

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 5 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestnika postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2024 r przez wykonawcę DGT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie, ul. Młyńska 7 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 9/13

Uczestnik po stronie zamawiającego: Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. Szkotnik 2B /15

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy DGT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie, ul. Młyńska 7 tytułem zwrotu wpisu 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 2162/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Urządzenia telekomunikacyjne – Nr sprawy 2616.14.2024.EM zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem publikacji 190254-2024-PL, numer wydania OJ S: 64/2024 z dnia 29.03. 2024r.

Informacja zamawiającego o wyborze oferty CST została przekazana w dniu 12 czerwca 2024r.

W dniu 21 czerwca 2024 r. DGT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie, ul. Młyńska 7 wniósł odwołanie. odwołanie zostało wniesione przez członka zarządu i prokurenta zgodnie z odpisem z KRS. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy – polegające na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewniał zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 128 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy – polegające na przyjęciu (bez uprzedniego żądania od CST odpowiednich wyjaśnień treści referencji) złożonego przez CST oświadczenia w Wykazie poz.2 w oparciu o referencje przedłożone przez CST - na dowód spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaniechanie wyjaśnienia przez zamawiającego istotnych wątpliwości w tym zakresie. Z dokumentów przedłożonych przez CST w postępowaniu (referencja Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Opolu) nie wynika, że CST spełnia wymagania kwotowe zrealizowanych dostaw, jako warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wybrał ofertę CST jako najkorzystniejszą, nie dokonując jej odrzucenia, wbrew temu, że CST nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Kierowany zarzut odwołującego dotyczy oświadczenia CST, pozycji 2 w Wykazie dostaw dla części 1 czyli dostawy zrealizowanej na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Opolu z siedzibą w Opolu, Al. W. Witosa 26. Należyta realizacja tej dostawy została potwierdzona referencją wystawioną przez ww. szpital. Z referencji tej wynika wyłącznie, że „Firma CST dostarczyła i wdrożyła system telekomunikacyjny wraz z automatycznym telefonicznym systemem informacyjnym pacjentów Call Center w obiektach Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Opolu”. W treści referencji nie podano jednak kwoty za jaką CST zrealizował przedmiot tego zamówienia (wystawca referencji nie miał co prawdy takiego obowiązku prawnego), niemniej jednak z Wykazu załączonego przez CST, poz. 2 wynika, że wartość zrealizowanej przez CST dostawy w tym postępowaniu wynosiła 639 600, 00 zł. Takie też oświadczenie wiedzy złożył w Wykazie w postępowaniu CST. Zgodnie z SWZ w postępowaniu, zamawiający wymagał, aby „Wykonawca składający ofertę w postępowaniu, wykazał realizację co najmniej dwóch zamówień polegających na dostawie centrali telefonicznej,

wraz z instalacją, każde o wartości nie niższej niż 600 000,00 zł. w zakresie części 1".

Z analizy treści zaprezentowanej przez CST referencji Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Opolu, oświadczenia CST w Wykazie oraz z posiadanych przez odwołującego dowodów, tj. Informacji z Otwarcia ofert z dnia 30.08.2023 r. oraz Informacji o wyborze Oferty z dnia 31.10.2023 r. (ww. postępowania przeprowadzonego przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Opolu) wynika bezspornie, że kwota 639.600, 00 zł (dostawy i usługi CST w tym postępowaniu) obejmowała także dostawę innych istotnych elementów i usług nie wchodzących w skład centrali i usług instalacji. Przedstawiona więc wartość w Wykazie przez CST i oświadczenie CST odnoszące się do zrealizowanego zamówienia na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Opolu (wystawca referencji) nie odpowiada kwocie dostaw wymaganej przez zamawiającego w postępowaniu. Jest to kwota oczywiście niższa (za zrealizowaną dostawę centrali i instalację), niż kwota wymagana w postępowaniu, tj. kwota 600.000,00 zł.

Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, doprowadziło do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, ponadto zamawiający dokonując wyboru oferty CST naruszył zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na zastosowaniu przez zamawiającego w postępowaniu nieuzasadnionych odstępstw od procedury badania ofert, wymaganej przepisami ustawy.

Wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty CST jako najkorzystniejszej,
2. dokonanie ponownej czynności badania i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
3. odrzucenia oferty CST zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy,
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
5. przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania co do faktów podanych w treści odwołania,
6. obciążenie zamawiającego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg. norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania i uzyskaniu zamówienia w postępowaniu, ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Na skutek udzielenia zamówienia CST w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, odwołujący poniesie szkodę i zostanie pozbawiony zysku w związku z realizacją zamówienia. Wskazane w tym odwołaniu przez odwołującego działania i zaniechania zamawiającego naruszające ustawę, uniemożliwiają dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i uzyskanie przez niego zamówienia.

W dniu 21 czerwca 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 24 czerwca 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca CYFROWE SYSTEMY TELEKOMUNIKACYJNE Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Szkotnik 2B /15 wnosząc o oddalenie odwołania. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu, zgodnie z odpisem z KRS. Do odwołania dołączono dowody jego przekazania stronom. Przystępujący wskazał, że posiada interes w przystąpieniu do toczącego się postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, gdyż w razie uwzględnienia odwołania i wykonania żądań odwołującego interes przystępującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, a przystępujący może zostać pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Zarzuty wniesionego odwołania dotyczą bowiem przystępującego i złożonej przez niego oferty, a uwzględnienie odwołania będzie prowadzić do odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego. Przystępujący wskazał, że w dniu 12 czerwca br. zamawiający, w części 1 postępowania, dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. W przypadku oddalenia zarzutów odwołania, przystępujący uzyska niniejsze zamówienie i podpisze umowę z zamawiającym. Nadto, przystępujący posiada interes w tym, by postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym uczestniczy, było prowadzone przez zamawiającego z poszanowaniem przepisów ustawy, co ma miejsce w tej sprawie. Powołał wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 5/14.

W dniu 4 lipca 2024 r. zamawiający oświadczył, że unieważnił czynność wyboru oferty w zakresie części 1 postępowania i przystąpił do ponownego badania i oceny ofert. Taką informację zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. Szkotnik 2B /15 w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami zamawiającego może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

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).

W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał czynności, zgodnych z żądaniem odwołania i korzystnych dla odwołującego. Zamawiający zdecydował o konieczności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. O fakcie tym zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował odwołujący.

Powyższe oznacza, że w momencie orzekania przez Izbę nie odpadł substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

A jednocześnie z dniem anulowania wyniku postępowania otwierał się wykonawcom ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności zamawiającego. Podobnie jak w przypadku unieważnienia postępowania spór stał się bezprzedmiotowy.

Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W tej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej i zaniechanie czynności wobec innego wykonawcy z powodów, na które wskazywał odwołujący w odwołaniu.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

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 zobowiązana uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie.

Skoro zamawiający unieważnił sporny wybór, tym samym spór przestał istnieć. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepisu ustawy – zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności tej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 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.

Na podstawie art. 574 ustawy Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu uiszczonego wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy.

Przewodnicząca: