**Sygn. akt: KIO 150/24**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 29 stycznia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca:**Katarzyna Poprawa**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024 r. przez wykonawcę **FBSerwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Bielany Wrocławskie, ul. Atramentowa 10 55-040 Kobierzyce** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Udanin ul. Kościelna 10 55-340 Udanin**

Uczestnik po stronie zamawiającego:

**Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna ul. Szczecińska 5,**

**54-517 Wrocław** zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 150/24

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzeczwykonawcy **FBSerwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Bielany Wrocławskie, ul. Atramentowa 10 55-040 Kobierzyce** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), 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.

Przewodnicząca:……..…….

**Sygn. akt: KIO 150/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający Gmina Udanin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu gminy Udanin”

Nr sprawy: OS.271.1.1.2024 (dalej: „Postępowanie”). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 z późn. Zm.) dalej: „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało wysłanedo Dziennik Urzędowego Unii Europejskiej w dniu5 stycznia 2024 r. Identyfikator/wersja ogłoszenia: a665b3c569e846a99164776c19878100 01

W dniu 15 stycznia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. wobec ogłoszenia

o zamówieniu oraz wobec dokumentów zamówienia sporządzonych i opublikowanych

w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1 oraz w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 3531 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – kodeks cywilny (Dz. U.

   z 2022 r. poz. 1710, ze zm.; dalej: „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez ukształtowanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję

   i wyłączający dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do wykonania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, tj. poprzez połączenie w jednym zamówieniu, bez dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych, usługi odbioru, transportu

   i zagospodarowania odpadów komunalnych oraz usługi zorganizowania i prowadzenia Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) już od pierwszego dnia realizacji zamówienia, na nieruchomości wydzierżawionej wykonawcy przez Zamawiającego już po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy prowadzenie PSZOK wymaga uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych, które to zezwolenie jest wydawane w ramach skomplikowanej i długotrwałej procedury co w istocie oznacza, że w obecnym brzmieniu SWZ zamówienie obejmujące odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości będzie mógł należycie zrealizować wyłącznie taki wykonawca, który posiada już zezwolenie na zbieranie odpadów na terenie działki Zamawiającego, tj. w istocie tylko jeden wykonawca – ten, który obecnie prowadzi PSZOK w Gminie Udanin i realizuje usługę objętą Postępowaniem dla Zamawiającego, mimo, iż do czynności obejmującej tylko odbiór

   i zagospodarowanie odpadów komunalnych zezwolenie na zbieranie nie jest prawnie wymagane, podczas gdy w

rzeczywistości zamówienie jest podzielne na części, zaś biorąc pod uwagę konieczność zachowania uczciwej konkurencji i proporcjonalności, zasadne jest dokonanie podziału na części oraz dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych osobno na odbiór i zagospodarowanie odpadów oraz na utworzenie i prowadzenie PSZOK;

2.art. 91 ust. 2 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP poprzez określenie w dokumentach zamówienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części w sposób oczywiście sprzeczny ze z zakresem i specyfiką zamówienia jaką jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz prowadzenie PSZOK, poprzez wskazanie, iż Zamawiający nie zamierza dokonać podziału zamówienia na części z powodów natury technicznej i organizacyjnej wskazując jednocześnie, iż podział zamówienia na części nie zwiększyłby konkurencyjności w sektorze małych i średnich przedsiębiorstw, pomimo, iż w rzeczywistości przedmiot zamówienia ma charakter podzielny, zaś brak podziału zamówienia na części i wydzielenia czynności i obowiązków związanych z prowadzeniem PSZOK do odrębnej części wyłącza możliwość ubiegania się o zamówienie przez innych wykonawców niż ten, który aktualnie prowadzi PSZOK na terenie Gminy Udanin, co w sposób bezsprzeczny ogranicza konkurencję wśród wszystkich przedsiębiorców zainteresowanych złożeniem oferty w Postępowaniu.

Podnosząc ww. zarzuty Odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania w całości,

2.nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian SWZ i ogłoszenia o zamówieniu polegającej na:

a.dokonaniu podziału zamówienia na dwie części, tj. na (1) część obejmującą odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz (2) część obejmującą uruchomienie i prowadzenie PSZOK oraz dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych,

względnie

b.dokonanie zmiany poprzez wykreślenie z SWZ i ogłoszenia o zamówieniu wszystkich obowiązków i zapisów dotyczących prowadzenia PSZOK i posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych przez wykonawcę,

ponadto Odwołujący wniósł o:

3.zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

W dniu 23 stycznia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględnił wniesione odwołanie w całości. Ponadto oświadczył, że dokonał zmian w Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz w załącznikach do niej, uwzględniających żądania Odwołującego oraz zamieścił w dniu 23 stycznia 2024 r. stosowne informacje na stronie internetowej postępowania, podając adres strony.

Izba ustaliła, że Zamawiający w jednym piśmie poinformował wykonawców że uwzględnił odwołanie i zmienił zaskarżoną treść dokumentacji zamówienia, przez co wykonał czynność zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonaniem zmiany treści dokumentów zamówienia zastosowanie może znaleźć art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny „podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

Ponadto, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18, w którym

SN analizował rozbieżność orzeczniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego: przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 § 1 kpc jako zbędność postępowania stanowi ogólny przejaw uznania przez ustawodawcę, że nie jest dopuszczalne kontynuowanie postępowania w sytuacji, w której jego cel został osiągnięty w inny sposób. W rezultacie wydanie wyroku stało się zbędne. Pojęcie zbędności wydania wyroku jako przyczyny umorzenia postępowania wiązane jest najczęściej z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością postępowania. Stanowi ona jej swoisty korelat (zbędność wydania wyroku jako następstwo odpadnięcia przedmiotu postępowania ewentualnie inne przypadki niecelowości wydawania wyroku). Dalej Sąd wywiódł, że skoro wskutek zgaśnięcia interesu prawnego powoda - zazwyczaj w rezultacie uzyskania ochrony prawnej poszukiwanej w toczącym się postępowaniu poza jego ramami - proces cywilny nie może doprowadzić do oczekiwanego przez powoda rezultatu (choćby powództwo to w chwili wniesienia było całkowicie zasadne), to dalsze procedowanie w kierunku wydania wyroku oddalającego to powództwo staje się zbyteczne i bezcelowe. W konsekwencji trzeba przyjąć, że w sytuacji, w której potrzeba udzielenia żądanej przez strony ochrony prawnej uległa dezaktualizacji, wydanie orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie o charakterze procesowym w postaci umorzenia procesu jest w pełni wystarczające dla uczynienia zadość prawu stron do sądu i rzetelnego procesu.

W ocenie Izby powyższe rozważania prawne mają zastosowanie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał zmiany treści dokumentów zamówienia.

W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała treść dokumentów zamówienia, wobec której zostało wniesione odwołanie. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Ostatecznie przedmiotowy spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć kwestionowanej treści. Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej.

W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była zaskarżona treść dokumentów zamówienia.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego
w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest
w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina
z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18). 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 zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał zmiany treści dokumentów zamówienia, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie
do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą
do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy Pzp – zbędne. Jest to nowa przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie
w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej treści dokumentów zamówienia. Orzekanie przez Izbę wobec nowej treści dokumentów zamówienia nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

Izba wskazuje również, iż w okolicznościach w których wydanie orzeczenia merytorycznego nie jest możliwe, tj. nie istnieje możliwość rozstrzygnięcia odwołania na korzyść którejkolwiek ze stron, to pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, wniesienia sprzeciwu przez przystępującego po stronie Zamawiającego stało się

bezprzedmiotowe.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono
jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku
na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,
ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę 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. Na podstawie art. 574 ustawy Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 15 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.
Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

**Przewodnicząca:……..**