Sygn. akt: KIO 1739/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 31 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 31 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2024 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A.,**
ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów; adres korespondencyjny: Asseco Poland S.A.,ul. Branickiego 13, 02-972 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o., ul. Chmielna 132/134, 00-805 Warszawa**

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2.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 **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów; adres korespondencyjny: Asseco Poland S.A., ul. Branickiego 13,02-972 Warszawa** stanowiącej uiszczony 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 1739/24

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

Dotyczy - Zaproszenia do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym pn. „Świadczenie usług rozwoju i konsultacji dla Systemów opartych o technologię Oracle" (nr sprawy: PN/54/22/HYDB/PW/3)prowadzonego w związku z realizacją postanowień Umowy Ramowej zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania nr PN/54/22/HYDB na Świadczenie usług rozwoju i konsultacji dla Systemów opartych o technologię Oracle. Prowadzonegoprzez: Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o., ul. Chmielna 132/134, 00-805 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym". Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „Pzp" albo „Ustawy PZP"albo „pzp".

Dnia 08.05.2024 r. (na stronie internetowej prowadzonego postępowania i poprzez Platformę zakupową) Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów; adres korespondencyjny: Asseco Poland S.A., ul. Branickiego 13, 02-972 Warszawa zwana dalej: *„Asseco Poland S.A."* albo *„Odwołującym"* otrzymała Zaproszenie do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym.

Dnia 18.05.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Asseco Poland S.A. wniosło odwołanie względem czynności Zamawiającego polegających na sformułowaniu postanowień Zaproszenia do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym niezgodnych z przepisami Ustawy PZP oraz innymi szczegółowo wskazanymi przepisami prawa Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu tego samego dnia drogą elektroniczną.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

Zarzut I. Naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 Ustawy PZP – poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w dokumentacji zamówienia wykonawczego w sposób bardziej rygorystyczny i ograniczający konkurencję niż wynikało to z SWZ postępowania nr 2 PN/54/22/HYBD (Umowa Ramowa), co powoduje, że nie każdy z podmiotów, które mają podpisane Umowę Ramową ma możliwość złożenia oferty w postępowaniu wykonawczym Zarzut II Naruszenie art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 Ustawy PZP – poprzez wykreowaniew Zaproszeniu kryteriów oceny oferty sprzecznie z warunkami ustalonymi w SWZ postępowania nr PN/54/22/HYBD (Umowa Ramowa), co stoi w sprzeczności z przepisami i eliminuje niektóre z podmiotów, które mają podpisaną Umowę Ramową, co do możliwości złożenia oferty w postępowaniu wykonawczym.

Wnosił o uwzględnienie odwołania i:

a. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 Ustawy PZP, gdyż postępowania obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą.

Ewentualnie b. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści Zaproszenia do złożenia oferty wykonawczej w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, poprzez zmianę kwestionowanych zapisów tj. ujednolicenie zapisów w

dokumentacjach postępowań nr PN/54/22/HYDB (Umowa Ramowa) oraz nr PN/54/22/HYDB/PW/3 (Zaproszenie poprzez przywrócenie w Zaproszeniu do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym pierwotnych zapisów Umowy Ramowej, co do zakresu kwalifikacji (kryteria oceny ofert) i doświadczenia Specjalisty ds. budowy, rozwoju oraz utrzymania księgowych systemów informatycznych wykorzystujących technologię bazy danych Oracle, Java EE, Angular. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 16.05.2024 r. udzielonego przez dwóch V-ce P. Z. osoby ujawnione w załączonym wydruku KRS-ui umocowane do łącznej reprezentacji. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego zawartym we wniosku o umorzenie z 29.05.2024 r. (poniżej) w postępowaniu nie było żadnych zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego (wezwanie z 20.05.2024 r. /poprzez Platformę zakupową/ zgodnie z informacją z potwierdzenia zamieszczenia zmiany na stronie www załączonym do wskazanego wniosku). Izba potwierdza, że do postępowania odwoławczego nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia.

W dniu 27.05.2024 r. (e-mailem) Odwołujący złożył pismo procesowe wnosząc o umorzenie postępowania. Wskazał, iż: *„(…) Zamawiający w dniu 22 maja 2024 roku dokonał zmiany treści Zaproszenia do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym w zakresie objętym odwołaniem - co stanowi uwzględnienie odwołania w całości w zakresie zarzutów odwołania. Dowód: Pismo Zamawiającego z 22.05.2024 roku. Wobec powyższego Asseco Poland S.A.: a) wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego. Zamawiający nie złożył jednak oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w całości, zatem w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż Zamawiający nie uwzględnił zarzutów, Odwołujący cofa odwołanie w zakresie wskazanych zarzutów; b) wnosi o zwrot pełnej kwoty wpisu. (…)”.* Pismo procesowe zostało podpisane tak jak odwołanie.

W dniu 29.05.2024 r. (e-mailem) Zamawiający złożył pismo procesowe wnosząc o umorzenie postępowania w trybie art. 568 pkt 2 Pzp. Stwierdził, że: *„(…) Pismem nr AKMF/ZZA/KK/20240522/01 z dnia 22 maja 2024 r. Zamawiający dokonał* ***zmian w Zaproszeniu do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym*** *„Świadczenie usług rozwoju i konsultacji dla Systemów opartych o technologię Oracle” nr postępowania PN/54/22/HYDB/PW/3, prowadzonego w związku z realizacją postanowień Umowy Ramowej zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania nr PN/54/22/HYDB na „Świadczenie usług rozwoju i konsultacji dla Systemów opartych o technologię Oracle’* ***uwzględniających żądanie Wykonawcy*** *wskazane w części III Żądanie lit. b. Odwołania tj.: „Nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści Zaproszenia do złożenia oferty wykonawczej w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, poprzez zmianę kwestionowanych zapisów tj. ujednolicenie zapisów w dokumentacjach postępowań nr PN/54/22/HYDB (Umowa Ramowa) oraz nr PN/54/22/HYDB/PW/3 (Zaproszenie) poprzez przywrócenie w Zaproszeniu do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym pierwotnych zapisów Umowy Ramowej, co do zakresu kwalifikacji (kryteria oceny ofert) i doświadczenia Specjalisty ds. budowy, rozwoju oraz utrzymania księgowych systemów informatycznych wykorzystujących technologię bazy danych Oracle, Java EE, Angular.” Stosowne informacje zamieszczono na stronie internetowej prowadzonego postępowania pod adresem:*
(w załączeniu dowód zamieszczenia zmian treści Zaproszenia - postępowanie jest postępowaniem „zamkniętym”, tzn. widoczne jest wyłącznie dla wykonawców, z którymi Zamawiający zawarł umowę ramową).

Zgodnie z art. 568 pkt 2 Pzp Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.
Tym samym, postępowanie odwoławcze stało się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (wskazana treść Zaproszenia) przestał istnieć, co stanowi podstawę do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazuje na to jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np. postanowienie KIO z dnia 12 maja 2022 roku, sygn. akt KIO 1155/22, postanowienie z dnia 17 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3529/21, postanowienie z dnia 17 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3535/21, postanowienie z dnia 9 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3456/21.
Zamawiający wyjaśnia, że:
1. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił po stronie Zamawiającego żaden Wykonawca.
2. Wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego Zamawiający wystosował do każdego z Wykonawców biorących udział w postępowaniu i zamieścił na właściwej stronie internetowej Zamawiającego. (…)”. Załączył zmianę z 22.05.2024 r. oraz potwierdzenie zamieszczenia zmiany na stronie www. Pismo zostało podpisane przez V-ce P.Z. i Cz. Z. osoby ujawnione i umocowane do łącznej reprezentacji zgodnie z załączonym dokumentem rejestrowym.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odnośnie odwołania Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego w ramach pisma z 29.05.2024 r. i umorzyła postępowanie na podstawie art. 568 pkt 2 NPzp.

Wymaga podkreślenia, że dla możliwości rozpoznania przez Izbę wniesionego odwołania konieczne jest, aby

dotyczyło ono czynności bądź zaniechania Zamawiającego. Oznacza to, że na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, stanowiący podstawę dla Wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania, zawierającego uzasadnienie faktyczne i prawne odnoszące się do zaskarżanych czynności bądź zaniechań. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność sporządzenia przez Zamawiającego postanowień Zaproszenia do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym określonej treści, tzn. w tym wypadku postanowień objętych zaskarżeniem odwołania.

Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 NPzp, Izba wydając orzeczenie jest zobowiązana wziąć pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. 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. Podkreślenia wymaga – co jest istotne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu – że przepisy NPzp nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek wniesienia odwołania. Zaś, zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 NPzp, Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu - do czasu zamknięcia rozprawy. Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 NPzp, podobnie jak interpretacja 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 NPzp - 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 25.06.2015r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

Mając powyższe na uwadze, niewątpliwe zadaniem Izby jest rozstrzyganie na datę zamknięcia rozprawy - zgodnie z art. 552 ust. 1 NPzp.

W tym jednakże wypadku brak jest substratu zaskarżenia, tzn. postanowień Zaproszenia do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym niezgodnych z przepisami Ustawy PZP oraz innymi szczegółowo wskazanymi przepisami prawa, które stały u podstaw sformułowania postawionych zarzutów. Zamawiający bowiem zmienił, jak wskazał w swoim piśmie procesowym z 29.05.2024 r. treść Zaproszenia do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym „Świadczenie usług rozwoju i konsultacji dla Systemów opartych o technologię Oracle" nr postępowania PN/54/22/HYDB/PW/3, prowadzonego w związku z realizacją postanowień Umowy Ramowej zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania nr PN/54/22/HYDB na „Świadczenie usług rozwoju i konsultacji dla Systemów opartych o technologię Oracle" uwzględniając żądanie Wykonawcy wskazane w części III Żądanie lit. b. Odwołania tj.:*„Nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści Zaproszenia do złożenia oferty wykonawczej w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, poprzez zmianę kwestionowanych zapisów tj. ujednolicenie zapisów w dokumentacjach postępowań nr PN/54/22/HYDB (Umowa Ramowa) oraz nr PN/54/22/HYDB/PW/3 (Zaproszenie) poprzez przywrócenie w Zaproszeni do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym pierwotnych zapisów Umowy Ramowej, co do zakresu kwalifikacji (kryteria oceny ofert) i doświadczenia Specjalisty ds. budowy, rozwoju oraz utrzymania księgowych systemów informatycznych wykorzystujących technologię bazy danych Oracle, Java EE, Angular."* Niniejsze w sposób istotny rzutuje na ocenę zarzutów odwołania. Jednakże, istotne jest co wymaga ponownego podkreślenia, że nie ma już postanowień Zaproszenia do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym do których odniósł się Odwołujący w swoim odwołaniu. Na skutek dokonanej zmianie, nadano postanowieniom Zaproszenia do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym odmienną treść.

Przesadzające jest ostatecznie stanowisko Odwołującego, który przeanalizował dokonane zmiany postanowień Zaproszenia do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym i uznał, że: *„(…) Zamawiający w dniu 22 maja 2024 roku dokonał zmiany treści Zaproszenia do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym w zakresie objętym odwołaniem - co stanowi uwzględnienie odwołania w całości w zakresie zarzutów odwołania (…)".* Jednocześnie, Izba przychyliła się do wniosku Zamawiającego o umorzenie na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp, także dlatego, że Zamawiający formalnie nie uwzględnił odwołania w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 NPzp 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 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, a przez art.

574 NPzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 15 000 zł 00 gr., o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący:

……