**Sygn. akt: KIO 945/24**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 3 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 3 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 22 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego „ECO-ABC" Sp. z o.o. w Bełchatowie i Olsztyński Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Olsztynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofa w Białymstoku przy udzialeuczestnika po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego MPO Sp. z o.o. w Białystoku, Replastik Sp. z o.o. w Białymstoku i Raf Ekologia Sp. z o.o. w Jedliczach

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2.znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego „ECO-ABC" Sp. z o.o. w Bełchatowie i Olsztyński Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Olsztyniekwoty 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczonej tytułem wpisu 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.

Przewodniczący:

……

**Sygn. akt: KIO 945/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofa w Białymstoku ul. Jerzego Waszyngtona 17, 15-274 Białystok, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Usługa odbioru, transportu i unieszkodliwienia odpadów medycznych niebezpiecznych z grupy 18 01", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 19 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/S 014-037911, dalej zwane „postępowaniem".

Postępowanie na usługi, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 22 marca 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniosło konsorcjum „ECO-ABC" Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów i Olsztyński Zakład Komunalny Sp. z o.o. ul Lubelska 43D, 10-410 Olsztyn (dalej zwane „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1.art. 107 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum MPO Sp. z o.o., Raf Ekologia Sp. z o.o. i Replastik Sp. z o.o. do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci zaświadczenie/dokumentu równoważnego wystawionego przez Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska, z treści którego wynika, że spalarnia w której Wykonawca będzie unieszkodliwiał wytwarzane przez zamawiającego odpady medyczne objęte przedmiotem zamówienia, jest eksploatowana i działa zgodnie z przepisami ochrony środowiska, a w konsekwencji wybór oferty niezgodnej z warunkami zamówienia,

2.art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1-2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.; dalej: „ustawa ZNK"), w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia jawnych dokumentów Postępowania, tj. przedmiotowego środka dowodowego w postaci protokołu WIOŚ Spalarni 197/2023, pomimo że stanowią on dokument jawny, który nie został skutecznie zastrzeżony przez ww. wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania;

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MPO Sp. z o.o. w Białystoku, Replastik Sp. z o.o. w Białymstoku i Raf Ekologia Sp. z o.o. w Jedliczach (dalej także jako „Konsorcjum MPO"), ujawnienia i udostępnienia nieskutecznie zastrzeżonego

jako tajemnica przedsiębiorstwa przedmiotowego środka dowodowego złożonego przez Konsorcjum MPO w postaci protokołu WIOŚ Spalarni 197/2023, wezwanie Konsorcjum MPO do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci zaświadczenie/dokumentu równoważnego wystawionego przez Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska, z treści którego wynika, że spalarnia, w której wykonawca będzie unieszkodliwiał wytwarzane przez zamawiającego odpady medyczne objęte przedmiotem zamówienia, jest eksploatowana i działa zgodnie z przepisami ochrony środowiska; dokonanie ponownej oceny i badania ofert; Ponadto wniesiono o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania poniesionymi przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum MPO Sp. z o.o. ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok, Replastik Sp. z o.o. ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok i Raf Ekologia Sp. z o.o. ul. Trzecieskiego 14, 38-460 Jedlicze (dalej zwane „przystępującym"), które zgłosiło przystąpienie po stronie zamawiającego.

W dniu 28 marca 2024 r. zamawiający przekazał Izbie dokumentację postępowania i odpowiedź na odwołanie, w której wskazano, że 26 marca 2024 r. zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (zawiadomienie z dnia 26.03.24 r. zostało także opublikowana na stronie internetowej, gdzie prowadzone jest postępowanie), przekazał odwołującemu protokół kontroli WIOŚ-BL 197/20 i wezwał przystępującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego. Czynności tych zamawiający dokonał nie czekając na oświadczenie w sprawie ewentualnego sprzeciwu przystępującego wobec uwzględnienia odwołania, który w zakresie zarzutu nr 1 został wniesiony w dniu 2 kwietnia 2024 r. Izba dalej ustaliła, że w dniu 3 kwietnia 2024 r. odwołujący złożył wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 p.z.p. w związku z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykonaniem żądań odwołującego zawartych w odwołaniu.

Skład orzekający stwierdził, że zgodnie z materiałem procesowym, w dniu 26 marca 2024 r., zamawiający unieważnił czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, od której wniesiono rozpoznawane odwołanie, zatem kontrola legalności czynności zamawiającego w postaci prawidłowości wyboru oferty przystępującego, której wadliwość zarzucili odwołujący, stała się bezprzedmiotowa.

W szczególności, że wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego (art. 552 ust. 1 p.z.p.) – oznacza to, że okoliczności faktyczne dotyczące rozpoznawanego sporu, które ulegną zmianie od momentu wniesienia odwołania do czasu wydania wyroku, powinny zostać uwzględnione przez Izbę. Jeżeli więc dojdzie do zajścia w sprawie okoliczności, których wystąpienie negatywnie wpływa na możliwość zbadania sprawy co do meritum, dalsze procedowanie staje się bezcelowe, proces powinien zostać umorzony z powodu zbędności wydania wyroku, zaś jego wynik nie powinien mieć charakteru rozstrzygnięcia merytorycznego, a powinien być jedynie jego formalnym zakończeniem. Nie można byłoby bowiem stwierdzić naruszenia przepisów p.z.p. w stosunku do czynności, której już nie ma w obrocie. Doszło do następczego braku substratu zaskarżenia, odwołanie dotyczy bowiem czynności, która zostało wyeliminowana z obrotu prawnego – w obecnym stanie rzeczy, Izba nie mogłaby stwierdzić naruszenia prawa w stosunku do już unieważnionego rozstrzygnięcia postępowania, którego istnienia wymaga art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. (uwzględnienie odwołania wymagana naruszenia przepisów, które miałyby wpływ na wynik postępowania; takiego wyniku przetargu obecnie nie ma w obrocie). Po wniesieniu odwołania doszło do zdarzenia, skutkiem którego wydanie wyroku stało się bezcelowe. Skład orzekający stwierdził, że w takiej sytuacji procesowej –kiedy działania zamawiającego doprowadziły do braku substratu zaskarżenia, uniemożliwiając uwzględnienie odwołania – nie ma podstaw do obciążenia powstałym stanem rzeczy odwołującego, którego odwołanie nie mogłoby zostać uwzględnione.

Warto dodać, że jest to niestandardowa sytuacja, a zamawiający powinien poczekać ze swoimi czynnościami na decyzję w zakresie wniesienia ewentualnego sprzeciwu, a nie dokonywać unieważnienia czynności wyboru. Takie zachowanie zamawiającego należy ocenić negatywnie. Niemniej, od nowych czynności przysługuje przystępującemu wniesienie własnego środka zaskarżenia, na którego wniesienie termin jeszcze nie upłynął, a decyzja o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej (która obok unieważnienia postępowania jest najczęstszą przyczyną zastosowania przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 568 pkt 2 p.z.p.) została przekazana wszystkim wykonawcom. Izba nie może rozpoznać częściowego sprzeciwu, tak jakby stanowił on odwołanie od czynności, od której go nie wniesiono, zatem jeżeli przystępujący uważa, że dokonane już czynności zamawiającego są bezprawne powinien wnieść wobec nich odwołanie. Natomiast obecnie rozpoznawany środek zaskarżenia, z powodu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, nie mógłby zostać uwzględniony i to nie z powodu merytorycznej oceny działania/zaniechania zamawiającego, a z powodu braku substratu zaskarżenia.

Mając zatem na uwadze ustalony stan rzeczy, skład orzekający stwierdził, że należy przychylić się do wniosku odwołującego, bowiem zaszła konieczność zastosowania art. 568 pkt 2 p.z.p. i umorzenia postępowania odwoławczego, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie § 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).

Przewodniczący:

……