

Sygn. akt: KIO 2921/23

POSTANOWIENIE
z dnia 17 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 17 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2023 r. przez wykonawcę: **Polkomtel Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków**, przy udziale wykonawcy: **Orange Polska S.A, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2921/23 po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **7 500 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Polkomtel Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa** stanowiącej wartość uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2921/23

Uzasadnienie

Zamawiający, Uniwersytet Jagielloński, z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie: „Usługi telekomunikacyjne w zakresie łączności GSM dla Uniwersytetu Jagiellońskiego, w tym Uniwersytetu Jagiellońskiego – Collegium Medicum, z siedzibą w Krakowie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00420054/01 w dniu 29 września 2023 roku. Dokumentacja przetargowa została opublikowana na stronie postępowania w dniu 29 września 2023 r.

Wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję - w zakresie braku załączenia informacji na temat ruchu międzyoperatorskiego;
 2. art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję - w zakresie wymagań związanych z zasięgiem telefonii komórkowej;
 3. art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję - w zakresie dotyczącym wymaganej (minimalnej) prędkości transmisji danych;
- i tym samym - naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 16 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że jest przedsiębiorcą, który jest zainteresowany udziałem w postępowaniu. Wadliwie sporządzona dokumentacja przetargowa godzi w jego uzasadnione interesy oraz skutkuje powstaniem szkody w postaci braku możliwości złożenia oferty. Tym samym Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający prowadzi pozornie konkurencyjne postępowanie. Liczne błędy w dokumentacji przetargowej stanowiące wyraz uprzywilejowania obecnego usługodawcy w praktyce uniemożliwiają złożenie oferty innym wykonawcom.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie przez Izbę Zamawiającemu dokonania zmian specyfikacji warunków zamówienia w sposób opisany w dalszej części odwołania, tj.:

I. Zarzut dotyczący braku informacji o ruchu międzyoperatorskim

Odwołujący wniósł o nakazanie przez Izbę uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o informacje na temat ruchu międzyoperatorskiego.

II. Zarzut dotyczący zasięgu

Odwołujący wniósł o nakazanie przez Izbę nadania następującej treści punktowi 3 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz §7 ust. 3 wzorca umowy:

„Wykonawca zapewni poprawne działanie usług objętych umową na obszarze nie mniejszym niż 91% powierzchni Polski. Wykonanie prac mających na celu poprawę zasięgu sieci telefonii komórkowej w przypadku problemów z realizacją połączeń głosowych lub usług transmisji danych występujących w budynkach użytkowanych przez Zamawiającego nastąpi w terminie i na warunkach uzgodnionych wspólnie przez Zamawiającego i Wykonawcę. Poprawienie zasięgu nastąpi na koszt Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest w ciągu 30 dni kalendarzowych od daty zgłoszenia przez Zamawiającego potrzeby poprawienia zasięgu, dokonać pomiarów i przedstawić wycenę rozwiązania poprawiającego zasięg. Skorzystanie przez Zamawiającego z zaproponowanego przez Wykonawcę sposobu poprawienia zasięgu realizowane będzie odrębnym zamówieniem. Poniesione przez Zamawiającego koszty poprawy zasięgu nie wliczają się do wynagrodzenia uiszczanego na podstawie umowy zawartej w następstwie przeprowadzonego przetargu.”

III. Zarzut dotyczący prędkości transmisji danych

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia w §5 ust. 1 projektu umowy oraz w punkcie 2 Opisu przedmiotu zamówienia (Mobilny dostęp do Internetu) wymagania, aby oferowana usługa spełniała parametry prędkości

transmisji danych (w zasięgu technologii LTE: 100Mb/s download, 50Mb/s upload, w zasięgu technologii 5G: 20GB/s download 10GB/s upload, prędkość transmisji co najmniej do 7,2 Mb/s do i do 2Mb/s od abonenta).

Wykonawca: Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2921/23 po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący otrzymał kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 3 października 2023 r., wobec czego trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia przewidziany w art. 525 ust. 1 Pzp należało uznać za zachowany.

Kopia zgłoszenia przystąpienia została przesłana w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią Zamawiającemu oraz Odwołującemu w dniu 6 października 2023 r., zgodnie z art. 525 ust. 2 Pzp.

W ocenie Przystępującego, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób zgodny z ustawą, w szczególności nie opisał przedmiotu zamówienia w taki sposób, że mógłby on utrudniać uczciwą konkurencję, a wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia znajdują oparcie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego. Uwzględnienie odwołania, doprowadzi do tego, że możliwe będzie złożenie ofert przez wykonawców, którzy oferują rozwiązania, które nie gwarantują realizacji wymagań określonych przez Zamawiającego. Utrudni to uzyskanie przedmiotowego zamówienia Przystępującemu, który ma możliwość zrealizowania zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Wobec powyższego, należy uznać Przystępującego za podmiot posiadający interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje w rozumieniu art. 525 ust. 1 Pzp.

Pismem z dnia 12 października 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w części i modyfikuje opis przedmiotu zamówienia i projekt umowy. Zamawiający załączył do ww. pisma Załącznik A do SWZ, zawierający następujące zmiany:

1. Postanowienia ust. 1 Informacji ogólnych Załącznika A otrzymującej brzmienie:

„Informacje ogólne:

1. W dniu opublikowania niniejszej SWZ Zamawiający posiada 1131 numerów telefonów służbowych i 530 numerów dostępów do Internetu:

DATA	TELEFONY	DOSTĘP DO INTERNETU	M2M
06.04.2019	959	458	9
02.06.2021	1131	530	11

Telefon/modem służbowy jest to urządzenie z aktywną kartą SIM, którego koszty zakupu i eksploatacji (abonament, opłaty za usługi telekomunikacyjne, naprawy pozagwarancyjne) leżą po stronie Zamawiającego.

W okresie od 6 października 2022 roku do 5 października 2023 roku z telefonów posiadających abonament głosowy wykonano połączeń wychodzących:

	Rozmowy	SMS	MMS
OPERATOR	w sekundach	Ilość	Ilość
NjuMobile	2904637	15176	713
Orange	34050374	150625	12084
CenterNet	56707	165	14
CP	2454	0	0
Mobyland	700	0	0
P4	19473376	87701	3987
Polkomtel	12334079	64723	3590
T-mobile	15544920	62670	7028
Stacjonarne	11822125	284	0
Zagraniczne	–	1038	54
Zagraniczne UE	278240	–	–
Zagraniczne poza UE	81120	–	–

Z telefonów tych wykonano transmisję danych w ilości 23775709 MB.

W tym samym czasie z numerów posiadających abonament transmisji danych wykonano transmisję w ilości 46463243 MB.

W tym samym okresie z numerów posiadających abonament M2M wykonano połączeń wychodzących:

	SMS
OPERATOR	Ilość
NjuMobile	4
Orange	24
P4	4265
Polkomtel	4513
T-mobile	487

Z numerów tych wykonano transmisję danych w ilości 70 MB.

Na podstawie posiadanych danych Zamawiający nie potrafi wyodrębnić ile SMS-ów i MMS-ów wysłano do Unii

Europejskiej i poza nią.

Zamawiający nie posiada informacji nt. danych dotyczących ruchu przychodzącego”

2. Postanowienia ust. 3 Informacji Ogólnych załącznika A otrzymują brzmienie:

„3. Zamawiający wymaga, aby Operator zapewnił zasięg swojej sieci w budynkach Zamawiającego. Przez „zasięg” Zamawiający rozumie możliwość uzyskania łączności ze stacją w danym punkcie z określonym prawdopodobieństwem w dowolnej chwili roku. Budynki, w których mogą wystąpić problemy to następujące obiekty w Krakowie: ul. Gołębia 24, Al. Mickiewicza 9A, B, ul. Krupnicza 33, ul. Ingardena 3, Al. Mickiewicza 22, ul. Gronostajowa 7, ul. Gronostajowa 9, Gronostajowa 2; ul. Łojasiewicza 4, ul. Łojasiewicza 6, ul. Łojasiewicza 11, ul. Czerwone Maki 98, ul. Św. Anny 12. Operator powinien osiągnąć wymagany stan w tym zakresie w okresie do 3 miesięcy od daty zawarcia Umowy. We wszystkich wymienionych budynkach, oprócz budynku przy ul. Gołębiej 24, istnieje możliwość zainstalowania urządzeń Operatora. Zamawiający zapewnia możliwość wykorzystania swojej istniejącej infrastruktury teletechnicznej w celu podłączenia stacji bazowej lub innych urządzeń. Ewentualny wynajem pomieszczeń lub powierzchni pod ten cel będzie przedmiotem osobnej umowy. Nie ma możliwości wykorzystania dachu budynku przy ul. Gołębiej 24, ze względu na jego zabytkowy charakter.

3. W projekcie umowy w § 7 po ust. 3 dodaje się ust. 3¹ o treści:

„3¹. Wykonawca zobowiązany jest w ciągu 20 dni kalendarzowych od daty otrzymania zgłoszenia dokonać pomiarów i przedstawić Zamawiającemu propozycję działań zaradczych oraz wycenę rozwiązania poprawiającego zasięg wraz z uzasadnieniem albo obiektywną analizę uzasadniającą brak przedstawienia propozycji działań zaradczych”.

4. Postanowienia:

1) ust. 2 pkt 1 lit. a) załącznika A otrzymują brzmienie:

„2. Mobilny dostęp do Internetu (routery)

1. Zamawiający żąda, aby oferowana usługa spełniała następujące parametry:

a) Prędkość transmisji danych:

W zasięgu technologii LTE: do 100Mb/s download, do 50Mb/s upload W zasięgu technologii 5G: do 20GB/s download, do 10GB/s upload

2) § 5 ust. 1 lit. a projektu umowy otrzymuje brzmienie:

„a) Prędkość transmisji danych:

W zasięgu technologii LTE: do 100Mb/s download, do 50Mb/s upload W zasięgu technologii 5G: do 20GB/s download, do 10GB/s upload”

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Zamawiający wyjaśnił, że uwzględnił odwołanie w części gdyż:

1) nie dysponuje danymi na temat połączeń przychodzących, a obecny Wykonawca odmówił udostępnienia tych danych;

2) nie żąda zasięgu we wszystkich swoich obiektach a jedynie w szczególnie dla niego istotnych, to znaczy żąda zasięgu w budynkach, w których siedzibę mają władze Uniwersytetu i w dużych skupiskach swoich obiektów. Zamawiający wskazał, że nie posługuje się mapami zasięgów poszczególnych ewentualnych wykonawców, gdyż nie może ich na tej podstawie eliminować. Obszary, które wskazał są na tyle duże i o takim natężeniu ruchu, że sam wykonawca powinien być zainteresowany dostarczeniem tam swoich usług.

Zamawiający wyjaśnił, że jest zainteresowany zapewnieniem zasięgu w wymienionych w SWZ obiektach jednak nie ingeruje w sposób, w jaki wykonawca to osiągnie. Nie może też dostosowywać rozmieszczenia istotnych dla siebie organów Uniwersytetu pod kątem zasięgu Operatorów. Zamawiający ma świadomość ograniczeń technologii telefonii komórkowej, stąd w §7 ust. 3 projektowanych zapisów umowy przewidział karę umowną dopiero w przypadku:

„stwierdzenia braku zasięgu przez okres co najmniej 24 godzin po upływie terminów i w miejscach określonych w oparciu o ust. 3 z przyczyn niezawinionych przez Zamawiającego, Zamawiający wezwie pisemnie Wykonawcę do usunięcia usterki określając w porozumieniu z Wykonawcą datę usunięcia usterki.”

Ponadto, Zamawiający daje czas trzech miesięcy od podpisania umowy na rozwiązanie problemów z zasięgiem we wskazanych miejscach. Zamawiający wymaga zasięgu sieci wykonawcy, a nie sieci wszystkich operatorów.

Zamawiający w SWZ w Rozdziale V ust. 2 i 3 wyznaczył terminy wizji lokalnych i podał dane kontaktowe osób, z którymi można się kontaktować w tej sprawie. Skarżący nie skorzystał z tej możliwości.

Zamawiający poinformował, że jeśli problemy z brakiem zasięgu wystąpią w innych budynkach niż wymienione w SWZ i będą dla niego uciążliwe, poprawienie zasięgu będzie przedmiotem osobnego postępowania. Zamawiający chce zawrzeć umowę na dwa lata i zakłada, że oferty złożą Wykonawcy przekonani, że są zdolni świadczyć usługi dla Zamawiającego zgodnie z prawem telekomunikacyjnym. Zdając sobie sprawę z ograniczeń naturalnych i prawnych wskazanych przez Odwołującego, Zamawiający wskazał obiekty, w których szczególnie zależy mu na zapewnieniu łączności. Wizja lokalna oraz trzymiesięczny okres na zapewnienie łączności we wskazanych obiektach mają na celu poprawę, a nie budowę infrastruktury wykonawcy od początku. Zamawiający nie zakłada, że w związku z jego zamówieniem wykonawca podejmie kosztowne i długotrwałe inwestycje. Jest to zależne od polityki wykonawcy w tym zakresie, która nie powinna być zależna od jednego zamówienia.

Zamawiający nie posługuje się mapami zasięgów poszczególnych ewentualnych wykonawców, gdyż nie może ich na tej podstawie eliminować. Zamawiający informuje, że jeśli problemy z brakiem zasięgu wystąpią w innych budynkach niż wymienione w SWZ i będą dla niego uciążliwe, poprawienie zasięgu będzie przedmiotem osobnego postępowania. W związku z tym wprowadza do Umowy § 7 ust. 4 o proponowanej przez wnioskodawcę treści:

„Wykonawca zobowiązany jest w ciągu 20 dni kalendarzowych od daty otrzymania zgłoszenia dokonać pomiarów i przedstawić Zamawiającemu propozycję działań zaradczych oraz wycenę rozwiązania poprawiającego zasięg wraz z uzasadnieniem albo obiektywną analizę uzasadniającą brak przedstawienia propozycji działań zaradczych”.

Zamawiający poinformował, że dokonał sprawdzenia zasięgu sieci skarżącego w interesujących go obiektach w dniach 6 i 9 października 2023 r. i stwierdził, że brak zasięgu występuje w następujących lokalizacjach: ul. Gronostajowa 7 – hall Instytutu Nauk o Środowisku – sygnał zanika, rwie rozmowę. ul. Gronostajowa 2 – hall wejściowy przy głównym wejściu (od strony ul. Łojasiewicza) – brak sygnału ul. Łojasiewicza 11 – hall wejściowy przy głównym wejściu – brak sygnału ul. Łojasiewicza 6 – korytarz przy wejściu głównym – brak sygnału. We wszystkich innych wskazanych lokalizacjach zasięg sygnału Plus GSM jest wystarczający.

Zamawiający poinformował ponadto, że usuwa z Załącznika A do SWZ w Informacjach ogólnych ust. 3 adres ul. Podwale 3.

Odwolujący, pismem z dnia 16 października 2023 r. wniósł o zniesienie wyznaczonego w niniejszej sprawie terminu posiedzenia oraz o ewentualne wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron po uprzednim odebraniu od wykonawcy przystępującego oświadczenia o niewniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów.

Odwolujący wyjaśnił, że przeprowadzona przez niego analiza odpowiedzi na odwołanie wskazuje na faktyczne wykonanie przez Zamawiającego w całości żądań podniesionych przez wykonawcę Polkomtel Sp. z o.o. w treści odwołania. Tym samym w ocenie Odwołującego zachodzą podstawy do uznania, że mamy do czynienia z uwzględnieniem wniesionego odwołania w całości. Obecne brzmienie dokumentacji – uwzględniając oświadczenia Zamawiającego z dnia 13 października br. – jest w ocenie Odwołującego zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Odwolujący oświadczył, że gdyby, w ocenie Izby, nie doszło do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości któregoś z trzech stawianych przez Odwołującego zarzutów, to składa niniejszym oświadczenie o cofnięciu danego zarzutu, zgodnie z dyspozycją art. 522 ust. 3 Pzp.

Pismem z dnia 16 października 2023 r. wykonawca Orange Polska S.A., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, złożył oświadczenie, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie. Zgodnie z treścią tego przepisu, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Izba zważyła, że w niniejszej sprawie Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w części oraz Odwołujący cofnął zarzuty odwołania w pozostałym zakresie, przy czym wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego w części. Powyższe czynności zostały dokonane w terminie uniemożliwiającym wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 ust. 3w zw. z art. 522 ust. 3 Pzp, postanowiła, jak w sentencji, umarżając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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), zgodnie z którym, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu – w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu. Stosownie do powyższego Izba nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący.....

Wobec uwzględnienia zarzutów 1 i częściowo 5 i braku sprzeciwu Przystępującego postępowanie należy umorzyć w zakresie niniejszych zarzutów – stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 1 oraz art. 568 pkt 3 NPzp.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatowi postawionemu w odwołaniu. Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający uznał w całości słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie w całości, natomiast Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego podmiot, który mógłby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, nie skorzystał z przysługującego mu prawa, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 2 NPzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu. Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca, który nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Odnosnie pozostałych zarzutów Izba uwzględniła wniosek Odwołującego i umorzyła postępowanie w zakresie nieuwzględnionych zarzutów na podstawie art. 568 pkt 2 NPzp.

Zgodnie z art. 568 ust. 2 NPzp Izba umarża postępowanie jeżeli dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W tym zakresie Izba oparła się na uchwale Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18. W orzeczeniu tym SN analizował rozbieżność orzecznictwa skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego. Sąd dostrzegł rozbieżność stanowisk między umorzeniem postępowania na podstawie art. 355 KPC, a oddaleniem powództwa ze względu na utratę interesu prawnego w toku procesu.

Sąd poczyniła w tym zakresie uwagi o charakterze ogólnym odnoszące się do art. 355 par. 1 kpc. Przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 § 1 KPC jako zbędność postępowania stanowi ogólny przejaw uznania przez ustawodawcę, że nie jest dopuszczalne kontynuowanie postępowania w sytuacji, w której jego cel został osiągnięty w inny sposób. W rezultacie wydanie wyroku stało się zbędne. Pojęcie zbędności wydania wyroku jako przyczyny umorzenia postępowania wiązane jest najczęściej z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością

postępowania. Stanowi ona jej swoisty korelat (zbędność wydania wyroku jako następstwo odpadnięcia przedmiotu postępowania ewentualnie inne przypadki niecelowości wydawania wyroku). Niedopuszczalność wydania wyroku traktowana jest natomiast jako rezultat pojawienia się nieusuwalnych przeszkód procesowych, tj. odpadnięcia dodatnich lub pojawienia się ujemnych, bezwzględnych przesłanek procesowych niepodlegających skutecznej konwalidacji. Ostatecznie Sąd Najwyższy wywiódł, że: Skoro wskutek zgaśnięcia interesu prawnego powoda - zazwyczaj w rezultacie uzyskania ochrony prawnej poszukiwanej w toczącym się postępowaniu poza jego ramami - proces cywilny nie może doprowadzić do oczekiwanego przez powoda rezultatu (choćby powództwo to w chwili wniesienia było całkowicie zasadne), to dalsze procedowanie w kierunku wydania wyroku oddalającego to powództwo staje się zbyteczne i bezcelowe. Stanowisko to nawiązuje zatem silnie do założenia, że proces cywilny, a zwłaszcza orzeczenie rozstrzygające sprawę co do istoty, nie jest celem samym w sobie. Stanowi on jedynie instrument dla osiągnięcia celu w postaci udzielenia ochrony prawnej prawom i obowiązkom stron wynikającym z norm prawa materialnego, w zakresie i w formach żądanych przez te strony. Idąc powyższym tokiem rozumowania, trzeba przyjąć, że w sytuacji, w której potrzeba udzielenia żądanej przez strony ochrony prawnej uległa dezaktualizacji, wydanie orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie o charakterze procesowym w postaci umorzenia procesu jest w pełni wystarczające dla uczynienia zadość prawu stron do sądu i rzetelnego procesu. Ubocznie, w piśmiennictwie wyrażany jest pogląd, że interes prawny stanowi przesłankę procesową dochodzenia roszczenia, której brak powinien skutkować uznaniem niedopuszczalnością wydania wyroku. W takim przypadku logiczną konsekwencją byłoby także przyjęcie umorzenia postępowania w razie następczej utraty interesu prawnego. Izba dostrzega, że te rozważania Sądu Najwyższego przenoszą się na grunt niniejszej sprawy. Odwołujący osiągnął bowiem cel jaki przyświecał mu w tym postępowaniu, jeśli nie wyeliminować konkurencji, to chociażby (zarzut 5) doprowadzić do unieważnienia wyboru i ponownego badania ofert. Taka sytuacja na skutek czynności zamawiającego unieważniającej zaskarżony wybór oferty najkorzystniejszy nastąpiła, Odwołujący uzyskał wynik, który założył wnosząc odwołanie, tym samym prowadzenie tego postępowania stało się zbędne. Mając to na uwadze orzeczono w zakresie nieuwzględnionych zarzutów jak w sentencji na podstawie art. 568 pkt. 2 ustawy.

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 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.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....