000,00 zł, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……..……