

Sygn. akt: KIO 2803/22

POSTANOWIENIE
z dnia 3 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik – Zawalska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 3 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2022 r. przez wykonawcę:

MS-EKO Sp. z o.o. (ul. Modlińska 129/U7, 03-186 Warszawa)

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gmina Bliżyn (ul. Kościuszki 79a, 26-120 Bliżyn)

postanawia:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (tj.: 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:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gmina Bliżyn (ul. Kościuszki 79a, 26-120 Bliżyn) na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm., aktualnie tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) (dalej: „Ustawa” lub „Pzp”) na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Bliżyn oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych” (Ogłoszenie o zamówieniu: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 28 września 2022 roku pod numerem 2022/S 187-529685) (dalej: „Postępowanie”) w dniu 24 października 2022 r. odwołanie wnioskodawcy - MS-EKO Sp. z o.o. (ul. Modlińska 129/U7, 03-186 Warszawa) (dalej: „Wykonawca” lub „Odwołujący”) od treści dokumentów zamówienia i ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia, sformułowanych niezgodnie z Ustawą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 Ustawy w zw. z art. 16 Ustawy w zw. z art. 353/1 Kodeksu cywilnego poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w postaci postanowienia zawartego § 1 ust. 9 załącznika nr 4 do SWZ - jak też innych dokumentach zamówienia, które odnoszą się do przedmiotowego wymogu, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez wskazania wystarczająco dokładnych i zrozumiałych określeń oraz wystarczającego uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć znaczący wpływ na sporządzenie oferty a także bez wymaganych cechy dostaw, usług i robót budowlanych, co utrudnia uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że opis przedmiotu zamówienia powinien znaleźć się w specyfikacji warunków zamówienia części III opis przedmiotu zamówienia a nie w załączniku nr 4 do specyfikacji, tj. umowie.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia, w tym § 1 ust. 9 wzoru umowy oraz wszystkich powiązanych z nim dokumentów postępowania, przy czym wprowadzane modyfikacje muszą skutkować dostosowaniem wszystkich dokumentów zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu, wobec których jest to niezbędne w celu zapewnienia ich spójności. W ramach żądanej modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia Odwołujący wnosil o jednoznaczne wskazanie, czy wymaganie § 1 ust. 9 wzoru umowy dotyczy:

- 1) jedynie zakupu przedmiotowej wagi, czy też

- 2) jej zakupu z transportem do miejsca wskazanego przez Zamawiającego (z podaniem miejsca, do którego wagę należy dostarczyć), czy też
- 3) zakupu, transportu i instalacji tej wagi, a jeśli tak, to również wskazanie żądanych przez Odwołującego informacji niezbędnych do wyceny oferty tj.: lokalizacja miejsca instalacji wagi, sposób utwardzenia nawierzchni, wypoziomowanie, możliwość podłączenia terminala i drukarki do sieci elektrycznej,
- 4) w każdym z tych wypadków - czy waga ma być dostosowana do pojazdów dwuosiowych, trzyosiowych czy obu tych typów pojazdów.

Pismem z dnia 28 października 2022 r. Zamawiający poinformował, że w wyniku wniesionego odwołania w załączonej do pisma Informacji dla Wykonawców nr 3, która została zamieszczona na stronie internetowej Postępowania uszczegółowił opis wagi mobilnej o brakujące cechy, które ją charakteryzują oraz wskazał, że w informacji tej nie odniósł się do transportu wagi, instalacji wagi, miejsca instalacji, sposobu utwardzenia nawierzchni, podłączenia do sieci elektrycznej, gdyż od samego początku wskazano, że ma to być waga mobilna z własnym zasilaniem. Wagi mobilne z własnym zasilaniem nie mają stałej lokalizacji i nie są podłączane do żadnej sieci więc żądania są bezprzedmiotowe.

Izba ustaliła, że w dniu 26 października 2022 r. Zamawiający w związku z odwołaniem Wykonawcy dokonał modyfikacji zapisów SWZ. Zamawiający dokonał modyfikacji rozdz. III ust. 10 przez dodanie pkt. 26 SWZ w brzmieniu:

„26) zakupu w ramach zaoferowanej ceny legalizowanej przenośnej wagi podkładowej z własnym zasilaniem z wyświetlaczem cyfrowym i możliwością wydruku kwitu wagowego w trakcie ważenia, którą należy przekazać Zamawiającemu. Wymagania wagi mobilnej to; Wielofunkcyjna cyfrowa waga z modułem zabudowanym w specjalnej walizce wraz z drukarką paragonową. Moduł ma posiadać min. dwa wejścia do podłączenia platform wagowych, przeznaczony jest do ważenia osi platformy wagowe. Ważenie odbywać się będzie poprzez zsumowanie poszczególnych osi, dając wynik sumaryczny całego samochodu bez względu na ilość osi. Opcjonalnie możliwość wyposażenia wagi w USB, WI-FI, pilota do zdalnego odczytu.

Pojedyncze podkładki posiadają maksimum i dokładność ważenia podzieloną przez 2.

Zakres ważenia minimum 30 ton, Wymiary pomostu minimum 700 x 900 mm, temperatura pracy wagi minimalny zakres to -10 – 400C, okres gwarancji i rękojmi 24 miesiące, własne zasilanie akumulatorowe, drukowanie paragonów wagowych, wyposażona w oprogramowanie do obsługi ważeń. Waga ma być kompletna z legalizacją gotowa do ważenia pojazdów.

Wagę należy przekazać Zamawiającemu podczas pierwszego odbioru odpadów lub w przypadku innych ustaleń nie później niż wraz z ostatnim odbiorem odpadów w ramach realizowanej umowy.”

i w związku z modyfikacją SWZ dokonał:

- modyfikacji załącznika nr 1 do SWZ Oferta cenowa poprzez wyraźne wskazanie ceny zakupu mobilnej wagi o parametrach pisanych w SWZ

oraz

- modyfikacji § 7 ust. 1 umowy przez dodanie po pkt 1) pkt 2) o treści. „Wynagrodzenie za dostarczona wagę mobilnązł brutto... ..”

Niezależnie od powyższego w sprostowaniu nr 3 do informacji dla wykonawcy z dnia 21 października 2022 r oraz sprostowania nr 2 w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 9 i 28 Do odpowiedzi nr 9 wskazał, że Zamawiający modyfikuje zapis § 1 ust. 9 wzoru umowy w zakresie zapewnienia wagi legalizowanej w następujący sposób: „Wykonawca zakupi w ramach zaoferowanej ceny legalizowaną przenośną wagę podkładową z własnym zasilaniem z możliwością wydruku kwitu wagowego w trakcie ważenia. Kwotę wynikającą z zakupu urządzenia doliczy do oferowanej ceny i zakupioną wagę przekaże Zamawiającemu w pierwszym okresie rozliczeniowym. W związku z oddzielną odpowiedzią modyfikuje się treść SWZ w rozdz. XVII ust. 1;

Oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę za cały przedmiot zamówienia z rozbiem na rodzaje odpadów wskazane w formularzu ofertowym. Cena za każdy z rodzajów odpadów ma być określona za 1 Mg. W każdej cenie jednostkowej rodzaju odpadu należy uwzględnić wszystkie koszty określone SWZ w celu osiągnięcia zakładanych rezultatów. W cenie należy również uwzględnić zakup legalizowanej przenośnej wagi z własnym zasilaniem z możliwością wydruku kwitu wagowego w trakcie ważenia pojazdów odbierających odpady oraz wszystkie opłaty i podatki (także podatku od towarów i usług) oraz ewentualne upusty i rabaty w tym opłaty ponoszone za dostarczone odpady do utylizacji wymienione w SWZ oraz załączniku do SWZ. W cenie oferty należy uwzględnić koszty związane z dodatkowymi usługami, które są punktowane w kryteriach oceny ofert.”

W ocenie Izby dokonując zmian specyfikacji warunków zamówienia - i dodatkowo udzielając odpowiedzi - Zamawiający wyjaśnił fakt objęcia zamówieniem zakupu oraz przekazania wagi Zamawiającemu wraz z odbiorem odpadów oraz uszczegółowił opis przedmiotu zamówienia. Jednocześnie specyfikacja warunków zamówienia część III reguluje sposób określania miejsca odbioru odpadów wraz z harmonogramem, wskazując, że to „Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia harmonogramu odbioru odpadów na 2023 rok w terminie 10 dni od daty podpisania umowy, o ile w dniu podpisania umowy Wykonawca otrzyma szczegółowy wykaz adresów nieruchomości objętych umową. Zatwierdzony przez

Zamawiającego harmonogram na 2023 rok, Wykonawca przekaże do każdej nieruchomości objętej gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi w terminie do 31 grudnia 2022 r., o ile umowa została podpisana w terminie, który umożliwia dochowanie 14 dniowego terminu od podpisania umowy na przygotowanie harmonogramu oraz wykonanie innych czynności przygotowawczych. Harmonogram na rok 2024 należy przedłożyć Zamawiającemu do zatwierdzenia do 30.11.2023 i przekazać go do każdej nieruchomości objętej gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi w terminie do 31 grudnia 2023 r. – harmonogramu odbioru odpadów komunalnych w roku następnym (format A4). „wraz z obowiązkiem „terminowego i właściwego odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości według ustalonych harmonogramów”.

Zamawiający podkreślił w zmienionych zapisach specyfikacji przenośność wagi, z którą wiąże się sposób immanentny brak konieczności / możliwości jej instalacji, a także przeznaczenie wagi do ważenia osi platformy wagowej poprzez zsumowanie poszczególnych osi, dając wynik sumaryczny całego samochodu bez względu na ilość osi. Zamawiający zmodyfikował i uzupełnił zapisy specyfikacji warunków zamówienia doprecyzowując opis przedmiotu zamówienia.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

W zakresie zarzutów odwołania Izba uznała, że postępowanie podlega umorzeniu jako bezprzedmiotowe.

Izba ustaliła, że żaden Wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W świetle treści odwołania – zarzutu i żądań - w związku z dokonaniem przez Zamawiającego modyfikacji dokumentów zamówienia oraz dodatkowo z uwzględnieniem złożonych przez Zamawiającego w piśmie procesowym wyjaśnień, Izba uznała, że odnoszą się one do całości objętych odwołaniem zagadnień, czyniąc zarzut odwołania bezprzedmiotowym.

Stąd biorąc po uwagę treść odwołania, a także dokumentów zamówienia – specyfikacji warunków zamówienia oraz udzielanych Informacji dla Wykonawców nr 3 wraz z ich modyfikacjami, które zaliczone zostały przez Izbę w poczet materiału dowodowego - na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron Izba stwierdziła, że zarzuty Odwołującego stały się bezprzedmiotowe.

Izba uznała, że okoliczności zaistniałe po wniesieniu odwołania, w postaci dokonania przez Zamawiającego zmiany dokumentów postępowania oraz ogłoszenia o zamówieniu doprowadziły do bezprzedmiotowości postępowania. Z chwilą dokonania czynności w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego zarzuty odwołania utraciły swoją aktualność. Tym samym w dacie zamknięcia posiedzenia i wydania postanowienia prowadzenia postępowania odwoławczego było zbędne i bezprzedmiotowe. Czynności Zamawiającego, stanowiące faktycznie odpowiedź na zarzuty odwołania, dokonane zostały przed otwarciem posiedzenia. W tej sytuacji zastosowanie znajduje norma art. 522 ust. 2 Ustawy.

Mając na uwadze nowe brzmienie przepisu art. 568 pkt 2 Ustawy, w którym wskazana została dodatkowa podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w przypadku *stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne*, należało uznać, iż opisany stan faktyczny w zakresie dokonanych przez Zamawiającego czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia wypełnia przesłankę innej przyczyny, niż spowodowana oświadczeniem odwołującego o wycofaniu odwołania w całości lub oświadczeniem zamawiającego o uwzględnieniu odwołania (również w części), prowadzącej do zbędności postępowania odwoławczego.

Stąd na posiedzeniu niejawnym, w związku z § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie *postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. poz. 2453) Izba w sytuacji opisanej w art. 568 pkt. 2 Ustawy, wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach w oparciu o art. 557 Ustawy oraz przepisy § 9 ust. 2 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), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę wpisu uiszczonego w pełnej wysokości.

Przewodniczący: