

Sygn. akt KIO 810/22

POSTANOWIENIE

z dnia 5 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 5 kwietnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2022 r. przez wykonawcę **M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania, ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto i Gminę Ostrzeszów, ul. Zamkowa 31, 63-500 Ostrzeszów**

przy udziale wykonawcy **A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ALU – MIX Firma Inwestycji Budowlanych A. M., ul. Gołdapska 31, 19-400 Olecko** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania, ul. Penelopy 17, 03-642 Warszawa** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Miasto i Gmina Ostrzeszów, zwane dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zaprojektowanie, dostawa, budowa i uruchomienie Przydomowych Biologicznych Oczyszczalni Ścieków w miejscowości Rogaszyce, gmina Ostrzeszów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 marca 2022 r., poz. 00071844.

W dniu 21 marca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na:

1. sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, tj. w sposób niejednoznaczny i niepełny;
2. sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 2 ustawy Pzp, tj. w sposób nieproporcjonalny do jego wartości i celów;
3. sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. w sposób niezgodny z właściwymi normami regulującymi przedmiot zamówienia;
4. ustanowieniu warunków udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z przepisem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, tj. w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
5. przedstawieniu wymogu złożenia przedmiotowych środków dowodowych, które nie istnieją lub są niezgodne z właściwymi przepisami.

ewentualnie, jeżeli termin rozprawy w Krajowej Izbie Odwoławczej zostałby ustalony po otwarciu ofert w Postępowaniu oraz gdyby nie doszło do unieważnienia postępowania:

6. zaniechaniu unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niepełny, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do sporządzenia takiego opisu przedmiotu zamówienia, który nie będzie wewnętrznie sprzeczny i będzie pozwalał

wykonawcy na prawidłowe sporządzenie oferty oraz będzie przedstawiał rzetelnie wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia;

- 2) art. 99 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do jego wartości i celów, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie stanowił wyraz prawdziwych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, jednocześnie zgodnych z przepisami;
- 3) art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia poprzez odesłanie do normy i wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia określonych elementów dotyczących realizacji postanowień normy, podczas gdy wymogi wynikające wprost z właściwej normy są odmienne aniżeli uczynił to Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez przygotowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, podczas gdy ustawa Pzp wprost nakazuje ustanowienie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
- 5) art. 106 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wymóg złożenia przedmiotowych środków dowodowych, które nie istnieją lub nie są zgodne z właściwymi przepisami, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do takiej sytuacji, w której wykonawcy będą mogli prawidłowo złożyć przedmiotowe środki dowodowe;

ewentualnie

- 6) przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na wadę postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy, podczas gdy Zamawiający winien unieważnić postępowanie, gdyż w sposób oczywisty zostały naruszone przepisy ustawy Pzp przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie, nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ w sposób zgodny z treścią odwołania, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia postępowania, oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przypisanych.

W dniu 23 marca 2022 r., że informacja o wniesieniu odwołania została przekazana wykonawcom poprzez zamieszczenie na stronie prowadzonego postępowania.

W dniu 25 marca 2022 r. (pismem z tej samej daty) do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, zgłosił przystąpienie A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ALU-MIX Firma Inwestycji Budowlanych A. M. z siedzibą w Olecku.

W dniu 29 marca 2022 r. (pismem z dnia 28 marca 2022 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo, w którym Zamawiający wskazał, że dnia 28 marca 2022 r. unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, dodając że wobec unieważnienia postępowania odpadł substrat zaskarżenia i postępowanie odwoławcze powinno zostać unieważnione na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Powyższe potwierdza postanowienie Izby z dnia z 11 października 2021 r., KIO 2634/21, w którym podniesiono, że „zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu 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 przepisu ustawy Pzp - zbędne. Jest to nowa przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego.”.

Odwołujący pismem z dnia 4 kwietnia 2022 r. (wpływ pisma do Krajowej Izby Odwoławczej w tej samej dacie) wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp oraz zniesienie terminu rozprawy, wskazując iż Zamawiający w dniu 28 marca 2022 r. dokonał czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia w przypadku (...) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.*”. 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).

Wobec ustalenia, że przedmiotem tego odwołania jest opis przedmiotu zamówienia oraz treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, w postępowaniu złożono już oferty i w konsekwencji (wszystkie oferty podlegały odrzuceniu) unieważniono postępowanie o udzielenie zamówienia, której to czynności Zamawiający dokonał w dniu 28 marca 2022 r. na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, że zaistniały niezbędne przesłanki skutkujące umorzeniem postępowania, o których mowa w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro bowiem Zamawiający unieważnił postępowanie, spór stał się bezprzedmiotowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 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 w całości 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, a przez art. 574 ustawy Pzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 10 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący: