

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 9 lipca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2024 r. przez wykonawcę **Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu, ul. Matejki 59, 60-770 Poznań**

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa** kwoty **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)**, stanowiącej wniesiony wpis.

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 2290/24

## UZASADNIENIE

Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie telematycznej usługi transmisji danych pomiędzy urządzeniami mobilnymi Zamawiającego, a posiadanymi systemami informatycznymi za pomocą punktu dostępu APN o nazwie peka.pl (z podziałem na dwie części zamówienia). Nr postępowania: ZTMEZ.3310.11.2024.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 czerwca 2024 r., 2024/BZP 00385052/01.

W dniu 1 lipca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 283 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu składania ofert bez uwzględnienia złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na przygotowanie oferty,
- 2) art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie wymagań związanych z zasięgiem telefonii komórkowej,
- 3) art. 16 ustawy Pzp, tj. naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian specyfikacji warunków zamówienia w sposób opisany w treści odwołania (w treści Załącznika nr 1 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia (OPZ) - pkt VII.2 oraz pkt VIII.2 oraz w treści Załącznika nr 2 do SWZ (wzór umowy) - § 8 ust. 2) oraz przeprowadzenie w toku postępowania odwoławczego dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 575 ustawy Pzp.

Do postępowania – jak wynika z akt sprawy odwoławczej - nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 4 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”, w której Zamawiający oświadczył:

Odnosnie zarzutu nr 1), tj. zarzutu dotyczącego wyznaczenia terminu składania ofert bez uwzględnienia złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na przygotowanie oferty Zamawiający oświadczył, iż uwzględni zarzut.

Nadto wskazał, iż w dniu 02.07.2024 r. dokonał zmiany treści SWZ oraz wynikowo zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i poinformował Wykonawców, że: „Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu, występujący jako Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, stosownie do dyspozycji art. 286 ust. 1 i 5 ustawy Pzp, w związku z odwołaniem wniesionym przez Wykonawcę dot. treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), informuje o przesunięciu: 1) terminu składania ofert z dnia 05.07.2024 r. godz. 9:00 na dzień 19.07.2024 r. (do godz. 09:00), 2) terminu otwarcia ofert z dnia 05.07.2024 r. godz. 10:00 na dzień 19.07.2024 r. (godz. 10:00). Tym samym, termin związania ofertą ulega zmianie z dnia 03.08.2024 r. na dzień 17.08.2024 r. Zmiana terminu składania (i otwarcia) ofert prowadzi wynikowo do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w tym zakresie.

Stosownie do treści art. 286 ust. 9 ustawy Pzp, Zamawiający dokona zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczając w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zmianie ogłoszenia. Powyższe informacje zostały zamieszczone na stronie internetowej prowadzonego postępowania: [https://platformazakupowa.pl/pn/ztm\\_poznan](https://platformazakupowa.pl/pn/ztm_poznan)”.

Odnosnie zarzutu nr 2), tj. zarzutu dotyczącego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie wymagań związanych z zasięgiem telefonii komórkowej i tym samym naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp Zamawiający oświadczył, iż uwzględni zarzut i w ślad za tym dokonuje modyfikacji zapisów punktu VII.2 w Załączniku nr 1 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia (OPZ), wskazując:

„Zapis dotychczasowy brzmiał:

Wymagana dostępność Usługi w sieci Operatora wynosi co najmniej 99,00 % i będzie mierzona w minutach przestoju w okresie jednego miesiąca, jako suma wszystkich czasów w których Usługa była niedostępna.

Zamawiający nadaje mu następujące brzmienie: Wymagana dostępność Usługi w sieci Operatora wynosi co najmniej 95,00 % i będzie mierzona w minutach przestoju w okresie jednego miesiąca, jako suma wszystkich czasów, w których Usługa była niedostępna. Dostępność będzie oceniana z uwzględnieniem znaczenia map zasięgu publikowanych przez operatora w Internecie, mających charakter poglądowy.

Zamawiający uwzględni zarzut i w ślad za tym dokonuje modyfikacji zapisów punktu VIII.2 w Załączniku nr 1 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia (OPZ).

Zapis dotychczasowy brzmiał:

Zamawiający przeprowadzi testy w posiadanych urządzeniach w dowolnych lokalizacjach na terenie miasta Poznań oraz powiatów: poznańskiego, obornickiego, szamotulskiego, nowotomyskiego, grodzkiego, kościańskiego, kórnickiego, śremskiego, średzkiego, wrzesińskiego, gnieźnieńskiego i wągrowieckiego.

Zamawiający nadaje mu następujące brzmienie: Zamawiający przeprowadzi testy w posiadanych urządzeniach w dowolnych lokalizacjach na terenie miasta Poznań oraz powiatów: poznańskiego, obornickiego, szamotulskiego, nowotomyskiego, grodzkiego, kościańskiego, kórnickiego, śremskiego, średzkiego, wrzesińskiego, gnieźnieńskiego i wągrowieckiego z uwzględnieniem map zasięgu operatora, mających charakter poglądowy. Testy poza Miastem Poznań, tzn. na terenie powiatów: poznańskiego, obornickiego, szamotulskiego, nowotomyskiego, grodzkiego, kościańskiego, kórnickiego, śremskiego, średzkiego, wrzesińskiego, gnieźnieńskiego i wągrowieckiego będą dotyczyć tylko urządzeń stacjonarnych tzw. POK - Punktów Sprzedaży Biletów. Będą to obecne POK, w których usługa jest dostępna.

Odwołujący wniósł również o nakazanie przez Izbę usunięcia treści § 8 ust. 2 z Załącznika nr 2 do SWZ - wzór umowy (...) wraz z konsekwencjami usunięcia tych postanowień (kary umowne). Zamawiający nie uwzględni tego zarzutu Odwołującego i wnosi o jego oddalenie. Żądanie odwołującego nie implementuje bowiem zasady równości stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dokonuje jednak modyfikacji treści § 8 ust. 2 w Załączniku nr 2 do SWZ (wzór umowy), który otrzymuje nowe brzmienie: Dostępność Usługi w sieci będzie wynosiła co najmniej 95,00% i będzie mierzona w minutach przestoju w okresie jednego miesiąca, jako suma wszystkich czasów, w których Usługa była niedostępna. Dostępność będzie oceniana z uwzględnieniem znaczenia map zasięgu publikowanych przez operatora w Internecie, mających charakter poglądowy. Tym samym nie doszło do uwzględnienia niniejszego zarzutu, niemniej uwzględnione częściowo zarzuty (modyfikacja treści § 8 ust. 2) dotyczące przypisania kar umownych od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy (§ 7 ust. 2), korespondują w dużym stopniu z żądaniem Odwołującego.”.

W dniu 8 lipca 2024 r. do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego – „PISMO PROCESOWE ODWOŁUJĄCEGO”, w którym Odwołujący wniósł o wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 3 lipca 2024 r., działając na podstawie art. 521 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wniósł odpowiedź na odwołanie, w której w całości uwzględnił oba zarzuty odwołania, dokonując równocześnie odpowiednich zmian SWZ. Nadto dodał, że choć w zakresie drugiego zarzutu Zamawiający nie wykonał w całości żądań odwołania, jednak w ocenie Odwołującego dokonana zmiana SWZ jest satysfakcjonująca i pozwala na uznanie, że zarzut został uwzględniony w całości. Postanowienia SWZ zostały bowiem zmienione. A tym samym obecne brzmienie dokumentacji nie zawiera niezgodności z przepisami ustawy Pzp

wskazanych w odwołaniu. Reasumując wskazał, że w konsekwencji nie ma w postępowaniu zaskarżonych czynności z dnia 16 marca 2021 r. (brak substratu zaskarżenia) wobec anulowania ich przez Zamawiającego. Wobec powyższego wskazał, iż zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

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 z tym przepisem podstawą do umorzenia postępowania jest stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował jednak, o jakie sytuacje chodzi. „Dyspozycją tego przepisu objęte są więc 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).

Niewątpliwym jest, że ustawodawca nie doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi, wobec czego zawsze należy dokonać indywidualnej oceny stanu faktycznego. W tym stanie faktycznym Zamawiający przed otwarciem rozprawy oświadczył, że uwzględni zarzut 1) odwołania i w dniu 02.07.2024 r. dokonał w tym zakresie zmiany treści SWZ oraz wynikowo zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i o fakcie tym poinformował Wykonawców. Zamawiający uwzględnił także zarzut 2) odwołania i w ślad za tym dokonał modyfikacji zapisów punktu VII.2 w Załączniku nr 1 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz zapisów punktu VIII.2 w Załączniku nr 1 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia (OPZ). Dokonał także modyfikacji treści kwestionowanego przez Odwołującego § 8 ust. 2 w Załączniku nr 2 do SWZ (wzór umowy), mimo że modyfikacja ta nie jest w pełni zgodna z żądaniem wyrażonym przez Odwołującego w treści odwołania, to jednak miała ona miejsce. Co więcej Odwołujący oświadczył w złożonym piśmie procesowym, że dokonane modyfikacje w całości uwzględniają jego żądania i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Powyższe powoduje więc, że spór w zakresie zarzutu 1, 2 i 3 staje się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa treść ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Warunków Zamówienia. Nie istnieje bowiem w zakresie podniesionych zarzutów tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy też nie. Tym samym postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu stało się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w tym zakresie w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

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 , znosi się wzajemnie, a przez art. 574 ustawy Pzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczanego wpisu, w tym przypadku w wysokości 7 500 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

**Przewodnicząca:.....**