Sygn. akt: KIO 2121/22

POSTANOWIENIE
z dnia 1 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 1 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 12 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę KTA Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelin-Dziekanówek, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy KTA Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelin-Dziekanówek kwoty 13 500 zł (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) 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 2121/22

Uzasadnienie

Zamawiający Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający” - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa systemu kamer nasobnych dla jednostek organizacyjnych Policji”, nr sprawy:

137/Cut/22/DG/FWP/PMP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 2 sierpnia

2022 r. pod nr 2022/S 147-420183.

W dniu 12 sierpnia 2022 r. wykonawca KTA Sp. z o.o. (dalej jako: „Odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił on Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 16 pkt 1) i 3) w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t. j., dalej jako: „ustawa PZP") poprzez określenie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności (zarzut oznaczony w odwołaniu numerem 2.1),

2) naruszenie art. 16 pkt 1) i 3) ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i zasadę proporcjonalności - w odniesieniu do załącznika nr 2 do SWZ - OPZ, rozdział 3, ust. 3.2 pkt 13 (zarzut oznaczony w odwołaniu numerem 2.2),

3) naruszenie art. 16 ust. 2) i 3) ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę przejrzystości oraz zasadę proporcjonalności - w odniesieniu do załącznika nr 2 do SWZ - OPZ, rozdział 3, ust. 3.2 pkt 28 (zarzut oznaczony w odwołaniu numerem 2.3),

4) naruszenie art. 16 pkt 1) ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (zarzut oznaczony w odwołaniu numerem 2.4).

Odwołujący w związku z postawionymi zarzutami wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści postanowień wyżej wymienionych dokumentów zamówienia w sposób określony w treści odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania, a także, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania.

Zamawiający w dniu 16 sierpnia 2022 r. przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia. W dniu 17 sierpnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie Zamawiającego. Przystąpienie wpłynęło w terminie, a przystępujący wskazał na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, a zatem zgłoszone przystąpienie Izba uznała za skuteczne.

W dniu 31 sierpnia 2022 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na Odwołanie, w której wskazał on, że w stosunku do zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 2.3 i 2.4, dokonał on zmiany treści SWZ udzielając wyjaśnień (wyjaśnienia i zmiana opublikowane zostały na Platformie zakupowej w dniu 25.08.2022 r.). Postanowienia SWZ w brzmieniu stanowiącym podstawę zarzutu w obecnej chwili już nie istnieją (brak substratu zaskarżenia). W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Tego samego dnia do akt sprawy wpłynęło pismo Odwołującego, w którym wskazał on, że cofa odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów oznaczonych numerami 2.1 oraz 2.2. W stosunku do zarzutów oznaczonych numerami 2.3 i 2.4 wniósł on o:

a) umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 3 ustawy PZP, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia ww. wniosku,

b) umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia ww. wniosku, oświadczył że cofa odwołanie również w stosunku do zarzutów z punktów 2.3 i 2.4 wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy PZP.

Mając powyższe na uwadze, Izba zważyła i ustaliła, co następuje:

Odnośnie zarzutów wycofanych, tj. oznaczonych w odwołaniu jako zarzut nr 2.1 oraz 2.2 Odwołujący złożył oświadczenie o ich cofnięciu, które zostało podpisane przez osobę umocowaną do podjęcia tej czynności, a jak stanowi art. 520 ustawy PZP Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (ust. 1). Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (ust. 2).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że w stosunku do tej części zarzutów zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy PZP, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Odnosząc się natomiast do zarzutów z punktu 2.3 oraz 2.4 Izba uznała, iż nie można potraktować zaistniałej sytuacji jako uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Oświadczenie o uwzględnieniu odwołania ma charakter stricte procesowy i rodzi po stronie Zamawiającego określone konsekwencje. Nie można uznać by uwzględnienie odwołania

mogło nastąpić w sposób dorozumiany - np. poprzez odpowiednią zmianę treści dokumentacji, w zakresie w jakim podlegała ona zaskarżeniu przez Odwołującego. Nie można zatem uznać zasadności wniosku Odwołującego dotyczącego umorzenia postępowania w oparciu o art. 568 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 522 ustawy PZP, gdyż uwzględnienie odwołania nie miało miejsca.

Zgodzić się jednak trzeba z tym, że zaistniała w rozpatrywanym stanie faktycznym sytuacja wypełnia dyspozycję art. 568 pkt 2 ustawy PZP, zgodnie z którym postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu w przypadku, gdy jego dalsze prowadzenie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie - musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy PZP). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia w zakresie ww. zarzutów objęta była czynność Zamawiającego polegająca na ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i sformułowaniu w określony sposób zapisów OPZ.

Dodatkowo, zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy PZP wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał czynności zmiany zapisów SWZ odnoszących się do punktów będących podstawą wniesienia odwołania, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. 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 stanową przepisy ustawy PZP - zbędne (tak również: Postanowienie KIO z 11 października 2021 r., KIO 2634/21).

Wobec powyższego uznać należy, że przedmiotowe postępowanie podlega umorzeniu w części z uwagi na to, że dalsze jego prowadzenie jest zbędne, a w części z uwagi na wycofanie pozostałych zarzutów, tj. w oparciu o art. 568 pkt 1 w zw. z art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

Z powyższych względów, zdaniem Izby w przedmiocie kosztów postępowania powinien znaleźć zastosowanie §9 ust. 1 pkt 3 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. z 2020 r. poz. 2437).

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....