

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 28 lutego 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 28 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2024 r. przez wykonawcę Polkomtel spółkę

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Konstruktorskiej 4 (02-673 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa z siedzibą w Warszawie przy ul. Karolkowej 30 (01-207 Warszawa) przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy T-Mobile Polska spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie przy ul. Marynarskiej 12 (02-674 Warszawa)

### postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Polkomtel spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, uiszczony tytułem wpisu od odwołania.
3. Znieść w pozostałym zakresie koszty między Stronami.

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 486/24

### Uzasadnienie

Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa z siedzibą w Warszawie zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie podstawowym pn. *Świadczenie kompleksowych usług telefonii komórkowej i Internetu bezprzewodowego wraz z dostawą fabrycznie nowych aparatów telefonicznych i kart SIM dla Centrali i OT KOWR* numerze referencyjnym: 42/2024/C, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 lutego 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00098401.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 13 lutego 2024 r. wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> i art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360), poprzez opisanie przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie istotnych postanowień umowy (zwanej dalej jako: „IPU”) w sposób nieproporcjonalny, niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również prowadzący do naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także nadużycia praw podmiotowych w kształtowaniu postanowień umowy, w zakresie w jakim zamawiający w ramach wymagań dotyczących zasięgu telefonii komórkowej:

1) przyjął w § 4 ust. 5 i 6 IPU, iż *Wykonawca zapewni pełną dostępność transmisji głosu*

*i danych bez względu na porę dnia. W przypadku problemów z usługą GSM Wykonawcy (słabego sygnału), Wykonawca zobowiązuje się w terminie 30 dni kalendarzowych od dnia zgłoszenia (przesłanego drogą elektroniczną na adres określony w § 11 ust. 3 pkt 1) do zainstalowania w siedzibie Zamawiającego lub w którejkolwiek z siedemnastu siedzib Oddziałów Terenowych KOWR, dodatkowych urządzeń wzmacniających sygnał telefonii komórkowej, umożliwiających pełne korzystanie z usług będących przedmiotem umowy.”;*

2) przyjął w pkt 8 Informacji ogólnych – usługi GSM, karty SIM załącznika nr 1 do Umowy (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia), iż *zaoferowany poziom sygnału ma być wystarczający do nawiązania sesji łączności głosowej oraz*

przesyłania danych z i do użytkowanych przez Zamawiającego TELEFONÓW. Zamawiający wymaga, by sygnał telefonii komórkowej wewnątrz obiektów Centrali KOWR oraz w 17 Oddziałach Terenowych KOWR był wystarczający do korzystania z zamawianych usług. W przypadku słabego sygnału, uniemożliwiającego normalne korzystanie z usług, Wykonawca zapewni i zainstaluje na swój koszt instalacje i urządzenia wzmacniające sygnał GSM.;

3) zobowiązał wykonawcę w § 9 ust. 7 pkt 5) IPU, do zapłaty kary umownej za niedotrzymanie terminu montażu urządzeń wzmacniających sygnał telefonii komórkowej, o których mowa w § 4 ust. 6 Umowy - 0,01% wynagrodzenia netto za wykonanie zamówienia podstawowego,

o którym mowa w § 8 ust. 1 pkt 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zobowiązanie zamawiającego do:

- przyjęcia brzmienia § 4 ust. 5 IPU o treści stanowiącej, iż: wykonawca zapewni pełną dostępność transmisji głosu i danych bez względu na porę dnia, z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z właściwości i charakterystyki usług telefonii mobilnej;

2. usunięcia w § 4 ust. 6 IPU oraz pkt 8 *Informacji ogólnych – usługi GSM, karty SIM* załącznika nr 1 do Umowy (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia), kwestionowanych przez odwołującego wymogów w zakresie budowy instalacji wzmacniających sygnał GSM

w poszczególnych lokalizacjach zamawiającego (wewnątrz obiektów) na koszt wykonawcy,

a w konsekwencji powyższego do usunięcia § 9 ust. 7 pkt 5) IPU dotyczącego obowiązku zapłaty przez wykonawcę kary umownej z tytułu niespełnienia ww. wymogów;

- z ostrożności proceduralnej, jako żądanie alternatywne w stosunku do żądania powyżej, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany warunku zamówienia dotyczącego wymogu wzmocnienia sygnału sieci wykonawcy wewnątrz obiektów zamawiającego,

w Informacje udostępniane publicznie przypadku stwierdzenia przez Strony umowy, słabego lub zakłóconego sygnału w odniesieniu do jednego z tychże obiektów, uniemożliwiającego normalne korzystanie z usług telefonii komórkowej, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w poniższym uzasadnieniu, tj.: w sposób gwarantujący możliwość: (1) przeprowadzenia właściwej i rzeczowej analizy technicznej, w tym w oparciu o niezbędną dokumentację architektoniczną danego obiektu, (2) doboru odpowiednich środków zaradczych (lub stwierdzenia ich braku), akceptowalnych z punktu widzenia technologicznego oraz skutków finansowych przez wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego, w tym przez właściciela danego obiektu oraz uprawnione podmioty trzecie, (3) podjęcia przez zamawiającego i wykonawcę świadomej decyzji o wyborze i zleceniu wykonawcy realizacji optymalnego rozwiązania technicznego (infrastrukturalnego) za ustalonym wynagrodzeniem.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosił wykonawca T-Mobile S.A. z siedzibą w Warszawie. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia w związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dniu 27 lutego 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że w dniu 23 lutego 2024 r. zmienił treść załącznika nr 5 do SWZ – IPU,

a ponadto zmiana ta dotyczyła kwestionowanych przez odwołującego postanowień IPU. Zamawiający wskazał przy tym, że postępowanie odwoławcze stało się bezprzedmiotowe. Jednakże w przypadku gdyby odwołujący nie wycofał odwołania w całości zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 27 lutego 2024 r. również odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe,

w którym wniósł – w związku z uwzględnieniem w całości przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu dotyczącego postępowania – o wydanie postanowienia

o umorzeniu postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron. Jednocześnie z daleko idącej ostrożności proceduralnej, odwołujący wniósł o stwierdzenie przez Izbę, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, w konsekwencji czego odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2) Pzp.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie budziło wątpliwości, że w związku z dokonanymi czynnościami zamawiającego znalazł zastosowanie art. 568 pkt 2) 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 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 nowych czynności, zgodnych z tymi, do których odnosiły się zarzuty odwołania. Zamawiający zdecydował się zmodyfikować treść kwestionowanych w odwołaniu postanowień IPU, a odwołujący w piśmie z dnia 27 lutego 2024 przyznał, że obecne brzmienie SWZ w Postępowaniu nie zawiera niezgodności z PZP wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Ponadto na bezprzedmiotowość postępowania odwoławczego wskazywał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a na jego zbędność zwracał uwagę również odwołujący w wniosku podniesionym z ostrożności procesowej.

Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 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. Warto również podkreślić, że przepisy ustawy nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 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 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. 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 IPU, 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.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności przedmiotowej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 Pzp, 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 , znosi się wzajemnie.

Na podstawie art. 574 Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonych wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 Pzp.

Jednocześnie Izba zwróciła uwagę, że zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w przypadku braku jego cofnięcia, w związku z tym nie został uwzględniony wniosek odwołującego o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 3) w zw. z art. 522 ust. 1 Pzp. W ocenie składu orzekającego w celu uwzględnienia ww. wniosku, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, konieczne było jednoznaczne oświadczenie zamawiającego

o uwzględnieniu zarzutów odwołania.

Przewodniczący: .....