

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 16 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2024 r. przez wykonawcę Intaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Adama Mickiewicza 57 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 70

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Intaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Adama Mickiewicza 57 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 2270/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup i dostawa komputerów przenośnych i monitorów komputerowych wraz z prawem opcji”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz. U. S 117/2024 za numerem 358658-2024, Numer wydania Dz.U. S: 117/2024.

W dniu 18 czerwca 2024 r. zamawiający opublikował treść SWZ.

W dniu 28 czerwca 2024 r. odwołujący Intaris spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 czerwca 2024 r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 1 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny,
- 2) art. 99 ust. 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) i pkt 2) ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny oraz nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów jakie zamierza osiągnąć zamawiający realizując zamówienie oraz niezapewniający uzyskania najlepszej jakości usług i najlepszych efektów zamówienia.

Wniósł o

- 1) uwzględnienie odwołania,
 - 2) nakazanie dokonania modyfikacji treści SWZ przez wykreślenie w pkt 17 „Mechanizmy ochronne i diagnostyczne” Tabeli nr 1, kolumna „Minimalne parametry techniczne” Załącznika nr 1.1 do SWZ – wzór Formularza Ofertowego zapisu „czujnik otwarcia obudowy”.
 - 3) zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika – jeżeli wystąpią, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.
- Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ustawy, który wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego przygotowania i przeprowadzenia postępowania przez zamawiającego, nie doszłoby do naruszenia przepisów ustawy, mającego istotny wpływ na jego wynik. Odwołujący miałby wówczas szansę na uzyskanie zamówienia, gdyż jako dostawca sprzętu komputerowego jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W związku z faktem, że postanowienia SWZ zostały opisane w sposób sprzeczny z ustawą ustawy przez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję odwołujący nie ma możliwości złożenia zwycięskiej oferty. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach, a co za tym idzie, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconego zysku.

Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazał, że jego interes wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

W dniu 1 lipca 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 15 lipca 2024 r. odwołujący wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy W załączeniu przedstawił odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców w dniu 2 lipca 2024 r., który udzielił następujących odpowiedzi:

Pytanie 7

Czy Zamawiający dopuści czołowego producenta laptopa który nie będzie posiadał fizycznie czujnika otwarcia obudowy lecz będzie informowany poprzez BIOS przy uruchamianiu komputera o zmianie konfiguracji.

Odpowiedź:

Zamawiający wykreśla wymaganie „czujnik otwarcia obudowy” zgodnie z poniższą zmianą.

W związku z powyższym, Zamawiający działając na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy wprowadza zmiany SWZ w następujący sposób:

Część 1 zamówienia - komputery przenośne

1) W Formularzu Ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1.1 do SWZ dla części 1 zamówienia, w Tabeli nr 1, w wierszu 17 Mechanizmy ochronne i diagnostyczne:

System haseł: hasło dostępu do BIOS: zabezpieczenie typu "Power On": hasło dostępu do dysku. Możliwość przypięcia obudowy przy pomocy linki zapinanej na klucz, czujnik otwarcia obudowy.

Komputer musi posiadać zintegrowany w płycie głównej aktywny układ zgodny ze standardem Trusted Platform Module (TPM v 2.0).

Możliwość wyłączenia/włączenia: zintegrowanej karty sieciowej, portów USB, funkcjonalności ładowania zewnętrznych urządzeń przez port USB, wirtualizacji z poziomu BIOS bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych, podłączonych do niego, urządzeń zewnętrznych.

Funkcja blokowania/odblokowania BOOT-owania stacji roboczej z dysku twardego, zewnętrznych urządzeń oraz sieci, możliwość:

- ustawienia hasła dla BIOS na poziomie administratora,
- ustawienia hasła dla dysku twardego w tym również dla dysków NVMe.
- funkcji update BIOS z opcją update BIOS przez sieć, włączaną na poziomie BIOS przez administratora lub z poziomu systemu operacyjnego. Dopuszcza się update BIOS za pomocą dedykowanego oprogramowania producenta komputera. W BIOS musi być zaimplementowany mechanizm trwałego kasowania danych z dysków twardych zainstalowanych w komputerze w tym również dysków SSD NVMe - mechanizm uruchamiany na życzenie przez administratora.

W analogiczny sposób zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie 8 oraz dokonał zmiany spornego załącznika.

Tym samym w ocenie odwołującego zamawiający wykonał żądania odwołania, zatem stan sporu pomiędzy stronami wygasł, a dalsze postępowanie stało się zbędne.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek z art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w 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 modyfikacji treści SWZ i usunięciu spornego wymagania. O fakcie tym zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu. Tym samym przed rozpoczęciem

posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosily 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 opisie przedmiotu zamówienia.

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 dokonał zmiany SWZ, 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: