

POSTANOWENIE

z dnia 8 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego **8 grudnia 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **27 listopada 2023 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **REMONDIS Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa wywozu nieczystości stałych i płynnych* (U/38/12WOG/2023)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Toruniu** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **ROMA R. Z., Wudzynek** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 1500 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

12. Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Toruniu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Usługa wywozu nieczystości stałych i płynnych* (U/38/12WOG/2023). Ogłoszenie o tym zamówieniu 11 września 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S_174 pod poz. 546558. Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

27 listopada 2023 r. REMONDIS Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy {dalej: „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od rozstrzygnięcia powyższego postępowania przez Zamawiającego, polegającego na wyborze oferty złożonej przez Wykonawcę ROMA R. Z. w Wudzyńku {dalej: „Roma” lub „Przystępujący”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b lub c oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Romy, która nie wykazała spełnienia warunku dotyczącego minimalnego doświadczenia minimalnego, gdyż podała w tym zakresie nieprawdziwe informacje, wprowadzające Zamawiającego w błędne przekonanie co do spełnienia tego warunku, względnie powołała się na doświadczenie pozyskane w warunkach rażącego naruszenia prawa.
2. Art. 128 ust. 4 i 5 – przez nieprzeprowadzenie stosownej weryfikacji posiadania przez Romę doświadczenia wymaganego na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, pomimo że występują uzasadnione i poważne wątpliwości co do zrealizowania przez nią usługi odpowiadającej treści ustanowionego kryterium kwalifikacji.
3. Art. 18 ust. 2 i 3 oraz 74 ust. 2 – przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonych przez Romę, pomimo nieprawidłowego zastrzeżenia i niewykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, co uniemożliwia weryfikację i ewentualne zakwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty Romy z powołaniem na regulację art. 224 ust. 6 lub 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.

Przy czym zarzuty nr 2 i 3 zostały sformułowane jako ewentualne na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Romy.
3. Wezwania Romy do złożenia wyjaśnień co do posiadania wymaganego doświadczenia, polegającego na wykazaniu jego realnego uzyskania, oraz skierowania stosownego zapytania do Miasta Bydgoszcz co do deklarowanego przez Romę realizowania usług odbioru odpadów komunalnych na rzecz H&I Tekstile sp. z o.o.
4. Poddania ponownej weryfikacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Romę oraz odtajnienia ich w całości, ewentualnie odtajnienia ich w takim zakresie, w jakim Roma nie wykazała, że konkretnym informacjom przysługuje atrybut tajemnicy przedsiębiorstwa.
5. Udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień ceny w całości, ewentualnie w zakresie informacji co do których Roma nie wykazała tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przy czym żądania nr 3, 4 i 5 zostały sformułowane jako ewentualne na wypadek nieuwzględnienia żądań nr 1 i 2.

7 grudnia 2023 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie (datowana na 6 grudnia 2023 r., w której Zamawiający oświadczył że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zamawiający nadmieniał, że poinformował o powyższej czynności również Przystępującego.

8 grudnia 2023 r. na posiedzeniu, o którego terminie zarówno Strony, jak i Przystępujący zostali prawidłowo powiadomieni, stawili się tylko Odwołujący. Tym samym nie został zgłoszony przez Przystępującego do protokołu posiedzenia sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie częściowego uznania zarzutów odwołania przez zamawiającego przy

jednoczesnym wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Powyższy przepis jest tożsamy z tym, który zawierał art. 186 ust. 3 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej zwanej: „popzp”}. Jednocześnie art. 549 ust. 4 ustawy pzp stanowi, że niestawienie strony lub uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. W poprzednim stanie prawnym analogiczny przepis zawierał § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.). Wreszcie, tak jak nieobowiązujące już rozporządzenie, *de lege lata* rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (poz. 2453) zawiera przepisy, z których wynika, że Izba ma obowiązek wezwania w drodze zarządzenia uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania, pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego, wyłącznie w ramach czynności formalnoprawnych i sprawdzających przedsięwziętych przed skierowaniem sprawy do rozpoznania.

W konsekwencji należy uznać, że wyznaczone do rozpoznania sprawy posiedzenie z udziałem stron i uczestników stanowi fazę postępowania odwoławczego, w której zachodzi koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Następuje ona już po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron i uczestników. Wobec tego po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron i uczestników lub na rozprawę, co do zasady będzie ono rozpatrzone na tym wyznaczonym posiedzeniu, na którym rozpatrzone zostaną również ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do takiej czynności ze strony przystępującego po tej samej stronie.

Skoro uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – ma miejsce na wyznaczonym terminie posiedzenia lub rozprawy, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można i należy zgłosić w tym terminie. W warunkach prawidłowego powiadomienia przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, na tym posiedzeniu przystępujący ten może i powinien zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawienie przystępującego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, w tym ze złożenia sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Za słuszością powyższego rozumowania przemawia dodatkowo, wyrażona pośrednio w art. 544 ust. 1 ustawy pzp (art. 189 popzp) zasada szybkości i efektywności tego postępowania – rozpoznanie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą powinno nastąpić w ciągu 15 dni. Temu celowi służą także przewidziane w ustawie pzp oraz przywołanym rozporządzeniu wykonawczym instrumenty zmierzające do koncentracji postępowania odwoławczego, w szczególności poprzedzające rozpatrzenie odwołania posiedzenie niejawne dla dokonania czynności formalnoprawnych i sprawdzających, na którym można dokonać odpowiednich zawiadomień i wezwań stron i uczestników postępowania. W szczególności 3-dniowy termin na wyrażenie przez przystępującego po stronie zamawiającego sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, znajduje zastosowanie na etapie postępowania odwoławczego przed wyznaczeniem posiedzenia z udziałem stron i uczestników.

Tym samym podzielono w powyższym zakresie stanowisko wyrażone uprzednio w zbliżonych stanach faktycznych przez Izbę m.in. w postanowieniach wydanych: 9 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 991/10, 11 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1575/10, 27 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1264/12, 4 września 2014 r. sygn. akt KIO 1710/14, 21 września 2015 r. sygn. akt KIO 1963/15, 1 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2534/15, 8 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2840, 14 września 2023 r. sygn. akt KIO 2581/23.

Dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmuje w celu uczynienia zadość żądanom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a Przystępujący nie zgłosił co do tej czynności sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy pzp – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 575 ustawy pzp w zw. z § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a 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. poz. 2437), nakazując zwrot Odwołującym kwoty uiszczonej tytułem wpisu.