Sygn. akt: KIO 4593/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 20.12. 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu w dniu 20 grudnia 2024 r. w Warszawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu w dniu 5 grudnia 2024 r. przez Odwołującego: **Victor Energy Sp. z.o.o. z/s w Warszawie** (ul. Białostocka 22/21H, 03741 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z/s w Konstancinie-Jeziorna** (ul. Warszawska 165, 05520 Konstancin Jeziorna),

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Victor Energy Sp. z.o.o. z/s w Warszawie** (ul. Białostocka 22/21H, 03741 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 4593/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2024 r. przez wykonawcę: Victor Energy Sp. z.o.o. z/s w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniuprowadzonym 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: Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z/s w Konstancinie-Jeziorna. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Budowa linii 400 kV Choczewo — Gdańsk Przyjaźń: Odcinek I — od SE Choczewo do słupa nr 64 (łącznie ze słupem)". Nr: 2024/WNP-0314;Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 25/11//24 nr 716575-2024.

Wykonawca podał:

(...)

I. czynności opisu w Rozdziale VII pkt 2.4 lit a), lit b) oraz lit c) pkt 1, 2, 3, 4, 5 i 6 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ") oraz odpowiedniej części Ogłoszenia warunku udziału w Postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz Zasadę przejrzystości, podczas gdy nie istnieje żadna obiektywna uzasadniona przyczyna, aby Zamawiający z góry wykluczył doświadczenie wykonawcy oraz jego personelu nabytych przy realizacji wszelkich projektów referencyjnych wykonanych poza obszarem synchronicznym ENTSO-E Europy kontynentalnej;

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp i art. 112 ust. 1 oraz 2 pkt 4) ustawy PZP w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. IV ust. 1 Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (dalej „GPA") poprzez czynność opisania w Rozdziale VII pkt 2.4 lit a) oraz lit b) SWZ oraz odpowiedniej części Ogłoszenia warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości, podczas gdy nie istnieje żadna uzasadniona przyczyna, aby Zamawiający z góry wykluczył wszelkie projekty referencyjne wykonane poza synchronicznym obszarem ENTSO-E Europy kontynentalnej sieci przesyłowej;

2. art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp i art. 112 ust. 1 oraz 2 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy PZP oraz art. IV ust. 1 GPA poprzez czynność opisania w Rozdziale VII pkt 2.4 lit c) pkt 1, 2, 3, 4, 5 i 6 SWZ oraz odpowiedniej części Ogłoszenia warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej wymaganego od wykonawcy personelu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości, podczas gdy nie istnieje żadna uzasadniona przyczyna, aby Zamawiający z góry wykluczył personel wykonawcy, który nabył doświadczenie podczas realizacji wszelkich projektów referencyjnych wykonanych poza synchronicznym obszarem ENTSO-E Europy kontynentalnej sieci przesyłowej;

W związku z powyższym, w imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:
1)zmianę treści Rozdziału VII pkt 2.4 lit a), lit b) oraz lit c) pkt 1, 2, 3, 4, 5 6 SWZ oraz odpowiedniej części Ogłoszenia poprzez wykreślenie treści „na synchronicznym obszarze ENTSO-E Europy kontynentalnej sieci przesyłowej";
2)lub co najmniej zmianę treści Rozdziału VII pkt 2.4 lit a), lit b) oraz lit c) pkt 1, 2, 3, 4, 5 i 6 SWZ oraz odpowiedniej części Ogłoszenia poprzez zastąpienie treści „na synchronicznym obszarze ENTSO-E Europy kontynentalnej sieci przesyłowej" następującą treścią: „na obszarze ENTSO-E"; (...)

Wykonawca podał, że (...) Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem jest wykonawcą, który zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia i zaoferować jego wykonanie na rzecz Zamawiającego. W konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy PZP Odwołujący nie może zaoferować w Postępowaniu realizacji zamówienia z uwagi na to, że Odwołujący nie spełnia wadliwie i w sposób nieproporcjonalny określonych warunków udziału w postępowaniu, pomimo tego, że jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia. Tym samym, wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP Odwołujący został pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia i złożenia konkurencyjnej oferty. W konsekwencji, Odwołujący poniesie szkodę odpowiadającą stratą w postaci nieuzyskanych przychodów z realizacji zamówienia, które mógłby uzyskać, gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje nadto, że interes Odwołującego we wniesieniu odwołania oraz opis sposobu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp należy czytać łącznie z treścią uzasadnienia niniejszego odwołania, które obrazują okoliczności faktyczne i prawne naruszenia przepisów ustawy PZP przez Zamawiającego. Odwołujący wskazuje także, że interes Odwołującego we wniesieniu odwołania należy rozpatrywać również jako dążenie do zapewnienia zgodności postępowania Zamawiającego z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy Pzp. Wymaga wskazania, że w kontekście interesu prawnego na etapie przed składaniem ofert, w szczególności w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, ocena interesu w uzyskaniu zamówienia możliwości poniesienia szkody ogranicza się właściwe do badania zainteresowania danego podmiotu udziału w postępowaniu. Wymaga wskazania, że wskutek naruszenia przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z braku możliwości zaoferowania w postępowaniu wykonania zamówienia 2 . Nie ulega wątpliwości zatem, że Odwołujący posiada i wykazał - także w świetle treści uzasadnienia odwołania - legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. (...)

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 13 grudnia 2024 r. podał: (...)

1.*wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego na postawie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp z uwagi na to, że dalsze postępowanie stało się zbędne wobec dokonania przez Zamawiającego zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ") w sposób uwzględniający żądania Odwołującego zawarte we wniesionym odwołaniu.*

Zamawiający w dniu 13 grudnia 2024 r. opublikował zmianę SWZ uwzględniającą żądanie Odwołującego poprzez zastąpienie zwrotu „synchronicznym obszarze ENTSOE Europy kontynentalnej sieci przesyłowej" na sformułowanie „obszarze ENTSO-E sieci przesyłowej" w warunkach udziału w Postępowaniu będących przedmiotem wniesionego przez Odwołującego odwołania. Zatem zadośćuczynił żądaniu Odwołującego.

W konsekwencji zaskarżona odwołaniem czynność w postaci treści Warunków Udziału – o których mowa w treści odwołania - utraciła byt, nie istnieje. Z tego też względu odpadł substrat zaskarżenia, którym była czynność opisu Warunków Udziału w Postępowaniu, o pierwotnej treści. Jak wskazuje się w doktrynie „zbędność postępowania odwoławczego to sytuacja, w której przestał istnieć spór poddany pod rozstrzygnięcie Izby" (...). Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym, bowiem wskutek zmiany SWZ nie istnieje spór pomiędzy stronami w zakresie treści SWZ. W związku z tym wystąpiła zbędność postępowania odwoławczego, co uzasadnia jego umorzenie stosownie do art. 568 pkt 2) Pzp, o co wnosi Odwołujący. Jednocześnie wskazuję, że wpis od odwołania należy zwrócić w całości na rachunek bankowy, z którego dokonano wpłaty".

Do tego pisma załączył powołane we wniosku stanowisko Zamawiającego z dnia 13.12.2024 r., który w tym piśmie wskazał na zmianę w treści dokumentów, w tym SWZ w części I wskazując na zaskarżone w odwołaniu postanowienia i ich zmianę:

1. Rozdz. Il pkt 3. Definicje

2. Rozdz. Vll pkt 2 ppkt 2.4. zdolność techniczna lub zawodowa: lit. a), lit. b) i lit. c) pkt 1,2, 3,4,5 i 6.

Zamawiający w piśmie z dnia 16 grudnia 2024 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nawiązując do pisma KIO nr sprawy UZP/BO/MH/37568/48996/24, dot. KIO 4593/24 z dn. 11.12.2024 r., oraz do wniosku o umorzenie postępowania odwoławczego złożonym przez Victor Energy Sp. z o. o. z dn. 13.12.2024 r. wniósł (...) *o*

cofnięcie wezwania do uzupełnienia akt odwołania oraz pisemnego stanowiska Zamawiającego zawierającego odniesienie się do zarzutów podniesionych w odwołaniu. Dalsze postępowanie stało się zbędne wobec dokonania przez Zamawiającego zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ") w sposób uwzględniający żądania Odwołującego zawarte we wniesionym odwołaniu". W załączeniu przesyłał (...) *wiadomość email pełnomocnika Odwołującego informującą o złożeniu do Krajowej Izby Odwoławczej wniosku o umorzenie postępowania wraz z treścią wniosku".*

Do postępowania odwoławczego przestąpienia nie zostały zgłoszone. Termin na takie zgłoszenia upłynął w dniu 9 grudnia 2024 r. Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 11/12/24 w punkcie 4): „Kopia odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało zamieszczone na Platformie zakupowej Zamawiającego w dn. 06.12.2024 r."

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

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

W odwołaniu z dnia 5/12/2024 wykonawca Victor Energy sp. z o.o. z/s w Warszawie zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp i art. 112 ust. 1 oraz 2 pkt 4) ustawy PZP w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. IV ust. 1 Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (dalej „GPA") odniósł do postanowień w Rozdziale VII pkt 2.4 lit a) oraz lit b) i lit. c) pkt 1, 2, 3, 4, 5 i 6 SWZ oraz odpowiedniej części Ogłoszenia warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy wnosząc o nakazanie Zamawiającemu:
1)zmiany treści Rozdziału VII pkt 2.4 lit a), lit b) oraz lit c) pkt 1, 2, 3, 4, 5 6 SWZ oraz odpowiedniej części Ogłoszenia poprzez wykreślenie treści „na synchronicznym obszarze ENTSO-E Europy kontynentalnej sieci przesyłowej";
2)lub co najmniej zmianę treści Rozdziału VII pkt 2.4 lit a), lit b) oraz lit c) pkt 1, 2, 3, 4, 5 i 6 SWZ oraz odpowiedniej części Ogłoszenia poprzez zastąpienie treści „na synchronicznym obszarze ENTSO-E Europy kontynentalnej sieci przesyłowej" następującą treścią: „na obszarze ENTSO-E"; (...)

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 13 grudnia 2024 r. wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp wskazał na zmiany w SWZ z dnia 13 grudnia 2024 r. kwestionowanych w odwołaniu postanowień z którego treści wynika, że Zamawiający nadał nowe brzmienie spornym postanowieniom SWZ, które to modyfikacje przekazał wykonawcom w dniu 13/12/24, a w wyniku zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, zmodyfikował również termin związania ofertą oraz termin składania i otwarcia ofert. Do wniosku wykonawcy Victor Energy sp. z o.o. nawiązał także Zamawiający w piśmie z dnia 16 grudnia 2024 r. i z jego treści wynika, że popiera wniosek Odwołującego.

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 stanie faktycznym tej sprawy postępowanie odwoławcze stało się zbędne w związku z wprowadzonymi do treści SWZ w zakresie zaskarżonym, o których to zmianach Zamawiający powiadomił wykonawców. Czynność faktyczna jakiej dokonał Zamawiający spowodowała, że przestał istnieć, *de facto* substrat zaskarżenia w postępowaniu odwoławczym wszczętym odwołaniem z dnia 5 grudnia 2024 r.

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.

……