Sygn. akt: KIO 3202/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 20 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 20 września 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 r. przez wykonawcę MTM Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy,

przy udziale uczestników przystępujących do postępowania odwoławczego:

A. wykonawcy CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Warszawie – po stronie

odwołującego,

B. wykonawcy Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie – po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy MTM Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie kwoty 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) stanowiącej uiszczony wpis 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3202/24

Uzasadnienie

Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Zamawiający" lub „ProNatura") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa instalacji recyklingu organicznego wraz z infrastrukturą towarzyszącą – projektowanie i roboty budowlane wraz z dostawą urządzeń w ramach Projektu pn. „Instalacja recyklingu organicznego poprzez fermentację bioodpadów w MKUO ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy"" (Numer referencyjny: MKUO ProNatura ZP/NO/43/24, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 sierpnia 2024 r. pod numerem: 506378-2024.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

2 września 2024 r. wykonawca MTM Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „Odwołujący" lub „MTM") wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego podjęte w Postępowaniu, polegające na:

1) sformułowaniu w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia w postaci realizacji dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń wchodzących w skład instalacji fermentacji stanowiącej przedmiot zamówienia;

2) sformułowaniu w SWZ warunku podmiotowego w zakresie doświadczenia zawodowego – (warunek A3) w odniesieniu do realizacji dwóch zamówień, z których każde obejmowało zaprojektowanie i dostawę technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji o wydajności min. 30 000 Mg/rok i wartości co najmniej 50 000 000,00 zł brutto każda.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 99 ust. 2 oraz 4 ustawy Pzp, art. 121 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, a także 112 ust. 1 oraz 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 462 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przedmiotem zamówienia, nieproporcjonalne i ograniczające konkurencję a także dyskryminujące, sformułowanie w SWZ obowiązku

osobistego wytworzenia przez wykonawcę części zamówienia w postaci realizacji dostawy oraz

montażu maszyn i urządzeń wchodzących w skład instalacji fermentacji stanowiącej przedmiot zamówienia;

2) art. 112 ust. 1 oraz 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przedmiotem zamówienia, nieproporcjonalne i ograniczające konkurencję a także dyskryminujące, sformułowanie w SWZ warunku udziału dotyczącego doświadczenia zawodowego (warunek oznaczony jako A3) na poziomie min. 50 000 000,00 zł brutto każde z dwóch zamówień referencyjnych.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonanie modyfikacji wymogu SWZ (CZĘŚĆ III KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW INFORMACJA O PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH, pkt 4. Udostępnienie zasobów, ppkt 5) w sposób zgodny z żądaniem odwołania – tj. poprzez usunięcie ograniczenia dotyczącego obowiązku osobistej realizacji przez wykonawcę dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń wchodzących w skład instalacji fermentacji stanowiącej przedmiot zamówienia (w konsekwencji również odpowiednie zmiany w zakresie Formularza ofertowego – Załącznik nr 2 do SWZ – pkt 7 i 8);

2) dokonanie modyfikacji warunku A3 poprzez obniżenie wartości każdego z wymaganych zamówień referencyjnych do wartości 34 000 000,00 zł netto każde.

Pismem z dnia 17 września 2024 r. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp – w związku z dokonaną przez Zamawiającego w dniu 11 września 2024 r. modyfikacją SWZ, która jest w całości zgodna z żądaniami odwołania wniesionego przez MTM. Odwołujący wskazał, że w świetle dokonanych przez ProNatura czynności na dzień dzisiejszy zaskarżona odwołaniem treść SWZ i warunki oraz ograniczenia kwestionowane w nim nie istnieją i zostały przez Zamawiającego usunięte modyfikacją z dnia 11 września 2024 r. MTM podkreślił, że w konsekwencji na dzień dzisiejszy nie istnieje już w sprawie spór, który Izba miałaby rozstrzygnąć (brak substratu zaskarżenia), skoro zaskarżona treść SWZ ma odmienną (zgodną z żądaniem Odwołującego) treść. Uwzględniając powyższe okoliczności – w ocenie Odwołującego – w sprawie zaistniały przesłanki określone w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp do umorzenia postępowania odwoławczego.

W złożonej pismem z dnia 20 września 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

ProNatura wskazał, że w dniu 11 września 2024 r. dokonał zmiany SWZ, która konsumuje żądania odwołania w całości.

Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, „Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (…) 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne". Zbędność postępowania odwoławczego wynika z faktu, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, nie istnieje na dzień rozpoznawania przedmiotowej sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. 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 zobowiązana uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skład orzekający – na podstawie dokumentów przekazanych przez Odwołującego oraz Zamawiającego wraz ze złożonymi pismami procesowymi – ustalił, że ProNatura w dniu 11 września 2024 r. dokonał modyfikacji treści SWZ (pismo z dnia 10 września 2024 r.), w sposób który czyni zadość żądaniom zawartym w odwołaniu. Tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Innymi słowy ustał tzw. substrat zaskarżenia niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 10 sierpnia 2023 r. o sygn. akt KIO 2263/23 „(…) Jeżeli więc dojdzie do zajścia w sprawie okoliczności, których wystąpienie negatywnie wpływa na możliwość zbadania sprawy co do meritum, a dalsze procedowanie staje się bezcelowe, proces powinien zostać umorzony z powodu zbędności wydania wyroku. Inaczej mówiąc, pojęcie zbędności jako przyczyny umorzenia postępowania odwoławczego, związane jest z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością dalszego prowadzenia postępowania odwoławczego, więc jego wynik nie powinien mieć charakteru rozstrzygnięcia merytorycznego, a powinien być jedynie jego formalnym zakończeniem (…)". W ocenie składu orzekającego w rozpoznawanej sprawie doszło właśnie do takiej sytuacji. Zmiana SWZ spowodowała bowiem, że zarzuty odwołania straciły swoją aktualność. Reasumując, Izba działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp uznała, że zaszła przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego, gdyż w okolicznościach tej sprawy dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 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) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania

odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, a przez art. 574 ustawy Pzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu od odwołania, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodnicząca: ……..……