Sygn. akt: KIO 1275/23
KIO 1280/23

POSTANOWIENIE
z dnia 19 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 19 maja 2023 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2023 r. przez:

A) Odwołującego **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna**, ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa (sygn. akt KIO 1275/23);

B) Odwołującego **Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk (sygn. akt KIO 1280/23);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto St. Warszawa**, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa, w imieniu którego działa **Zarząd Pałacu Kultury i Nauki Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** Pl. Defilad 1, 00-901 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy **Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1275/23 po stronie Odwołującego

Wykonawcy **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna**, ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1280/23 po stronie Odwołującego

postanawia:

1

A. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 1275/23;
B. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 1280/23;

2.

A. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego Mostostal Warszawa S.A. kwoty 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej wpis od odwołania;

B. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. kwoty20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej wpis od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1275/23
KIO 1280/23

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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto St. Warszawa, Zarząd Pałacu Kultury i Nauki Sp. z o.o. w Warszawie, w trybie podstawowym bez negocjacji na *modernizację Sali Kongresowej w Pałacu Kultury i Nauki w Warszawie wraz z pomieszczeniami niezbędnymi do jej funkcjonowania* (sygn. postępowania: 086/2023), ogłoszonym w

Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.04.2023 r.,2023/S 080-240965, wobec ustalenia warunku udziału w postępowaniu oraz treści swz, wniesione zostały w dniu 5.05.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1275/23) oraz Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1280/23).
Zamawiający w dniu 25.04.2023 r. zamieścił na stronie internetowej specyfikację warunków zamówienia.

I.Sygn. akt KIO 1275/23 – Odwołujący Mostostal Warszawa S.A. (Odwołujący nr 1)

Odwołujący nr 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) **art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp** poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, o którym mowa w pkt 12.1 ppkt 3.1 lit. b swz) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla oceny zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia przez poszczególnych wykonawców, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

2) **art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp** poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od Kierownika Kontraktu skierowanego przez wykonawcę do realizacji zamówienia, o którym mowa w pkt 12.1 ppkt 3.2 lit. a swz) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla oceny zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia przez poszczególnych wykonawców, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

3) **art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp** poprzez sformułowanie w pkt 19.2 ppkt 2 swz kryterium oceny ofert w zakresie Doświadczenia Personelu w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający realną konkurencję w ramach Postępowania, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

4) **art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 436 pkt 3 i art. 433 pkt 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 i 5 k.c.** poprzez określenie w § 15 ust. 4 Umowy limitu kar umownych w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności i wymaganiami określonymi w szczegółowych przepisach ustawy Pzp oraz w sposób sprzeczny z podstawowymi zasadami prawa zobowiązań, tj. zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasadami współżycia społecznego, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji;

5) **art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 i art. 353^1 k.c.** poprzez wprowadzenie w § 2 ust. 3 Umowy; § 11 ust. 10 Umowy; § 11 ust. 16 Umowy elementów odbioru bezusterkowego, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia podstawowych obowiązków inwestora wobec wykonawcy wynikających z umowy o roboty budowlane oraz zasady swobody umów, co stoi w sprzeczności z zasadą proporcjonalności i wymaganiami określonymi w szczegółowych przepisach ustawy Pzp oraz w sposób sprzeczny z podstawowymi zasadami prawa zobowiązań, tj. zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasadami współżycia społecznego, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji;

6) **art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp** poprzez określenie w § 20 Umowy początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia i określenia nieadekwatnego i nierynkowego limitu waloryzacji na poziomie 6% wynagrodzenia brutto, co w tym przypadku skutkować będzie ograniczeniem konkurencyjności postępowania (naruszenie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu), niezapewnieniem efektywności realizacji zamówienia i w konsekwencji zniechęceniem wykonawców do udziału w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie publiczne.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści w treści swz (oraz odpowiednio we właściwych postanowieniach ogłoszenia) w sposób określony w odwołaniu.

II.Sygn. akt KIO 1280/23 – Odwołujący Korporacja Budowlana Sp. z o.o. (Odwołujący nr 2).

Odwołujący nr 2 wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

– nieprawidłowym określeniu warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, tj. w sposób (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii) nie wynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, ograniczając przy tym w sposób nieuprawniony możliwość Wykonawców ubiegania się o udzielenie zamówienia;

– niezasadnym, nieprawidłowym, błędnym wskazaniu, że Zamawiający jest uprawniony do zastosowania odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, w sytuacji gdy Wykonawca złoży przedmiotowy środek dowodowy nie potwierdzający wymagań Zamawiającego opisanych w kryterium oceny oferty -K2;

– określeniu projektowanych postanowień umowy w sposób rażąco naruszający zasadę równorzędności podmiotów oraz przepisy PZP.

Odwołujący nr 2 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, podczas gdy zdolność do realizacji zamówienia na należytym poziomie posiadają także wykonawcy, którzy nie mogą skutecznie ubiegać się o zamówienie z uwagi na określenie warunków udziału w sposób nieuzasadniony ograniczający konkurencję, a w konsekwencji naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w zakresie w jakim Zamawiający żąda następującego doświadczenia:

b) jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej na potrzeby kultury posiadającego salę ze stałą widownią na co najmniej 500 miejsc siedzących ze stałą sceną lub estradą, wyposażoną w elementy dolnej i górnej technologii scenicznej, oświetlenie sceniczne i elektroakustykę, o wartości wykonanych robót co najmniej 80.000.000,00 złotych netto (słownie: osiemdziesiąt milionów złotych) i budynek został dopuszczony do użytkowania po wykonanych robotach; (rozdz. 12.1. pkt 3 ppkt 1 lit. b) SWZ), podczas gdy:

-sformułowany warunek wykonania prac budowlanych nie definiuje konieczności wykonania tych że robót w zakresie technologii scenicznej i estrady, co w sposób czytelny wykazuje, że Zamawiający nie może wymagać, by przebudowywany budynek referencyjny musiał zawierać *salę ze stałą widownią na co najmniej 500 miejsc siedzących ze stałą sceną lub estradą, wyposażoną w elementy dolnej i górnej technologii scenicznej, oświetlenie sceniczne i elektroakustykę,*

2)art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, podczas gdy zdolność do realizacji zamówienia na należytym poziomie posiadają także wykonawcy, którzy nie mogą skutecznie ubiegać się o zamówienie z uwagi na nieprawidłowe określenie warunków udziału, tj. w sposób nieuzasadniony ograniczający konkurencję, a w konsekwencji naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w zakresie w jakim Zamawiający formułując wymóg dotyczący doświadczenia w realizacji przebudowy obiektów zawierających widownię, w sposób niczym nieuzasadniony ograniczył możliwość legitymowania się wyłącznie doświadczeniem zdobytym w przebudowie obiektów–*„budynków użyteczności publicznej na potrzeby kultury definiowanych wyłącznie jako budynki teatru, opery, filharmonii, sali koncertowej, sali kongresowej, sali widowiskowej, z wyłączeniem: sal sportowych, widowiskowo –sportowych, stadionów, multiplexów, kin*”, podczas gdy realizacja przebudowy tychże obiektów wyłączonych także stanowi przebudowę obiektów z widownią i właściwym nagłośnieniem.

3)art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieadekwatny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, wskazujący na możliwość spełnienia warunków udziału wskazując:

c) dwie roboty budowlane polegające na budowie i/lub przebudowie, budynku wpisanego do rejestru zabytków nieruchomych, o wartości wykonanych przez wykonawcę robót budowlanych i instalacyjnych dla każdego z budynków nie mniejszej niż 10.000.000 zł netto (słownie: dziesięć milionów złotych netto), podczas gdy dla wykazania posiadania doświadczenia wymaganego do realizacji zamówienia, także wystarczającym i proporcjonalnym jest wykazanie w miejsce wymaganych dwóch, realizacji jednej roboty o wskazanych powyżej cechach i wartości 20000000 netto*(słownie: dwudziestu milionów złotych netto).*

4)art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieproporcjonalny do celu stawianego warunkom, tj. wymaganie uwzględnianie przy ocenie doświadczenia Kierownika Kontraktu oraz Kierownika Budowy wyłącznie doświadczenia zdobytego przy pełnieniu funkcji Kierownika kontraktu, Dyrektora

kontraktu lub równorzędne stanowisko na inwestycjach polegających na budowie i/lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, podczas gdy doświadczenie zdobyte przy budowie/przebudowie budynków niektórych z wyłączonych kategorii, w niczym nie ustępuje, a wręcz wymaga wyższych kwalifikacji niż wskazane warunkami udziału (także ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert);

5)art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w zakresie w jakim Zamawiający żąda osób spełniających następujące wymagania:

– *Kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych:*

iii. brał udział przez co najmniej 18 miesięcy w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzealiów,(rozdz. 12.1. pkt 3 ppkt 2 lit. c) tiret iii)

– *Kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych:*

iii. brał udział przez co najmniej 18 miesięcy w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzealiów, (rozdz. 12.1. pkt 3 ppkt 2 lit. d) tiret iii)

– *Kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych:*

iii. brał udział przez co najmniej 18 miesięcy w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzealiów, ((rozdz. 12.1. pkt 3 ppkt 2 lit. e) tiret iii),

podczas gdy kierowanie robotami w budynku o cechach wskazanych powyżej zasadniczo nie różni się od kierowania robotami w budynkach pozostałych;

6)art. 239 ust. 2 w zw. z art. 240 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp, przez ustalenie, że w kryterium Doświadczenie personelu – waga 20%, przyznawane będą punkty wyłącznie za:

- doświadczenie zdobyte w okresie ostatnich 10 lat, podczas gdy doświadczenie to nie dezaktualizuje się, a w okresie ostatnich 10 lat nie nastąpiła taka zmiana technologii wykonania lub zasad kierowania kontraktem lub budową, by uznać doświadczenie zdobyte wcześniej za niebyłe lub w wyniku którego nie nastąpiło przysporzenie wiedzy i doświadczenia mogącego wpłynąć na jakość realizacji niniejszego zamówienia, które stawiane jest za cel kryterium jakościowego – Doświadczenie Personelu, i które Zamawiający za takie uznał;
- doświadczenie zdobyte wyłącznie przy przebudowie budynku użyteczności publicznej, podczas gdy doświadczenie zdobyte przy budowie/przebudowie niektórych budynków z wyłączonych kategorii, w niczym nie ustępuje, a wręcz wymaga wyższych kwalifikacji niż wskazane warunkami udziału i oceniane w ramach kryteriów oceny ofert.

7)Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, art. 107 ust. 4 Pzp, art. 223 Pzp, w zw. z art. 239 Pzp i 16 art. pkt 1i art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe, nieprawidłowe zastosowanie jak również pominięcie, sprowadzające się do błędnego uznania przez Zamawiającego, że Zamawiający jest uprawniony do zastosowania odrzucenia, w tym bezwzględnego odrzucenia oferty, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, w sytuacji gdy Wykonawca złoży przedmiotowy środek dowodowy nie potwierdzający wymagań Zamawiającego opisanych w kryterium oceny oferty pod K2 (pkt 17.3. SWZ); a przy tym i w związkuz tym również poprzez błędne przyjęcie i arbitralne wyłączenie przez Zamawiającego wyjaśniania treści oraz wprowadzenie nowej, nieznanej Pzp przesłanki odrzucenia oferty w przypadku braku wykazania informacji na potrzeby przyznania dodatkowych punktów za doświadczenie osób, co w konsekwencji powoduje prowadzenie postępowania w sposób naruszający postanowienia ustawy Pzp, co skutkuje naruszeniem art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez uniemożliwianie wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej, zgodnie z przepisami Pzp;

8)Art.439 ust 1 i 2 ustawy Pzp w zw. zart.16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. zart.3531KC w zw. zart.8 ust1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w par. 20 Wzoru umowy (zał. 6 do SWZ) w sposób uniemożliwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie niwelujących ryzyk związanych ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego w następstwie przyjęcia braku waloryzacji wynagrodzenia za usługi lub roboty budowlane wykonane w okresie pierwszych 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy; oraz określenie łącznej maksymalnej wysokości zmiany wynagrodzenia z tytułu waloryzacji na poziomie 6% wynagrodzenia ogółem brutto określonego w umowie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w zakresie spornych postanowień swz w sposób przez niego wskazany.

W pismach z dnia 18.05.2023 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania z wnioskiem o ich oddalenie.

Posiedzenie z udziałem stron wyznaczone zostało na 19.05.2023 r., godzina 9:30. Na posiedzeniu stawił się jedynie pełnomocnik Zamawiającego. Odwołujący swoje stanowiska procesowe przedstawili w pismach wniesionych drogą elektroniczną w dniu 18.05.2023 r.

Odwołujący Mostostal Warszawa S.A. (sygn. akt KIO 1275/23) w piśmie z 18.05.2023 r. złożył oświadczenie o treści: „w związku z częściowym uwzględnieniem zarzutów odwołania przez Zamawiającego (załącznik nr 2), niniejszym cofam odwołanie w pozostałym zakresie i wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego, wzajemne zniesienie kosztów oraz zwrot wpisu od wniesionego odwołania stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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".

Odwołujący Korporacja Budowlana DORACO S.A. (sygn. akt KIO 1280/23) w piśmie z 18.05.2023 r. złożył oświadczenie o treści: „w związku z częściowym uwzględnieniem zarzutów odwołania wniesionego wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia niniejszym cofam odwołanie w pozostałym zakresie i wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego, wzajemne zniesienie kosztów oraz zwrot wpisu wniesionego odwołania stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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".

W załączonej korespondencji do złożonych pism znajduje się informacja o dokonanych zmianach w brzmieniu postanowień swz.

Zamawiający pismem z 9.05.2023 r. poinformował wykonawców o zmianie treści swz - § 19 a ust. 2 pkt a załącznika nr 6 do swz: pkt 3.12 swz, § 15 ust. 4 załącznika nr 6; § 2 ust. 3 załącznika nr 6; § 11 ust. 16 załącznika nr 6. Pozostałe postanowienia nie uległy zmianie. Zamawiający nie złożył oświadczenia w przedmiocie uwzględnienia w części zarzutów podniesionych w odwołaniach. Na posiedzeniu pełnomocnik Zamawiającego wyjaśnił, iż dokonane zmiany nadają odmienne brzmienie spornym postanowieniom swz i wzoru od żądanych w treści odwołań. Stąd Zamawiający nie składał oświadczenia o uwzględnieniu w części zarzutów odwołania.

Odwołujący Korporacja Budowlana DORACO S.A. (sygn. akt KIO 1280/23) dodatkowo w dniu 19.05.2023 r. złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron Izba ustaliła, iż część zarzutów podniesionych w obu odwołaniach była spóźniona, gdyż Odwołujący liczyli upływ terminu na wniesienie odwołania od dnia przekazania kompletnej swz, a nie daty zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, w którym kwestionowane postanowienia również się znalazły. Dotyczy to warunków udziału w postępowaniu, jak i ustalonych kryteriów oceny ofert. Na podstawie porównania treści swz i zapisów ogłoszenia Izba stwierdziła, iż nie występowały żadne rozbieżności, które uzasadniać miałyby przyjęcie jako terminu początkowego na wniesienie odwołania dnia udostępnienia swz wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu. Ustawodawca określając sposób liczenia terminu na wniesienie odwołania w art. 515 ust 2 Ustawy nie wskazał, aby termin liczony miał być od późniejszej daty, jeżeli czynność ogłoszenia o zamówieniu, jak i udostępnienia swz miały być dokonane w różnym czasie. Ponadto należy zauważyć, iż nie ma możliwość wzruszenia postanowień swz, powielających treść ogłoszenia, bez wzruszenia i zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Aby taka zmiana mogła być nakazana w drodze środków ochrony prawnej wykonawca musiałby wnieść odwołanie na treść ogłoszenia w terminie, a nie na samą treść swz.

Niezależnie od powyższego wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego stało się konieczne z uwagi na oświadczenia obu Odwołujących złożone w dniu 18.05.2023 r. Z uwagi na brak oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu w części zarzutów podniesionych w obu odwołaniach i złożone oświadczenia Odwołujących o wycofaniu części zarzutów, które nie miały związku z dokonaną zmianą postanowień swz należało rozstrzygnąć, na jakiej podstawie postępowanie należało umorzyć, co ma przełożenie na sposób rozliczenia kosztów postępowania odwoławczego.

W ocenie składu orzekającego stan wywołany czynnością faktyczną Zamawiającego, która dokonana została po wniesieniu odwołań w zakresie postanowień kwestionowanych w środkach ochrony prawnej prowadziła w tym zakresie do sytuacji, w której wydanie rozstrzygnięcia stało się zbędne. Nie było bowiem na dzień wydania orzeczenia w sprawie spornych zapisów swz, a w ich miejsce Zamawiający wprowadził nowe, które mogą stanowić podstawę do wniesienia środków ochrony prawnej, gdyż jak wskazał sam Zamawiający zmiany nie były w pełni zgodne z żądaniami Odwołujących. Pozostałe zarzuty, w tym zarzuty spóźnione na skutek oświadczeń Odwołujących zostały skutecznie wycofane oświadczeniami złożonymi w dniu 18.05.2023 r. Dodatkowo Odwołujący w sprawie KIO 1280/23 cofnął

odwołanie oświadczeniem złożonym w dniu 19.05.2023 r.

Ponieważ przepisy Ustawy nie regulują w jaki sposób należy zakończyć postępowanie odwoławcze w przypadku zbiegu podstaw z art. 568 ust. 1, 2 i 3, należało w ocenie składu orzekającego przyjąć podstawę najbliższą dla zaistniałej sytuacji procesowej stron.

W ocenie składu orzekającego należało przyjąć, iż część zarzutów w zakresie w jakim Zamawiający dokonał już zmiany postanowień swz stała się bezprzedmiotowa, a pozostałe zarzuty zostały skutecznie wycofane w dniu poprzedzającym termin posiedzenia wyznaczonego w sprawie. Obie sytuacje wpisują się zatem w podstawy umorzenia postępowania odwoławczego wskazane w art. 568 pkt 2 Ustawy. Ponieważ przepisy rozporządzenia 2437), inaczej traktują o rozliczeniu kosztów postępowania odwoławczego w sytuacji gdy dojdzie do wycofania odwołania najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin posiedzenia i w tym dniu (§ 9 ust. 1 pkt 3), jak również gdy zachodzi podstawa ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się zbędne (§ 9 ust. 2), należało rozstrzygnąć, w jaki sposób oświadczenia wykonawców złożone w dniu 18.05.2023 r. wpływają na sposób rozliczenia kosztów postępowania odwoławczego. Tym bardziej ma to znaczenie w sprawie KIO 1280/23, w której Odwołujący dodatkowo w dniu wyznaczonego posiedzenia z udziałem stron cofnął odwołanie.

W ocenie składu orzekającego w sytuacji, gdy czynności Zamawiającego podjęte już po wniesieniu odwołania czynią zbędnym wydanie rozstrzygnięcia w zakresie części zarzutów, a pozostałe zarzuty zostały wycofane w dniu poprzedzającym dzień, na który wyznaczone zostało posiedzenie z udziałem stron, należy taki stan traktować, jako przypadek objęty normą § 9 ust. 2 *rozporządzenia* i znieść koszty wzajemnie. Nie ma bowiem w tej sytuacji zarówno potrzeby odnoszenia się do postanowień, które już zostały zastąpione innymi w nowym brzmieniu, jak również rozstrzygania w przedmiocie zarzutów wycofanych. Ponieważ częściowe wycofanie zarzutów nie stanowi o cofnięciu odwołania (to może być wycofane w całości), to należało koszty postępowania odwoławczego znieść. Tym samym późniejsze oświadczenie Odwołującego w sprawie KIO 1280/23 nie wpływa na sytuację Wykonawcy, która została ukształtowania zdarzeniami wcześniejszymi w tym znaczeniu, iż nie pogarsza tej sytuacji pod kątem sposobu rozliczenia kosztów. Przyjęcie bowiem oświadczenia złożonego w dniu posiedzenia powodowałoby konieczność obciążenia Wykonawcy dodatkowo kosztami Zamawiającego oraz 10% wpisu, co w zaistniałej sytuacji byłoby niesprawiedliwym i nierównym względem rozliczenia kosztów w sprawie KIO 1275/23.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……