Sygn. akt: KIO 1959/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 27 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu
27 czerwca 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024 r. przez Odwołującego – SYMMETRY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zakład Ubezpieczeń Społecznych
z siedzibą w Warszawie

przy udziale:
A.wykonawcy Clockwise spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
B. wykonawcy Fintech spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
C.wykonawcy Grupa E spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
D.wykonawcy Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
E.wykonawcy Kyndryl Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego
F.wykonawcy Limitless Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze.

2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – SYMMETRY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych), 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 1959/24

U z a s a d n i e n i e

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi
na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r.
poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp") w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja systemu archiwizacji poczty",*
znak postępowania 993200.271.14.2024 (dalej „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
w dniu 23 maja 2024 r. pod numerem 99/2024 303169-2024-PL.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Dnia 3 czerwca 2024 r. wykonawca SYMMETRY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu polegających na sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, który wskazuje na konkretny produkt eliminując możliwość dostawy innych rozwiązań czym narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt. i i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co prowadzi do wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, a co nie wynika z uzasadnianych potrzeb Zamawiającego

Mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień dokumentacji postępowania w sposób wskazany w odwołaniu.

W dniu 21 czerwca 2024 r. Zamawiający przesłał do akt odwoławczych pismo w którego treści oświadczył, że na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp, uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego i wystąpił z wnioskiem o umorzenie postępowania
na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający wskazał, że pismem 993200.271.IN-441.2024 w dniu 12 czerwca 2024 r. dokonał, na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) i opublikował modyfikacje w trybie określonym w art. 137 ust. 2 ustawy Pzp na stronie internetowej prowadzonego Postępowania https://portal.smartpzp.pl/zus. Dokonane przez Zamawiającego zmiany SWZ objęły podniesione
w odwołaniu fragmenty opisu przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ) i zostały wprowadzone w zakresie i w treści wskazanej w uzasadnieniu odwołania, które stanowią załącznik do niniejszego pisma.

Odwołujący pismem z dnia 21 czerwca 2024 r., wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, jako że jest ono zbędne, wskazując na okoliczność, iż Zamawiający pismem z dnia 12 czerwca 2024 r. przekazał zawiadomienie o zmianie wszystkich kwestionowanych odwołaniem postanowień OPZ w niniejszym postępowaniu, zgodnie z żądaniami odwołania. W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego, gdyż w jego ocenie dalsze jego prowadzenie stało się zbędne oraz bezprzedmiotowe z uwagi na brak substratu zaskarżenia tj. okoliczność, iż odwołanie dotyczy treści SWZ nieistniejącej – kwestionowane w odwołaniu wymagania SWZ mają aktualnie inne brzmienie bądź zostały wykreślone przez Zamawiającego.

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

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego swoje przystąpienia zgłosili wykonawcy:

A.wykonawca Clockwise spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa
z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
B. wykonawca Fintech spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
C.wykonawca Grupa E spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
D.wykonawca Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
E.wykonawca Kyndryl Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego
F.wykonawca Limitless Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Izba ustaliła, w piśmie z dnia 12 czerwca 2024 r. skierowanym do wykonawców biorących udział w postępowaniu Zamawiający poinformował, że: *„w trybie art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) – dalej: „ustawa Pzp”, dokonuje następujących modyfikacji treści Specyfikacji*

Warunków Zamówienia dalej: „SWZ" i udostępnia modyfikacje w trybie określonym w art. 137 ust. 2 ustawy Pzp."

Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ w zakresie Rozdziału 3 w pkt. 5, 19, 20, 23, 28, 32, 40, 42, 48, 49 oraz 51 Załącznika nr 11 do SWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia)
jak również usunął pkt 44 ww. załącznika nr 11 do SWZ. Zmiany odpowiadały w całości swoim zakresem żądania postawione przez Odwołującego we wniesionym odwołaniu.

W ocenie Izby w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, w związku z dokonaniem
ww. czynności może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Izba zauważa, że Zamawiający po wniesieniu odwołania pismem o sygn. 993200.271.IN-441.2024 z dnia 12 czerwca 2024 r. dokonał modyfikacji treści SWZ, które objęła wszystkie punkty tego dokumentu kwestionowane w ramach wniesionego odwołania czy to poprzez ich zmianę czy to usunięcie. W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniały już w dokumentacji postępowania zapisy, których brzmienie stanowiło podstawę zarzutów zawartych we wniesionym odwołaniu. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu wykonawcy będą uprawnieni skorzystać ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie spór w zakresie objętym treścią odwołania w niniejszej sprawie stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy pzp). W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na sformułowaniu treści dokumentacji postępowania w określonym brzmieniu.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy pzp 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. 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 zmodyfikował treść sporządzonej przez siebie SWZ w zakresie którego dotyczyła treść odwołania, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała w tym zakresie istnieć. Zaskarżenie czynności, która 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 zbędne. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć w toku niniejszego postępowania odwoławczego miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 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 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 pzp Izba orzekła
o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 15 000 zł, o czym orzeczono
w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący:……