

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 13.11. 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu w dniu 13 listopada 2024 r. w Warszawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 21 października 2024 r. przez Odwołującego: **Control Process S.A. z/s w Warszawie** (Al. Jerozolimskie 100 X piętro, 00807 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Zakład Energetyki Ciepłej Sp. zo.o. w Starachowicach** (ul. Na Szlakowisku 8, 27200 Starachowice),

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego: **Control Process S.A. z/s w Warszawie** (Al. Jerozolimskie 100 X piętro, 00807 Warszawa) kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony 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.

Sygn. akt: KIO 3907/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 21 października 2024 r. przez wykonawcę Control Process S.A. z/s w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Zakład Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Starachowicach. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Budowa hali przyjęcia odpadów, hali technologicznej, hali turbozespołu wraz z niezbędnymi instalacjami oraz infrastrukturą dla Instalacji Odzysku Energii w Starachowicach”. Postępowanie nr: 01/10/2024.

Wykonawca Control podał: (...) wnosząc odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

(1) ukształtowania zakresu zamówienia objętego Postępowaniem w sposób, który skutkował obniżeniem jego wartości szacunkowej, a w konsekwencji oszacowaniem wartości zamówienia poniżej progów unijnych, co skutkowało zaniechaniem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy Pzp, mimo że Zamawiający był do tego obowiązany.

I. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, tj.:

(1) art. 28 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 91 Pzp poprzez:

a) ukształtowanie zakresu zamówienia objętego Postępowaniem w sposób, który skutkował obniżeniem jego wartości szacunkowej, w sytuacji, gdy do prawidłowego udzielenia przedmiotowego zamówienia niezbędnym jest uprzednie zakontraktowanie dostaw i montażu urządzeń, co powoduje, że te dostawy i urządzenia powinny być uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia oraz szacunkowej wartości zamówienia;

b) zaniżenie wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów Pzp poprzez podzielenie zamówienia na odrębne części bez uwzględnienia ich wartości na potrzeby określania szacunkowej wartości zamówienia; a w konsekwencji:

(2) art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, skutkujące utrudnionym dostępem do zamówienia oraz brakiem stosowania mechanizmów i gwarancji prawnych przewidzianych przez ustawę Pzp.

II. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1) Unieważnienie Postępowania,

(2) Oszacowanie wartości całego zamówienia poprzez uwzględnienie ustawowych dyrektyw, co skutkować powinno wszczęciem postępowania w procedurze uwzględniającej łączną wartość robót budowlanych oraz powiązanych z nimi dostaw,

(3) Przeprowadzenie Postępowania na podstawie przepisów ustawy Pzp.

III. Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

(...)

Wykonawca podał: (...) Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania. Control Process S.A. jest przedsiębiorcą spełniającym wszelkie warunki udziału w Postępowaniu. Zamawiający, pomimo braku istnienia jakichkolwiek podstaw faktycznych lub prawnych zdecydował się przeprowadzić Postępowanie na podstawie wewnętrznego regulaminu udzielenia zamówień, czym uniemożliwił wykonawcy m.in. skorzystanie z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził Postępowanie zgodnie z przepisami Pzp to musiałby On umożliwić mu złożenie odwołania m.in. od treści opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym, Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp”.

Odwołujący wskazał: (...) Zgodnie z dyspozycją art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp odwołanie w przypadkach innych niż określone w art. 515 ust. 1 i 2 Pzp (takich jak zaniechanie przeprowadzenia postępowania w trybie i na zasadach określonych w Pzp) wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. W świetle powyższego należy stwierdzić, że ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia sektorowego poniżej progów unijnych (do którego nie stosuje się przepisów Pzp) zostało opublikowane na stronie internetowej Postępowania w dniu 9 października 2024 roku (...). W ocenie Odwołującego przedmiotowe Postępowanie winno zostać przeprowadzone w oparciu o przepisy Pzp z uwagi na okoliczność, iż wartość szacunkowa zamówienia (przy prawidłowym ukształtowaniu opisu przedmiotu zamówienia, które uwzględnia jego realizację w ramach większego projektu) przekracza progi unijne. Oznacza to, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 19 października 2024 roku (sobota). Mając jednak na względzie dyspozycje art. 509 ust. 2 Pzp należy stwierdzić, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 21 października 2024 roku.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 7/11/2024) przede wszystkim wniósł o odrzucenie odwołania, a ewentualnie o oddalenie odwołania w całości. Wniósł ponadto w punkcie 4 o: (...)

4.przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1)Specyfikacja Warunków Zamówienia z dnia 1 października 2024 roku – wraz z załącznikami;

-fakty podlegające wykazaniu: zakres i charakter prac objętych Zamówieniem, wartość Zamówienia;

2)Informacja z otwarcia ofert z dnia 30 października 2024 roku;

-fakty podlegające wykazaniu: brak złożenia oferty przez skarżącego;

3)Postanowienia Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 18 października 2024 roku, odebranego w dniu 4 listopada 2024 roku;

- fakty podlegające wykazaniu: treść i zakres zabezpieczenia;

4)Oświadczenie Zamawiającego z dnia 4 listopada 2024 roku o unieważnieniu postępowania;

-fakty podlegające wykazaniu: unieważnienie postępowania. (...)

W uzasadnieniu stanowiska podał:

1. Kwestie wstępne – dane dotyczące Zamówienia

Przedmiotem zamówienia pod nazwą: „Budowa hali przyjęcia odpadów, hali technologicznej, hali turbozespołu wraz z niezbędnymi instalacjami i infrastrukturą dla Instalacji Odzysku Energii w Starachowicach w ramach projektu „Instalacja Odzysku Energii (IOE) Starachowice” (dalej „Zamówienie”) są roboty budowlane, które wykonane mają zostać w Starachowicach – na działce o numerze ewidencyjnym 769/2 (obręb 07), a należącej do Zamawiającego. Projekt ma na celu realizację przedsięwzięcia inwestycyjnego w zakresie budowy Instalacji Odzysku Energii (IOE), którego istotą jest zastosowanie technologii produkcji energii elektrycznej i wykonanie instalacji do termicznego przekształcenia paliw alternatywnych z odpadów innych niż niebezpieczne z odzyskiem energii na terenie istniejącej ciepłowni zlokalizowanej przy ul. Ostrowskiej 3 w Starachowicach. Konsekwencją realizacji przedsięwzięcia będzie ograniczenie zużycia energii pierwotnej, emisji gazów cieplarnianych w tym dwutlenku węgla, pyłu poprzez częściowe zastąpienie produkcji ciepła w kotłach węglowych oraz energii elektrycznej z systemu krajowego. Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło trzech wykonawców Sell-bud Inwest s.c., MTM Budownictwo sp. z o.o. oraz Wojtpol Wojtysiak spółka jawna. Następnie, już po otwarciu ofert, w dniu 4 listopada 2024 roku, Zamawiającemu zostało doręczone postanowienie Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 18 października 2024 roku, odnoszące się do zabezpieczenia roszczeń Control Process S.A.Tego samego dnia Zamawiający unieważnił postępowanie.

Należy przy tym zauważyć, iż unieważnienie nie wynikało z uznania za zasadny zarzutu podniesionego przez Skarżącego w postępowaniu odnoszącego się do sposobu ustalenia wartości zamówienia.

2. Złożenie odwołania po upływie przepisane terminu

Odwołanie zostało skierowane przeciwko przyjętemu przez zamawiającą trybowi. Odwołująca zarzuca, że Zamówienie w istocie przekracza progi unijne, co powinno skutkować przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Wedle treści ogłoszenia, założeń zamówienia, a w

szczegółności – SWZ, Zamówienie nie przekracza progów unijnych. Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 3 pkt 2 p.z.p., odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Ogłoszenie o postępowaniu zamieszczone zostało w dniu 9 października 2024 roku. Termin na wniesienie odwołania upływał zatem z dniem 14 października 2024 roku. Odwołanie zostało złożone natomiast w dniu 21 października 2024 roku, a zatem po upływie przepisanej terminu. Podlega zatem odrzuceniu.

3. Brak legitymacji czynnej odwołującej

Zgodnie z przepisem art. 505 p.z.p., środki ochrony prawnej 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. Tym samym legitymacja czynna wiąże się ze spełnieniem kumulatywnie dwóch przesłanek tj. przesłanki podmiotowej i przesłanki definiującej pokrzywdzenie sytuacji tego podmiotu w postępowaniu na skutek naruszenia przepisów prawa przez zamawiającego. Odwołująca nie spełnia łącznie tych przesłanek. Pomimo że warunki podstawy podmiotowej zostały spełnione, to odwołująca jednak nie wykazała w treści odwołania przesłanki przedmiotowej, tj. interesu w uzyskaniu zamówienia ani tego, że na skutek naruszenia przez Zamawiającą przepisów prawa, poniosła lub może ponieść szkodę. Tym samym nie posiada legitymacji do wniesienia przedmiotowego odwołania. Interes w rozumieniu przepisu art. 505 p.z.p. to nic innego, jak możliwość uzyskania zamówienia, która na skutek niezgodnego z prawem działania lub zaniechania zamawiającego zostaje konkretnym podmiotom odebrana. „Biorąc przy tym powszechnie przyjęty obraz „interesu” w brzmieniu przepisu art. 505 p.z.p., należy zauważyć, że chodzi tu nie o posiadanie jakiegokolwiek interesu, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony. Wykonawca musi przy tym wykazać wpływ podnoszonych zarzutów na jego sytuację, wykazać szkodę powstałą w następstwie naruszenia przepisów Prawa zamówień i tym samym związek przyczynowo skutkowy między zarzucanymi naruszeniami Prawa zamówień publicznych, a uszczerbkiem po stronie wykonawcy.” Co do pojęcia szkody, w literaturze powszechnie przyjęty jest pogląd, że za szkodę uznać należy uszczerbek w wyniku z określonego działania lub zaniechania. Szkada w rozumieniu prawa zamówień publicznych powinna przy tym opierać się w szczególności na pozbawieniu wykonawcy możliwości uzyskania określonego zysku. W orzeczeniach KIO daje się dostrzec, że wystąpienie szkody jest traktowane jako okoliczność zawężająca co do zasady szerokie rozumienie przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia. Jak wskazywała KIO w wyroku z dnia 8 października 2010 roku : „Należy zwrócić uwagę, że szeroko rozumiany interes nie jest wystarczającą przesłanką legitymacji czynnej, ponieważ w koniunkcji z interesem wykonawca musi wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę (rozumianą wyłącznie jako szkada majątkowa, a więc nieobejmującą krzywdy, stanowiącej szkodę niemajątkową) w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że strona odwołująca nie wykazała dostatecznie swojego interesu ani szkody. Tym bardziej zaś nie udowodniła, by zachodził między tymi zjawiskami związek przyczynowo-skutkowy. Odwołująca upatruje swojej legitymacji wskazując jedynie, że przeprowadzenie postępowania na podstawie wewnętrznego regulaminu udzielenia zamówienia uniemożliwia jej złożenie odwołania np. co do treści opisu przedmiotu zamówienia. Jest to jedyny argument jaki przytacza celem wykazania swojej legitymacji do skutecznego wniesienia odwołania. Brak jest przy tym wskazania utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o jego udzielenie a przez co szkody jaką mogłaby ponieść na skutek rzekomego pokrzywdzenia przepisów prawa przez zamawiającą. W szczególności należy zauważyć, iż odwołujący ostatecznie nie złożył oferty. Co więcej wobec unieważnienia postępowania nie posiada w ogóle interesu w odniesieniu do pozyskania zamówienia odnoszącego się do jego przedmiotu. Co więcej, w treści uzasadnienia pisma odwołująca nie rozszerza dalej kwestii braku możliwości składania odwołań, które mogłaby składać o ile zamówienie realizowane byłoby na podstawie przepisów p.z.p. W konsekwencji prowadzi to do stwierdzenia, że przesłanki legitymacji czynnej nie zostały spełnione.

4. Charakter i zakres Zamówienia

Realizowana inwestycja zakłada m.in.:

- opracowanie kompleksowej Dokumentacji Projektowej, Wykonawczej wraz z uzyskaniem wszelkich prawem przewidzianych pozwoleń;
- roboty budowlane w zakresie wykonanie hali przyjęcia odpadów i wykonanie budynku technologicznego pod potrzeby paleniska, kotła na olej termalny i urządzeń pomocniczych oraz modernizację istniejących budynków pod potrzeby instalacji ORC;
- demontaż i modernizacja istniejącego pomieszczenia pod potrzeby docelowej nastawni z uwzględnieniem instalacji spalającej preRDF;
- dostawa i montaż urządzeń (m.in.: instalacja podawania paliwa z rozdrabniaczem odpadów o wydajności 3,8 t/h,

paleniska, kotła termoolejowego, wieży ekonomizerów, instalacji ORC, generatora i turbiny);

- przeprowadzenie prób funkcjonalnych na zimno tzw. rozruchu, rozruchu 72 godzinowego; • szkolenie personelu zamawiającej;
- serwis instalacji.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że jest to przedsięwzięcie wielowymiarowe i złożone przedmiotowo, a jego prawidłowa realizacja związana jest z działaniem na wielu (niezależnych) płaszczyznach. Zupełnie innego zaangażowania (technologicznego czy pod kątem zasobów) wymaga np. opracowanie projektu, a spełnienia całkowicie innych warunków szkolenie personelu (z obsługi maszyn). Naturalnym jest przy tym, że inne podmioty mogą (i powinny) realizować te obszary w zależności od konkretnego obszaru specjalizacji.

Przy uwzględnieniu dodatkowo specyfiki przedsięwzięcia, jakim jest wykonanie instalacji do termicznego przekształcenia paliw alternatywnych z odpadów uzasadnionym staje się jego podział. Co istotne także, zgodnie z SWZ, dokumentacją projektową, wskazaniami wiedzy specjalistów przygotowujących materiał źródłowy – zastosowanie innej technologii jest wykluczone (względnie: powodowałoby nieuzasadniony wzrost kosztów inwestycji oraz prowadziło do jej przewlekłości).

5. Podział Zamówienia

Przepis art. 91 ust. 1 p.z.p. konstytuuje prawo zamawiającego do decydowania o możliwości podziału Zamówienia na części. Swoboda zamawiającego oparta jest o przeprowadzenie indywidualnej analizy potrzeb i wymagań konkretnego Zamówienia. Związane jest to z jego dalszą realizacją i kwestiami takimi jak: wdrożenie, organizacja realizacji czy ekonomia inwestycji. Biorąc pod uwagę skalę i specyfikę Zamówienia, która została wykazana wyżej, należy stwierdzić, że ma ono charakter kompleksowy, a w ramach jego realizacji nastąpi wykonanie szeregu zadań niezwiązanych ze sobą w sposób bezpośredni. Jak zostało już wskazane, założeniem projektu jest zaprojektowanie instalacji kogeneracyjnej z ORC wraz ze wszystkimi instalacjami towarzyszącymi. Z uwagi na charakter i specyfikę zamówienia podział na odrębne postępowania ma więc na celu przede wszystkim zwiększenie efektywności przeprowadzanych prac i zapobieganie uzależnieniu realizacji od jednego podmiotu.

„Jeśli zamawiający planuje zlecić zamówienie o dużym zakresie, zasadne jest zlecenie go kilku podmiotom, które niezależnie od siebie będą je wykonywać. Dzięki takiemu zabiegowi zamawiający zwiększa szansę na skuteczną realizację zamówienia, nie uzależniając jego powodzenia od jednego wykonawcy i nie generując ryzyka wynikającego np. z jego ewentualnych problemów finansowych.”

Zamówienie obejmuje wyłącznie roboty budowlane, których zakres wskazany został w załączniku nr 1 do SWZ tj.:

- Budowa hali przyjęcia odpadów (budynek 40) wraz z instalacjami towarzyszącymi,
- Budowa hali technologicznej (budynek 60) wraz z instalacjami towarzyszącymi
- Budowa pomieszczenia ORC (budynek 70) wraz z instalacjami towarzyszącymi
- Budowa wiaty wago przenośnika (budynek 140) wraz z instalacjami towarzyszącymi.

W zakresie robót budowlanych Wykonawca przeprowadzi: prace ziemne i fundamentowe, instalacje pod posadzkowe, wykona posadzki budynków, montaż konstrukcji budynków, montaż obudowy budynków wraz z dachem, montaż bram, okien i instalacji elektrycznych.

Z uwagi, że są to prace tego samego rodzaju, zasadnym jest przeprowadzenie ich w ramach jednego Zamówienia i przez jednego wykonawcę, czego jednak nie można powiedzieć w stosunku do pozostałych prac takich jak montaż urządzeń specjalistycznych, przeprowadzenie prób funkcjonalnych, czy szkolenia pracowników zamawiającej.

Należy stwierdzić, że dopiero poprawna realizacja robót budowlanych kwalifikuje przedsięwzięcie do dalszej realizacji tj. przeprowadzenia prac montażowych przez podmioty trudniące się pracami technologicznymi. Roboty montażowe wykonywane przez firmę technologiczną będą prowadzone w hali przyjęcia odpadów oraz w hali technologicznej (tj. w budynku nr 40 i 60). W pomieszczeniu ORC będą prowadzone roboty montażowe przez dostawcę turbiny ORC po zakończeniu robót montażowych firmy technologicznej (tj. w budynku nr 70). Przedmiotowe zamówienie jest z tego powodu jednym z kluczowych elementów całego projektu. Nie jest jednak zasadne, aby przedmiot Zamówienia został rozszerzony i obejmował realizację całego projektu w ramach jednego Zamówienia. Ze względu na odmienny charakter elementów składowych projektu m.in.: robót budowlanych z jednej strony i przeprowadzenia instalacji oraz montażu urządzeń do termicznego przekształcenia paliw alternatywnych z odpadów z drugiej strony, dokonanie ich w ramach dwóch odrębnych Zamówień staje się być w pełni zasadnym.

Zamawiająca wymagać będzie od wykonawcy trudniącego się wykonywaniem robót budowlanych realizacji projektu zgodnie z innymi kryteriami niż w przypadku wykonawcy dokonującego prac związanych z montażem urządzeń czy rozpoczęciem prac samej instalacji.

Obie sfery mają zgoła odmienny charakter, wobec czego nie sposób doszukiwać się w nich zastosowania przepisów art. 31 p.z.p. Zamawiająca nie dokonała bowiem podziału robót budowlanych o tożsamym przedmiocie na odrębne postępowania. Co więcej, niektóre z prac objętych projektem zostały już wykonane. Koszt tych robót to około dziesięć milionów złotych. Zamawiająca uzyskała już także dokumenty rozliczeniowe za zakup niezbędnych maszyn. Poniesiono

także koszty zakupu dokumentacji projektowej (koszt około czterech milionów złotych). Wynika z tego zatem, że prace realizowane są niezależnie, w kilku kierunkach. Zamawiająca poniosła przy tym określone nakłady i niezwłocznie realizuje wszelkie czynności, by inwestycja zakończyła się możliwie niezwłocznie. Nieuzasadnione zatem byłoby gospodarczo, by obejmować Zamówieniem także inne obszary inwestycji. Zamawiająca mogłaby także ponieść z tej przyczyny niepowetowaną szkodę, a prace – zostać znacznie opóźnione. (...)

Odwolujący w piśmie procesowym z dnia 8/11/2024 wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp zainicjowanego pismem wniesionym przez Odwołującego w dniu 21 października 2024 r. Dalej podał: (...) Odwołujący informuje, że Zamawiający pismem z dnia 4 listopada 2024 roku zawiadomił wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o unieważnieniu Postępowania. Skoro Zamawiający zdecydował się unieważnić przedmiotowe Postępowanie to substrat zaskarżenia z odwołania z dnia 21 października 2024 roku należy uznać za nieistniejący. W sprawie zawisłej przed Izłą pod sygnaturą KIO 3907/24 substratem zaskarżenia było zaniechanie przeprowadzenia Postępowania na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – jego unieważnienie (czyli wyeliminowanie z obrotu prawnego) skutkuje tym, że dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Nie istnieje bowiem czynność / zaniechanie będące podstawą wniesienia odwołania. Nie można jednocześnie wykluczyć, że Zamawiający zdecyduje się na udzielenie zamówienia objętego Postępowaniem w trybie i na zasadach określonych w ustawie Pzp. W zakresie konieczności unieważnienia postępowania odwoławczego z uwagi na fakt unieważnienia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 3 października 2022 roku (sygn. KIO 2472/22) stwierdzając, iż:

1) „czynność unieważnienia postępowania jest czynnością daleko idącą, niweczącą prowadzone postępowanie. Powyższego skutku nie zmienia fakt, że czynność unieważnienia została dokonana w dniu 30 września 2022 r., a zatem termin na wniesienie ewentualnego odwołania wobec tej czynności jeszcze nie upłynął. Uszło uwadze odwołującego, że nawet nieprawomocna czynność unieważnienia postępowania stałaby na przeszkodzie w wydaniu rozstrzygnięć, o których mowa w przepisie art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.”

2) „Aby nakazać zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji postanowień SWZ zgodnie z wnioskiem odwołującego, Izba musiałaby jednocześnie nakazać zamawiającemu powrót do postępowania poprzez nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 30 września 2022 r. Jednakże rozstrzyganie przez Izbę w obecnym postępowaniu odwoławczym o zasadności lub niezasadności czynności unieważnienia postępowania z dnia 30 września 2022 r. byłoby niedopuszczalne. Zgodnie bowiem z przepisem art. 555 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Skoro przedmiotem zarzutów w obecnym odwołaniu nie była czynność unieważnienia postępowania, to Izba nie mogłaby się o niej wypowiedzieć.”

Przekładając powyższe wywody na stan faktyczny niniejszej sprawy należy stwierdzić, że w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. KIO 3907/24 Izba nie może wypowiedzieć się na temat zasadności bądź nie unieważnienia Postępowania. Tym samym wydanie przez nią orzeczenia jest niedopuszczalne. Umorzenie postępowania odwoławczego nie wpłynie przy tym negatywnie na sytuację procesową Odwołującego, który będzie mógł ponownie złożyć odwołanie od czynności Zamawiającego po ewentualnym „przywróceniu” Postępowania. Wobec zaistniałych i opisanych powyżej okoliczności Odwołujący wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnaturą akt KIO 3907/24 oraz zdjęcie z wokandy terminu rozprawy, która przewidziana została na dzień 13 listopada 2024 roku (środa) na godzinę 10.00. Odwołujący w załączeniu przedkłada dodatkowo pismo Zamawiającego z dnia 4 listopada 2024 roku o unieważnieniu Postępowania. Informacja o unieważnieniu Postępowania została również opublikowana na stronie internetowej prowadzonego Postępowania. Z uwagi na umorzenie postępowania odwoławczego w trybie art. 568 pkt 2 Pzp wnoszę o zwrot wpisu wniesionego przez Odwołującego w pełnej wysokości na następujący nr rachunku bankowego: 62 1160 2202 0000 0002 4873 8825, Bank Millennium S.A.”

Do postępowania odwoławczego – jak wynika z akt sprawy odwoławczej - przystąpienia nie zgłosił żaden wykonawca.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

W odwołaniu z dnia 21/10/2024 r. wykonawca Control Process S.A. z/s w Warszawie podniósł zarzut naruszenia art. 28 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 91 tej ustawy, żądając w pierwszej kolejności unieważnienia tego postępowania, albowiem zdaniem wykonawcy Zamawiający ustalając nieprawidłowo (zaniżając) wartość szacunkową przedmiotu zamówienia zaniechał przeprowadzenia postępowania na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający – jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie - pismem z dnia 4 listopada 2024 r. zawiadomił wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o unieważnieniu postępowania. Dokonanie tej czynności było skutkiem wydanego postanowienia przez Sąd Okręgowy w Kielcach z dnia 18 października 2024 r., odnoszącego się do

zabezpieczenia roszczeń Control Process S.A.

Izba mając na uwadze wiosek wykonawcy z dnia 8/11/2024 zgodziła się w niniejszej sprawie z Odwołującym, że unieważnienie w dniu 4 listopada 2024 r. przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia spowodowało, że substrat zaskarżenia z odwołania z dnia 21 października 2024 r. należy uznać za nieistniejący. W sprawie bowiem zawisłej przed Izbą pod sygnaturą akt KIO 3907/24 unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczył spór spowodowało jego wyeliminowanie z obrotu prawnego.

Izba mając na uwadze powyższe ustalenia uznała, że postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. W myśl bowiem tego przepisu: *„Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (...) 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne;(...)*

W związku z § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. poz. 2453) Izba w sytuacji opisanej w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 2 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę wpisu w pełnej wysokości.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....