

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 19 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 19 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2024 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „ADW” sp. z o.o. z siedzibą w Wyrach** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy Lasów Państwowych w Olsztynie**
postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „ADW” sp. z o.o. z siedzibą w Wyrach**, stanowiącej 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 22/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy Lasów Państwowych w Olsztynie, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp” - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „Repelenty do zabezpieczenia drzewek przed zwierzyną leśną”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 grudnia 2023 r., nr Dz.U. S: 247/2023 - 00784433-2023.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 2 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „ADW” sp. z o.o. z siedzibą w Wyrach, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu art. 16 pkt 1-3 oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp przez wprowadzenie w pkt IV. Specyfikacji Warunków Zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia oraz prawo opcji” wymagań uniemożliwiających wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i powodującym nieuzasadnione przeszkody w ubieganiu się o udzielenie zamówienia, a także naruszających zasady uczciwej konkurencji, poprzez:

(i) wprowadzenie wymagań co do dostawy środka ochrony roślin w opakowaniach 7 kg i 25 kg co do części I i II zamówienia;

(ii) wprowadzenie wymagania, zgodnie z którym zawartość substancji czynnej: piasek kwarcowy (związek z grupy tlenków nieorganicznych) na poziomie 300g/kg (30%) – co do części I zamówienia

– co stanowi zbytne dookreślenie wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia, w sposób tak rygorystyczny, że nie jest to uzasadnione ani potrzebami Zamawiającego, ani funkcjonalnością przedmiotu zamówienia, a nade wszystko postawione wymagania premią określonego jednego wykonawcę, dyskwalifikując wykonawców oferujących rozwiązania równoważne, potwierdzone i zweryfikowane w drodze stosownych zezwoleń i dopuszczeń, a nadto wcześniej uznawanych przez Zamawiającego za rozwiązania modelowe;

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

(i) zmiany pkt IV Specyfikacji Warunków Zamówienia – w zakresie części 1 zamówienia i wprowadzenie następującego zapisu:

„Repentol 6 Pa (lub równoważny) – środek o działaniu odstręczającym ssaki roślinożerne, w formie pasty do bezpośredniego użycia. Zawartość substancji czynnej: piasek kwarcowy (związek z grupy tlenków nieorganicznych) – od 250 do 300 g/kg (25-30%). Piasek frakcja do 0,2 mm: w ilości 92.7762 kg w opakowaniach co najmniej 5 kg a maksymalnie 20 kg”;

(ii) zmiany pkt IV Specyfikacji Warunków Zamówienia – w zakresie części 2 zamówienia i wprowadzenie następującego zapisu:

„Repentol 6 Pa Bis (lub równoważny) – środek o działaniu odstraszającym ssaki roślinożerne, w formie pasty do bezpośredniego użycia. Zawartość substancji czynnej piasek kwarcowy (związek z grupy tlenków nieorganicznych). Piasek frakcja od 0,2 mm do 0,5 mm; w ilości 57.502 kg w opakowaniach co najmniej 5 kg a maksymalnie 20 kg”;

(iii) zmiany treści formularza ofertowego stanowiącego załącznik do Specyfikacji Warunków Zamówienia – w sposób uwzględniający zmianę pkt IV Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie rodzaju opakowań.

Ustalono także, że odwołujący złożył do Prezesa Izby pismo, w którym wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego jako zbędnego art. 568 pkt 2 Pzp. W piśmie tym poinformował, że w dniu 16 stycznia 2024 r. otrzymał informację Zamawiającego o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Do swego pisma odwołujący załączył ww. zawiadomienie zamawiającego o unieważnieniu postępowania z 16 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć odwoławcze, gdyż dalsze postępowanie stało się zbędne. Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.*

Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania zamawiający 16 stycznia 2024 r. unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, zaś odwołanie było skierowane wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia w tym postępowaniu.

Podkreślenia wymagało, że czynność unieważnienia postępowania niweczy prowadzone przez zamawiającego postępowanie powodując, że rozstrzyganie zarzutów wobec postanowień SWZ w takim unieważnionym postępowaniu staje się zbędne. Odpada bowiem potrzeba wypowiedzenia się Izby w przedmiocie takich zarzutów.

Dostrzeżenia wymagało również, że zgodnie z art. 513 ust. 1 ustawy Pzp *odwołanie przysługuje na:*

- 1) *niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;*
- 2) *zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;*
- 3) *zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.*

Podkreślić jednocześnie należy, że tak określony substrat zaskarżenia musi istnieć w momencie wydawania przez Izbę orzeczenia. Przypomnienia wymaga bowiem, że zgodnie z przepisem art. 552 ust. 1 Pzp *Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.* Z przywołanego przepisu wynika, że Izba wydając orzeczenie musi wziąć pod uwagę również stan rzeczy istniejący na moment wydawania orzeczenia. W analizowanej sprawie Izba musiała zatem zbadać, czy i jakie skutki dla możliwości dalszego prowadzenia obecnego postępowania odwoławczego wywarł fakt, że zamawiający po wniesieniu odwołania unieważnił postępowanie.

Tak jak wskazano wcześniej, czynność unieważnienia postępowania jest czynnością daleko idącą, niweczącą prowadzone postępowanie. Odwołujący, zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp, domagał się w odwołaniu nakazania zamawiającemu wykonania czynności modyfikacji postanowień SWZ w sposób wskazany przez siebie w treści odwołania. Zgodnie zaś z przepisem art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp, *Uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

- a) *nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*
- b) *nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*
- c) *nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy,*

Jednakże, w sytuacji, w której po wniesieniu odwołania wobec postanowień SWZ, postępowanie zostało unieważnione, nawet w razie potwierdzenia się zasadności zarzutów, Izba nie mogłaby wydać żadnego z rozstrzygnięć, o których mowa w art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp. 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 16 stycznia 2024 r. Jednakże rozstrzyganie przez Izbę w obecnym postępowaniu odwoławczym o zasadności lub niezasadności czynności unieważnienia postępowania z dnia 16 stycznia 2024 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.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1

sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Izba, kierując się wynikiem postępowania odwoławczego, stosując przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę 15.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....