

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 3 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 3 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **GISPartner sp. z o.o. we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Intergraph Polska sp. z o.o. w Warszawie**
postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy GISPartner sp. z o.o. we Wrocławiu, stanowiącej wpis od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1995/24

Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest utrzymanie Systemu GeoMelio, tj. systemu do elektronicznego prowadzenia ewidencji urządzeń melioracji wodnych oraz zmeliorowanych gruntów wraz z asystą techniczną.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 maja 2024 r., Dz.U. S: 101/2024, nr 310978-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 6 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca GISPartner sp. z o.o. we Wrocławiu, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1-3 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia bez dopuszczenia realizacji zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania innego niż oprogramowanie wskazane poprzez podanie nazw towarowych: GeoMelio, GeoMedia Professional, GeoMedia Desktop, SmartEGIS, M.App Enterprise, a tym samym w sposób utrudniający konkurencję i naruszający równe traktowanie wykonawców oraz nieproporcjonalny;
- 2) art. 16 pkt 1-3 Pzp przez opisanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie konieczności wykazania, że wykonawca skieruje do realizacji zamówienia osoby posiadające doświadczenie przy pracy z określonym poprzez wskazanie nazw handlowych oprogramowaniem GeoMedia Professional, GeoMedia Desktop, SmartEGIS, M.App Enterprise, a tym samym opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający równe traktowanie wykonawców oraz nieproporcjonalny;
- 3) art. 112 ust. 1 Pzp przez określenie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób który nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, poprzez postawienie wykonawcom wymagania wykazania, że skierują do realizacji zamówienia zespół, w skład którego wchodzić będą osoby posiadające doświadczenie przy pracy z określonym po poprzez wskazanie nazw handlowych oprogramowaniem GeoMedia Professional, GeoMedia Desktop, SmartEGIS, M.App Enterprise, co dotyczy w szczególności stanowisk Programisty GIS, Konsultanta GIS i Konsultant M.App Enterprise;
- 4) art. 99 ust. 1 Pzp w zakresie w jakim Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, nie podając choćby jaki podmiot jest producentem oprogramowania GeoMedia, SmartEGIS, M.App Enterprise, na jakich zasadach licencyjnych Zamawiający korzysta obecnie z tego oprogramowania, jaki jest zakres licencji posiadanych przez Zamawiającego, umożliwiających realizację zamówienia przez podmioty inne niż

producent tego oprogramowania, jakie funkcje obecnie w systemie GeoMelio spełnia oprogramowanie GeoMedia, SmartEGIS, M.App Enterprise;

- 5) art. 99 ust. 4 i 5 Pzp wobec opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych oprogramowania w sytuacji gdy zgodnie z art. 99 ust. 4 PZP przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, albowiem mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, a jednocześnie nie zachodzą przesłanki wskazane w art. 99 ust. 5 PZP umożliwiające opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, albowiem Zamawiający może opisać przedmiot zamówienia w wystarczający jasny i precyzyjny sposób;
- 6) na wypadek nieuwzględnienia zarzutu stawianego w pkt 3 - naruszenie art. 99 ust. 5 i 6 Pzp, poprzez uchybienie przez Zamawiającego obowiązkowi wskazania w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności.

Ustalono także, że pismem z dnia 26 czerwca 2024 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający poinformował wykonawców, że unieważnia przedmiotowe postępowanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć odwoławcze, gdyż dalsze postępowanie stało się zbędne. Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.*

Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania zamawiający 26 czerwca 2024 r. unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, zaś odwołanie było skierowane wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia w tym postępowaniu.

Podkreślenia wymagało, że czynność unieważnienia postępowania niweczy prowadzone przez zamawiającego postępowanie powodując, że rozstrzyganie zarzutów wobec postanowień SWZ w takim unieważnionym postępowaniu staje się zbędne. Odpada bowiem potrzeba wypowiedzenia się Izby w przedmiocie takich zarzutów.

Dostrzeżenia wymagało również, że zgodnie z art. 513 ust. 1 ustawy Pzp *odwołanie przysługuje na:*

- 1) *niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;*
- 2) *zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;*
- 3) *zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.*

Podkreślić jednocześnie należy, że tak określony substrat zaskarżenia musi istnieć w momencie wydawania przez Izbę orzeczenia. Przypomnienia wymaga bowiem, że zgodnie z przepisem art. 552 ust. 1 Pzp *Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.* Z przywołanego przepisu wynika, że Izba wydając orzeczenie musi wziąć pod uwagę również stan rzeczy istniejący na moment wydawania orzeczenia. W analizowanej sprawie Izba musiała zatem zbadać, czy i jakie skutki dla możliwości dalszego prowadzenia obecnego postępowania odwoławczego wywarł fakt, że zamawiający po wniesieniu odwołania unieważnił postępowanie.

Tak jak wskazano wcześniej, czynność unieważnienia postępowania jest czynnością daleko idącą, niweczącą prowadzone postępowanie. Odwołujący, zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp, domagał się w odwołaniu nakazania zamawiającemu wykonania czynności modyfikacji postanowień SWZ w sposób wskazany przez siebie w treści odwołania. Zgodnie zaś z przepisem art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp, *Uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

- a) *nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*
- b) *nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*
- c) *nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy,*

Jednakże, w sytuacji, w której po wniesieniu odwołania wobec postanowień SWZ, postępowanie zostało unieważnione, nawet w razie potwierdzenia się zasadności zarzutów, Izba nie mogłaby wydać żadnego z rozstrzygnięć, o których mowa w art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp. Aby nakazać zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji postanowień

SWZ zgodnie z wnioskiem odwołującego, Izba musiałaby jednocześnie nakazać zamawiającemu powrót do postępowania poprzez nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 26 czerwca 2024 r. Jednakże rozstrzygnięcie przez Izbę w obecnym postępowaniu odwoławczym o zasadności lub niezasadności czynności unieważnienia postępowania z dnia 26 czerwca 2024 r. byłoby niedopuszczalne. Zgodnie bowiem z przepisem art. 555 Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. Skoro przedmiotem zarzutów w obecnym odwołaniu nie była czynność unieważnienia postępowania, to Izba nie mogłaby się o niej wypowiedzieć.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Izba, kierując się wynikiem postępowania odwoławczego, stosując przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....