Sygn. akt: KIO 393/23

POSTANOWIENIE
z dnia 24 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania w dniu 24 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2023 r. przez wykonawcę **MSEKO Sp. z o.o., ul. Modlińska 129/U7, 03186 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Dąbrówka, ul. T. Kościuszki 14, 05252 Dąbrówka**
przy udziale wykonawcy **RDF Sp. z o.o., ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

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 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **MSEKO Sp. z o.o., ul. Modlińska 129/U7, 03186 Warszawa** stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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 393/23

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMULALNYCH Z TERENU GMINY DĄBRÓWKA W 2023 ROKU”*, numer postępowania: IR.271.1.10.2022, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.08.2022 r. pod nr 2022/S148-423825 przez Gmina Dąbrówka, ul. T. Kościuszki 14, 05252 Dąbrówka zwany dalej: *„Zamawiającym”*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwana dalej: *„NPzp”* albo *„PZP”* albo *„ustawy Pzp”*.

Odwołujący powziął informację o zawarciu przez Zamawiającego Aneksu nr 1 do Umowy nr 272.1.2022 z dnia 21.03.2022 roku na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka w 2022 r., w dniu 05.01.2023 r. W związku z powyższym, w dniu 16.01.2023 r. wniósł odwołanie w niniejszym postępowaniu. W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający w dniu 27.01.2023 r. uwzględnił odwołanie i zobowiązał się do modyfikacji dokumentacji postępowania do dnia 07.02.2023 r. Zamawiający nie opublikował żadnej modyfikacji dokumentacji postępowania. Mając na uwadze, że termin na dokonanie modyfikacji, który wyznaczył sobie Zamawiający, upłynął w dniu 07.02.2023 r., termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dnia 08.02.2023 r.

Dnia 13.02.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem zaniechania z 07.02.2023 r. złożył MSEKO Sp. z o.o., ul. Modlińska 129/U7, 03186 Warszawa zwana dalej: *„MSEKO Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”*. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Odwołanie zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 11.01.2023 r. udzielonego przez P. Z. osobę ujawnioną i umocowaną do samodzielnej reprezentacji zgodnie z załączonym do odwołania dokumentem rejestrowym. Zarzucił naruszenie:

1) art. 513 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie kontynuowania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMULALNYCH Z TERENU GMINY DĄBRÓWKA W 2023 ROKU, referencyjny: IR.271.1.10.2022;

2) art. 137 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez jego zaniechanie i niedokonanie modyfikacji dokumentacji postępowania pn. ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMULALNYCH Z TERENU GMINY DĄBRÓWKA W 2023 numer referencyjny: IR.271.1.10.2022, mimo nakazania Zamawiającemu dokonania żmian dokumentacji postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 7 października 2022 roku [sygnatura akt: 2456/22), a także pomimo, że w odpowiedzi na odwołanie wniesione przez Odwołującego w dniu 16 stycznia 2023 roku (sygnatura akt: 126/23), Zamawiający w dniu 27 stycznia br., uwzględnił odwołanie i zobowiązał się do dokonania modyfikacji dokumentacji postępowania zgodnej z wyrokiem KIO 2456/22 w terminie do dnia 7 lutego 2023 roku;

3) art. 513 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia publicznego bez przeprowadzenia postępowania zgodnie z ustawą Pzp, udzielając nowego zamówienia poprzez dokonanie zmiany umowy niezgodnie z art. 455 ustawy Pzp;

4) art. 522 ust. 4 Pzp poprzez niedokonanie modyfikacji dokumentacji postępowania zgodnie z treścią żądania przedstawionego w odwołaniu z dnia 13 stycznia 2023 roku pomimo, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2022 roku, Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie i dokona modyfikacji zgodnej z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej KIO 2456/22 w terminie do dnia 7 lutego 2023 roku, a nie dokonał żadnej modyfikacji.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:
1) nakazanie Zamawiającemu kontynuowania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. ODBIÓRI ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMULALNYCH Z TERENU GMINY DĄBRÓWKA W2023 ROKU, numer referencyjny: IR.271.1.10.2022 szczególności poprzez nakazanie modyfikacji dokumentacji postępowania w nieprzekraczalnym terminie do dnia 28 lutego br. i udzielenie zamówienia w trybie zgodnym z ustawą Pzp;
2) nakazanie Zamawiającemu udzielenia kolejnego zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów w celu zapewnienia świadczenia usługi od dnia zakończenia Umowy nr 272.1.2022 z dnia 21 marca 2022 roku do dnia zawarcia umowy z Wykonawcą wyłonionym w postępowaniu pn. ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMULALNYCH Z TERENU GMINY DĄBRÓWKA W 2023 ROKU, numer referencyjny: IR.271.1.10.2022, zgodnie ustawą Pzp tj. w trybie podstawowym bez negocjacji,
3) zobowiązanie Zamawiającego do niedokonania zmiany Umowy nr 272.1.2022 z dnia 21 marca 2022 roku [z Wykonawcą obecnie świadczącym usługę), polegającej na przedłużeniu terminu świadczenia usługi i zwiększenia należnego wynagrodzenia, która to zmiana umowy byłaby niezgodna z art. 455 ustawy Pzp;
4) na podstawie art. 573 ustawy Pzp zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dniu 17.02.2023 r. (za pomocą platformy zakupowej https://platformazakupowa.pl/pn/dabrowka) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17.02.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)RDF Sp. z o.o, ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka zwana dalej: *„RDF Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym"* zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zostało podpisane przez P. Z. osobę ujawnioną i umocowaną do samodzielnej reprezentacji zgodnie z załączonym do zgłoszenia dokumentem rejestrowym. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: RDF Sp. z o.o.

W dniu 23.02.2023 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Odwołującyzłożył pismo procesowe w ramach którego oświadczył: *„(…) oświadczam, że wycofuję zarzut nr 3 odwołania oraz wskazuję, że Zamawiający dokonał modyfikacji dokumentacji postępowania, którą opublikował w dniu 23.02.2023 r. na stronie prowadzonego postępowania, w związku z powyższym wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów 1, 2 oraz 4 na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych („Pzp") ze względu na fakt, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne oraz 522 ust. 3 pzp w zakresie zarzutu nr 3 odwołania ze względu na jego wycofanie przez Odwołującego.*

*W związku z powyższym na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrówz dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, wnoszę o orzeczenie o zwrocie z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty uiszczonego wpisu w wysokości 15 000,00 zł. Proszę o dokonanie zwrotu kwoty wpisu na rachunek bankowy Odwołującego (MS-EKO sp. z o.o.), z którego został uiszczony wpis (…)".*Niniejsze pismo zostało podpisane

jak odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Wobec wycofania zarzutu 3 postępowanie należy umorzyć w zakresie niniejszego zarzutu – stosownie do art. 568 pkt 1 NPzp.

Odnośnie pozostałych zarzutów, tj. zarzutu 1, 2 oraz 4, Izba uznała, że zarzuty, a w konsekwencji całe postępowanie należy umorzyć na podstawie art. 568 pkt 2 NPzp.

Zgodnie z art. 568 ust. 2 NPzp Izba umarza postępowanie jeżeli dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W tym zakresie Izba oparła się na uchwale Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18.W orzeczeniu tym SN analizował rozbieżność orzeczniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego. Sąd dostrzegł rozbieżność stanowisk między umorzeniem postępowania na podstawie art. 355 KPC, a oddaleniem powództwa ze względu na utratę interesu prawnego w toku procesu.

Sąd poczyniła w tym zakresie uwagi o charakterze ogólnym odnoszące się do art. 355 par. 1 kpc. 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). Niedopuszczalność wydania wyroku traktowana jest natomiast jako rezultat pojawienia się nieusuwalnych przeszkód procesowych, tj. odpadnięcia dodatnich lub pojawienia się ujemnych, bezwzględnych przesłanek procesowych niepodlegających skutecznej konwalidacji. Ostatecznie Sąd Najwyższy 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. Stanowisko to nawiązuje zatem silnie do założenia, że proces cywilny, a zwłaszcza orzeczenie rozstrzygające sprawę co do istoty, nie jest celem samym w sobie. Stanowi on jedynie instrument dla osiągnięcia celu w postaci udzielenia ochrony prawnej prawom i obowiązkom stron wynikającym z norm prawa materialnego, w zakresie i w formach żądanych przez te strony. Idąc powyższym tokiem rozumowania, 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. Ubocznie, w piśmiennictwie wyrażany jest pogląd, że interes prawny stanowi przesłankę procesową dochodzenia roszczenia, której brak powinien skutkować uznaniem niedopuszczalnością wydania wyroku. W takim przypadku logiczną konsekwencją byłoby także przyjęcie umorzenia postępowania w razie następczej utraty interesu prawnego.

Izba dostrzega, że te rozważania Sądu Najwyższego przenoszą się na grunt niniejszej sprawy. Odwołujący osiągnął bowiem cel jaki przyświecał mu w tym postępowaniu, tj. Zamawiający dokonał oczekiwanych przez Odwołującego modyfikacji SWZ, także zgodnie z treścią żądania przedstawionego w odwołaniu z 13.01.2023 r., czyli inaczej mówiąc kontynuuje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMULALNYCH Z TERENU G DĄBRÓWKA W 2023 ROKU, numer referencyjny: IR.271.1.10.2022. W konsekwencji, Odwołujący uzyskał wynik, któr założył wnosząc odwołanie, tym samym prowadzenie tego postępowania stało się zbędne.

Mając to na uwadze orzeczono w zakresie zarzutu 1, 2 oraz 4, a wobec wycofania zarzutu 3, jak w sentencji, na podstawie art. 568 pkt 1 i 2 NPzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 NPzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministróww 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 na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty znosi się wzajemnie, a przez art. 574 NPzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 15 000 zł 00 gr. Izba w tym zakresie uznała, że zarzut wycofany nie ma wpływu na koszty, gdyż nie ma możliwości zwrotu 90 % wpisu z uwagi na wycofanie tylko jednego zarzutu, a jedynie całego odwołania. Z tych względów dokonując zwrotu całości wpisu z uwagi na przepisy o zbędności, gdyż de facto to zbędność pozostałych niewycofanych zarzutów skutkowała umorzeniem całego postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

……