Sygn. akt KIO 3428/23

POSTANOWIENIE
z dnia 28 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 28 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 13 listopada 2023 r. przez wykonawcę: **M.M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne "BŁYSK" M.M., ul. Przykoszarowa 22A, 18-400 Łomża,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Zambrów, ul. Fabryczna 3, 18-300 Zambrów,**

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze,
2.nakazuje zwrot kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **M.M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne "BŁYSK" M.M., ul. Przykoszarowa 22A, 18-400 Łomża,** tytułem zwrotu kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący.....

Sygn. akt KIO 3428/23

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Zambrów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Zambrów w okresie od 01.01.2024 do 31.12.2025". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 212-667894 w dniu 3 listopada 2023 r.

Wykonawca, M.M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne "BŁYSK" M.M. z siedzibą w Łomży na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej ,,Pzp", wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na:
-braku podzielenia zamówienia na części,
ewentualnie
-na niekonkurencyjnym i nieproporcjonalnym określeniem warunków udziału w postępowaniu,
co skutkuje ograniczeniem kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, a tym samym ograniczenie konkurencyjności w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:
(1) art. 99 ust. 4 Pzp, art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców w zakresie, w jakim Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części w ramach jednego postępowania i zdecydował się na udzielenie jednego zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz utworzenie i prowadzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych („PSZOK"), co jednocześnie świadczy o naruszeniu zasady proporcjonalności,
ewentualnie, na wypadek niezasadności i oddalenia zarzutu opisanego w pkt. 1:
(2) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania prawa do dysponowania na terenie gminy Zambrów lub miasta Zambrów nieruchomością, na której zlokalizowany będzie PSZOK, co skutkuje naruszeniem zasady proporcjonalności i zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:
1.dokonania zmiany treści SWZ, poprzez podział zamówienia na części, polegający na wydzieleniu do osobnej części elementów zamówienia wskazanych w rozdz. I pozycji 1 i 2 załącznika nr 11 do SWZ oraz nakazanie odpowiedniego wprowadzenia powyższych zmian do treści ogłoszenia o zamówieniu i SWZ z załącznikami;
ewentualnie, na wypadek niezasadności i oddalenia żądania opisanego w pkt. 1:
2.dokonania modyfikacji treści SWZ polegającej na modyfikacji warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. III.1.3 lit. d ogłoszenia o zamówieniu i rozdz. 6. ust. 4 lit. d SWZ, w ten sposób, że:
„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: (...)
d) posiada prawo do dysponowania na terenie gminy Zambrów lub gmin sąsiadujących nieruchomością, na której zlokalizowany będzie PSZOK, spełniającą wymagania określone w SOPZ stanowiącym Załącznik nr 11 do SWZ.
wykonania czynności faktycznych i prawnych koniecznych do zapewnienia poprawności postępowania w związku ze zmianami określonymi w pkt 1, ewentualnie pkt 2,
3.zwrot kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Z dokumentacji postępowania wynika, że na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 listopada 2023 r. wraz z udostępnieniem wykonawcom kopii odwołania, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 525 ust. 3 Pzp.

Pismem z dnia 27 listopada 2023 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym dniu, Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzut główny przedstawiony w odwołaniu, tj. zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 Pzp i art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp dotyczącym zaniechania podziału zamówienia na części w ramach jednego postępowania i powiązane z w/w zarzutem żądanie dokonania zmiany treści SWZ poprzez podział zamówienia na części polegający na wydzieleniu do osobnej części elementów zamówienia wskazanych w rozdz. I pozycji 1 i 2 załącznika nr 11 do SWZ oraz wprowadzenie odpowiednich zmian do treści ogłoszenia o zamówieniu i SWZ z załącznikami.

Wobec uwzględnienia zasadniczego zarzutu odwołania, Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania

odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron na podstawie art. 522 ust. 1 w zw. z art. 568 pkt 2 Pzp. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający wskazał, że uwzględnienie zarzutu głównego konsumuje przedmiot żądania Odwołania i czyni dalsze rozpoznanie sprawy bezprzedmiotowym. Konieczność rozpatrzenia zarzutu ewentualnego powstaje wyłącznie w przypadku stwierdzenia niezasadności zarzutu głównego, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Pismem z dnia 27 listopada 2023 r. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Oświadczył, że w związku uwzględnieniem przez Zamawiającego głównego zarzutu odwołania, uznaje, że najdalsze żądanie odwołania zostało niniejszym zaspokojone.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

W danym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należy umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 w zw. z art. 568 pkt 3 Pzp, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutu głównego, który wyczerpuje pełny (najszerszy) zakres merytoryczny odwołania. Uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego czyni zadość żądaniom Odwołującego. Wskazać przy tym należy, że SN w uchwale z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt III CZP 58/13, OSNC 2014, nr 6, poz. 62 stwierdził, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego. Zgodnie z orzecznictwem sądowym, przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (por. wyroki SN z 31.01.1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z 12.01.2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z 4.10.2012 r., I CSK 100/12, nie publ.).

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutu głównego przedstawionego w odwołaniu oraz wobec braku zgłoszenia w ustawowym terminie przystąpień do postępowania odwoławczego, w tym po stronie Zamawiającego, postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 568 pkt 3 art. 522 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższego, postanowiono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła, biorąc pod uwagę treść § 9 ust. 1 pkt 2a 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. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu na rzecz odwołującego z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący……