Sygn. akt: KIO 1546/22

POSTANOWIENIE
z dnia 27 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 27 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2022 r. przez odwołującego: SMT Scharf Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach (ul. Przemysłowa 55, 43-100 Tychy) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach (ul. Powstańców 30, 40-039 12

przy udziale wykonawców:

1) Becker-Warkop Spółka z o.o. ul. Przemysłowa 11, 44-266 Świerklany;

2) FERRIT s.r.o., Harcovska 1476, 739 11 Frydlant nad Ostravici, Republika Czeska;

3) Famur S.A. ul. Armii Krajowej 51, 40 - 698 Katowice -

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: SMT Scharf Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach (ul. Przemysłowa 55, 43-100 Tychy) kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę uiszczonego wpisu od odwołania.

3. Nie uwzględnia wniosku:

3.1. zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

3.2. odwołującego o zasądzenie na jego rzecz od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 5. 412 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwanaście złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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.

Sygn. akt: KIO 1546/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 8 czerwca 2022 r. przez odwołującego: SMT Scharf Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach na podstawie ustawy

z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług remontowych podzespołów kolejek dla oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A." Numer referencyjny: 422200297. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. w dniu 30 maja 2022 r. pod numerem 290596-2022-PL.

Odwołujący podał: (...)

I. Niniejszym odwołaniem objęte są czynności i zaniechania Zamawiającego polegające

na:

I. określeniu treści specyfikacji warunków zamówienia („SWZ") w Postępowaniu:

• w części dotyczącej warunków, jakie mają spełnić wykonawcy w celu udziału w postępowaniu, oraz dowodów potwierdzających spełnienie tych warunków (cz. V pkt 4

oraz cz. VIII pkt 7) ,

• oraz w części wymagań prawnych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1.3 do SWZ)

w sposób sprzeczny z przepisami prawa i niezapewniający odpowiedniej jakości przedmiotu zamówienia, nieproporcjonalnie niski oraz naruszający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający ocenę rzeczywistej zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia.

II. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zarzucam naruszenie:

1. art. 16 pkt 1) i pkt 3) PZP, art. 17 ust. 1 i ust. 2 PZP, art. 57 pkt 2) PZP, art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4) PZP, art. 116 ust. 1 PZP, art. 124 pkt 2) PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy - przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymaga jedynie aby m.in. Wykonawca legitymował się wykonaniem dostaw rodzajowo podobnych, bez konieczności posiadania każdorazowo oceny zdolności remontowej potwierdzającej stosowanie wymogów normy PN-EN IEC 60079-19:2020-07 dla urządzeń i czynności objętych przedmiotem zamówienia, przy jednoczesnym żądaniu od wykonawców, by przeprowadzony remont spełniał wymagania ww. normy (warunek nie umożliwia dokonania rzeczywistej oceny zdolności wykonawcy i pozostaje nieadekwatny),

2. § 509 oraz załącznika nr 3 pkt 9.11.2 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 roku w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu

podziemnych zakładów górniczych - poprzez ich niezastosowanie i brak nałożenia na Wykonawcę nie będącego producentem maszyny/nieposiadającym jego autoryzacji, obowiązku posiadania każdorazowo oceny zdolności remontowej potwierdzającej stosowanie wymogów normy PN-EN IEC 6007919:2020-07 dla urządzeń i czynności objętych przedmiotem zamówienia (przy jednoczesnym żądaniu od wykonawców, by przeprowadzony remont spełniał wymagania ww. normy).

III. W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 PZP wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania oraz dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania, a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,

2. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ w sposób opisany poniżej (względnie

- w sposób wynikający z uzasadnienia wyroku wydanego w niniejszej sprawie):

- zmiana postanowienia cz. V pkt 4 SWZ w sposób następujący:

4. Zamawiający stosuje warunki udziału w postępowaniu:

1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym; Wykonawca powinien być

wpisany do rejestru działalności gospodarczej prowadzonego w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę,

2) zdolności technicznej lub zawodowej; Wykonawca wykaże, że:

• w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, usługi polegające na świadczeniu usług serwisowych, remontowych lub innych polegających na naprawie lub modernizacji maszyn/urządzeń zastosowanych w przemyśle lub w zakładach górniczych o łącznej wartości brutto niezależnie od ilości zadań, na które wykonawca składa ofertę, wynoszącej co najmniej: 200 000,00 zł

oraz spełnia dodatkowo przynajmniej jeden z poniższych warunków

• posiada ocenę zdolności do wykonywania remontów potwierdzającą stosowanie wymogów normy PN-EN IEC 60079-19:2020-07 dla urządzeń i czynności objętych przedmiotem zamówienia, przeprowadzoną przez właściwą jednostkę certyfikującą, potwierdzoną stosownym dokumentem, wydanym przez tę jednostkę, albo

• jest producentem maszyn/urządzeń, których przedmiot zamówienia dotyczy, albo
• posiada upoważnienie lub autoryzację wystawioną przez Producenta

maszyn/urządzeń, których przedmiot zamówienia dotyczy.

- zmiana postanowienia cz. VIII pkt 7 SWZ w sposób następujący:

7. W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający wymaga złożenia:

1) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane. Jeżeli z

uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie

uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; Wzór wykazu stanowi Załącznik nr 4.3 do SWZ

oraz dodatkowo przynajmniej jednego z poniższych dokumentów:

2) ocenę zdolności zakładu remontowego do wykonywania remontów, potwierdzającą stosowanie wymogów normy PN-EN IEC 60079-19:2020-07 dla urządzeń i czynności objętych przedmiotem zamówienia, potwierdzoną stosownym dokumentem wydanym przez jednostkę certyfikującą

albo

3) oświadczenia producenta maszyn/urządzeń, których przedmiot zamówienia dotyczy zgodne z Załącznikiem nr 4.4 do SWZ,

albo

4) upoważnienia lub autoryzacji wystawionej przez Producenta maszyn/urządzeń, których przedmiot zamówienia dotyczy.

(...)

Wskazał ponadto, że: „Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ ubiegać się będzie o uzyskanie przedmiotowego zamówienia jako przedsiębiorca prowadzący działalność w zakresie będącym przedmiotem niniejszego 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 niniejszego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego przed otwarciem ofert, każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia, co do zasady, posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. „Na etapie postępowania, przed otwarciem ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Nie można na tym etapie oceniać interesu wykonawców bądź możliwości poniesienia szkody w kontekście zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim jest złożenie oferty w postępowaniu czy też wybór oferty najkorzystniejszej. Prowadziłoby to w każdym przypadku do niezasadnego ograniczenia prawa wnoszenia środków ochrony prawnej". (...)

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpiło trzech wykonawców: Becker-Warkop Spółka z o.o. z siedzibą w Świerklanach, FERRIT s.r.o., z siedzibą Frydlant nad Ostravici, Republika Czeska oraz Famur S.A. z siedzibą w Katowicach, którzy wnieśli - podobnie jak Odwołujący - o uwzględnienie zarzutów podnoszonych w odwołaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w piśmie z dnia 24 czerwca 2022 r. podał (.) na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp) wnoszę odpowiedź na odwołanie. Zamawiający informuje, że w dniu 24 czerwca 2022 r. opublikowana została zmiana postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej wymaganej od wykonawcy. (ogłoszenie o zmianie nr 2022/S 120-342545).

Odwołanie dotyczy postanowień części V pkt 4 swz, gdzie określony został warunek zdolności technicznej i zawodowej oraz części VIII pkt 7 swz, który określa podmiotowe środki dowodowe wymagane w celu wykazania spełnienia tego warunku.

Zamawiający dokonał zmiany brzmienia warunku na następujący:

Część V pkt 4 ppkt 2 lit a i b swz: „Zamawiający stosuje warunki udziału w postępowaniu:

2) zdolności technicznej lub zawodowej; Wykonawca wykaże, że:

a) w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w

tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, usługi polegające na świadczeniu usług serwisowych, remontowych lub innych polegających na naprawie lub modernizacji maszyn/urządzeń zastosowanych w przemyśle lub w zakładach górniczych o łącznej wartości brutto niezależnie od ilości zadań, na które wykonawca składa ofertę, wynoszącej co najmniej: 200 000,00 zł

b) w przypadku składania oferty na zadanie nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10 - posiada System Zarządzania Jakością dla zakładu naprawczego, o którym mowa w normie PN EN 60079-19;"

Konsekwentnie dokonał również zmiany w zakresie podmiotowych środków dowodowych, która polega na wprowadzeniu w części VIII pkt 7 ppkt 2 swz nowego brzmienia tego punktu:

„w przypadku składania oferty na zadanie nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10 - zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę norm zarządzania jakością; Zamawiający uzna za potwierdzający spełnienie warunku certyfikat ISO z serii 9000 dla zakładu naprawczego Wykonawcy, ocenę zdolności zakładu naprawczego (remontowego) Wykonawcy do wykonywania napraw lub remontów maszyn lub urządzeń użytkowanych w zakładach górniczych lub inny dokument równoważny;"

Tym samym doszło do zmiany zaskarżonych postanowień specyfikacji i odpadła podstawa do orzekania.

Jednocześnie wyjaśniam, że uwzględnienie odwołania w taki sposób, aby przyjąć wprost żądanie Odwołującego nie było możliwe, gdyż żądanie to było sprzeczne z prawem. Odwołujący domagał się wpisania warunku, aby wykonawca wykazał się posiadaniem oceny zdolności do wykonywania remontów potwierdzającej stosowanie wymogów normy PN-EN 60079. Norma ta nie dotyczy jednak sposobu potwierdzania zdolności zakładu naprawczego i nie stanowi samodzielnej podstawy do wystawienia zaświadczenia o zdolności do naprawy. Norma ta stanowi, że zakład naprawczy powinien mieć „System Zarządzania Jakością" - i taki warunek został do swz wprowadzony".

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

W myśl art. 568 pkt ustawy Pzp: „Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku:

(■■■)

2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; (...)

W przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi zmianami SWZ znajduje zastosowanie pierwsza z przesłanek wymieniona w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Do takich bowiem sytuacji zalicza się sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym wynikająca ze zmiany postanowień Ogłoszenia i SWZ oraz ich opublikowania w dniu 24 czerwca 2022 r. Tym samym w dniu posiedzenia przed Izbą nie istniały już postanowienia SWZ, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których zgodność z przepisami ustawy Pzp kwestionował Odwołujący.

Powyższe oznacza, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. A jednocześnie z dniem dokonania zmian otwierał się ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowego brzmienia zapisów SWZ.

Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie - musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy Pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na Ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w określonym kształcie.

Zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp 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 Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, 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 Pzp - 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 (vide: wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14). Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku

zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał czynności zmiany zapisów SWZ odnoszących się do punktów będących podstawą wniesienia odwołania, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy Pzp - zbędne. Jest to nowa 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 Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego i nowego kształtu SWZ nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2

ustawy Pzp.

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 znosi się wzajemnie i z tego powodu Izba nie zasądziła kosztów zastępstwa procesowego (wynagrodzenia pełnomocnika) na rzecz zarówno Zamawiającego jak i Odwołującego. Natomiast na podstawie art. 574 Pzp, Izba orzekała o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 15 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.