

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 14 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Członkowie: Mateusz Paczkowski

Beata Pakulska - Banach

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 14 marca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2024 r. przez wykonawcę COIG S.A. z siedzibą w Katowicach

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego wykonawcy COIG S.A. z siedzibą w Katowicach kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie
ądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 685/24

Uzasadnienie

Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp”, pn. „Zapewnienie wsparcia serwisowego aktualnie eksploatowanego systemu informatycznego klasy ERP, wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem, udostępnionego w modelu SaaS (Software as a Service) oraz wsparcia serwisowego systemu Kadrowo - Płacowego - dla wszystkich jednostek organizacyjnych Polskiej Grupy Górniczej S.A.”, nr sprawy: 532300787 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 lutego 2023 r. pod numerem 104187-2024.

W dniu 1 marca 2024 r. przez wykonawcę COIG S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej „odwołujący”) zostało wniesione, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie na czynności zamawiającego podjęte i zaniechane w toku postępowania, a polegające na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”), w tym projektowanych postanowień umowy, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego a także w sposób nieproporcjonalny, nieprzejrzysty, nieefektywny, niejednoznaczny, niewyczerpujący, niezapewniający równości stron stosunku zobowiązaniowego oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych przepisów:

1. art. 16 pkt 1 - 3 w związku z naruszeniem art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, art. 434 ust. 1 ustawy Pzp, art. 436 pkt 1 Pzp, art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, a także naruszenie art. 5 Kodeksu cywilnego (dalej: „kc”), art. 58 § 1 i 2 kc i art. 353¹ kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień Umowy dotyczących prawa zamawiającego do wypowiedzenia Umowy (ex nunc - od teraz) w sposób sprzeczny z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, poprzez przyznanie zamawiającemu prawa do dowolnego ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, tj. do dowolnego skrócenia okresu

obowiązywania Umowy, mimo że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się na czas określony, a zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany jest możliwa wyłącznie jeśli została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, jeżeli spełniają one łącznie warunki określone w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a także poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie pełnej i ważnej oferty oraz narzucenie wykonawcom obowiązków nadmiernych i sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa, które uniemożliwiają dokonanie rzetelnej wyceny oferty;

2.art. 16 pkt 1 - 3 w związku z naruszeniem art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, art. 434 ust. 1 ustawy Pzp, art. 436 pkt 1 Pzp, art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, a także naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc i art. 3531 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień Umowy dotyczących prawa opcji w sposób sprzeczny z ww. przepisami, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), jak również w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami obowiązującego prawa oraz negwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, poprzez przyznanie zamawiającemu prawa do dowolnego zmniejszenia zakresu zamówienia a nawet do rezygnacji ze wszystkich usług objętych Umową (rozwiązania Umowy), oraz do żądania przywrócenia Komponentu (również Komponentu Grupy Hurtowni Danych) lub usługi, z których zamawiający wcześniej zrezygnował (tj. do zwiększenia zakresu zamówienia wcześniej zredukowanego), mimo że prawo opcji powinno polegać na możliwości rozszerzenia zamówienia podstawowego o określone usługi, roboty budowlane lub dostawy, których potrzeba wykonania może wystąpić na etapie realizacji zamówienia, a ponadto opcja musi zostać przewidziana w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają warunki określone w art. 441 ust. 1 pkt od 1 do 3 ustawy Pzp, a także poprzez przyznanie zamawiającemu prawa do dowolnego skrócenia okresu obowiązywania Umowy, mimo że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się na czas określony, oraz poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie pełnej i ważnej oferty, w szczególności poprzez zaniechanie określenia zakresu zamówienia podstawowego oraz narzucenie wykonawcom obowiązków nadmiernych i sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa, które powodują niemożliwy do oszacowania wzrost kosztów realizacji zamówienia i uniemożliwiają dokonanie rzetelnej wyceny oferty.

Podnosząc powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu, aby:

- 1.dokonał zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;
- 2.dokonałą zmianę SWZ niezwłocznie udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania;
- 3.przesunął termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty, z uwzględnieniem postanowień art. 137 ust. 6 ustawy Pzp;
- 4.ponieważ zmiana treści SWZ będzie prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu - aby zamawiający przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że zamawiający zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wniesieniu odwołania oraz, że wykonawcy mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. We wskazanym terminie żaden wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

W dniu 13 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odpowiednio pisma odwołującego oraz zamawiającego, w których poinformowali oni, że pismem z dnia 12 marca 2024 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści postanowień SWZ w zakresie, w jakim te dotyczyły zarzutów odwołania. W konsekwencji dalsze postępowanie odwoławcze stało się zbędne, gdyż stan faktyczny uległ zmianie, a wykonawcom przysługuje prawo do wniesienia odwołania na nowe postanowienia dokumentów zamówienia.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przypadku zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Izba ustaliła, że zamawiający w piśmie z dnia 12 marca 2024 r. (znak: 53/DEG/PK/660/565/24) udzielił wyjaśnień

dotyczących treści SWZ oraz zmodyfikował treść dokumentów zamówienia w zakresie postanowień objętych zarzutami odwołania.

W szczególności zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 26 nadał nowe brzmienie treści

§ 20 ust. 5. projektowanych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego (Załącznik nr 5 do SWZ) - dalej „IPU”. Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 33 nadał nowe brzmienie § 22A. IPU. Przedmiotowe modyfikacje oraz wyjaśnienia treści SWZ zostały opublikowane na platformie zakupowej postępowania w dniu 12 marca 2024 r.

i stały się w ten sposób dostępne dla wszystkich zainteresowanych. W tym samym dniu zamawiający zamieścił nowy dokument SWZ wraz z kompletem załączników, w wersji uwzględniającej modyfikacje opisane w piśmie z 12 marca 2024 r.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie budziło wątpliwości, że w związku z dokonanymi czynnościami zamawiającego znalazł zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, 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 stroną odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy nieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego (tak: Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2021, str. 1236).

Wyżej opisana sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający, po wniesieniu odwołania, dokonał nowych czynności, zgodnych z tymi, do których odnosiły się zarzuty odwołania. Zamawiający w piśmie z dnia 12 marca 2024 r. udzielił wyjaśnień dotyczących treści SWZ oraz zmodyfikował treść dokumentów zamówienia w zakresie postanowień objętych zarzutami odwołania, a odwołujący w piśmie z dnia 13 marca 2024 r. wskazał, że wobec dokonanych przez zamawiającego zmian treści SWZ, zarzuty odwołania dotyczą aktualnie treści SWZ nieistniejącej. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ mają aktualnie inne brzmienie bądź zostały wykreślone przez zamawiającego.

Ponadto na bezprzedmiotowość postępowania odwoławczego wskazywał także zamawiający w piśmie z 13 marca 2024 r. - odpowiedzi na odwołanie.

Izba zwraca uwagę, że 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.

Należy również wskazać, że przepisy ustawy Pzp nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, w której wykonawca wniesie odwołanie. Zgodnie z treścią przepisu art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, 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 w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy Pzp 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 czerwca 2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina

z 13 września 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 publicznego. 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 modyfikacji treści skarżonych postanowień SWZ, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu 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 należało, że prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego było bezcelowe, czyli jak stanowi przepis Pzp – zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby

może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, art. 574 i art. 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....