Sygn. akt: KIO 699/23

POSTANOWIENIE
z dnia 27 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Wojciechowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 27 marca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2023 r. przez **wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Narodowe Centrum Badań i Rozwoju z siedzibą w Warszawie**
przy udziale **wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczonej tytułem 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 (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) 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 699/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowe Centrum Badań i Rozwoju z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Zakup świadczenia usług telefonii komórkowej i mobilnego dostępu do Internetu oraz dostawa kart, aparatów telefonicznych i modemów / routerów Wi-Fi", nr postępowania 6/23/TPZNK*.Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 marca 2023 r., za numerem 2023/BZP 00122422/01.

W dniu 13 marca 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia - Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z załącznikami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 99 ust. 1 ustawy pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności niezbędnych do sporządzenia oferty z uwagi na zaniechanie określenia ilości telefonów komórkowych i modemów i zaniechanie określenia parametrów telefonów komórkowych i modemów, które Zamawiający będzie sukcesywnie zamawiał w okresie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wobec nieznanego wolumenu tych urządzeń i ich parametrów uniemożliwia Odwołującemu określenie kosztów dostarczenia urządzeń będących przedmiotem zamówienia oraz skalkulowanie ceny oferty, a także nie pozwala na określenie wysokości udzielonego rabatu na wysokość sprzętu – który stanowi kryterium oceny ofert w postępowaniu o wadze 50%,

2. art. 99 ust. 4 ustawy pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać konkurencję z uwagi na zaniechanie określenia ilości telefonów komórkowych i modemów i zaniechanie określenia parametrów telefonów komórkowych i modemów, które Zamawiający będzie sukcesywnie zamawiał w okresie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, co uprzywilejowuje w sposób nieuprawniony dotychczasowego wykonawcę, który świadcząc dla Zamawiającego usługi i dostarczając urządzenia i sprzęt ma wiedzę co do ilości i rodzaju urządzeń, jakie może zamówić Zamawiający, i co daje dotychczasowemu wykonawcy nieuzasadnioną przewagę w postępowaniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści dokumentów zamówienia poprzez: 1) określenie ilości i parametrów telefonów komórkowych i modemów, które Zamawiający będzie sukcesywnie zamawiał w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, 2) zmianę wagi kryterium „Udzielony rabat na zakup sprzętu (C)" na nie więcej niż 20%.

W dniu 24 marca 2023 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Ponadto, Zamawiający oświadczył, że w dniu 23 marca 2023 r. dokonał modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez wprowadzenie zmian do SOPZ oraz Projektowanych Postanowień Umowy. Zamawiający wskazał również, że:

„Zamawiający wskutek zadanych pytań do treści SWZ, a także po pogłębionej analizie treści dokumentacji przetargowej, wychodząc naprzeciw żądaniu Odwołania oraz działając z intencją zniesienia sporu w tym zakresie wprowadził m.in. następujące korekty do SWZ za zmianą z dnia 23 marca 2023 r.:

W zakresie SOPZ:

1) W SOPZ wyłączono z zakresu zamówienia dostawę modemów/routerów Wi-FI;

2) W dziale IV pkt 1 ppkt 6 SOPZ nadano brzmienie:

„1) Zamawiający gwarantuje zakup aparatów telefonicznych w ilości minimum 150 szt. w przedziale cenowym od 1.000,00 zł do 2.500,00 zł brutto;"

3) W dziale IV pkt 1 ppkt 7 SOPZ określono minimalne wymagania dotyczące aparatów telefonicznych poprzez podanie minimalnych wymogów co do kluczowych cech urządzeń jak np. wyświetlacza, aparatu, pamięci czy systemu;

4) W dziale IV pkt 1 ppkt 9 SOPZ przedłużono czas na dostawę Sprzętu do siedziby Zamawiającego do 10 dni roboczych od dnia złożenia zamówienia.

W zakresie Projektowanych Postanowień Umowy:

1) W § 6 Wynagrodzenie ust. 1 pkt 1 Projektowanych Postanowień Umowy dodano lit. c) w następujący brzmieniu:

„c) wartość świadczonych Usług niezawartych w abonamencie (np. połączenia na numery specjalne, numery o podwyższonej płatności, płatne infolinie) będzie rozliczana zgodnie z Aktualnym Cennikiem Wykonawcy świadczenia Usług Telekomunikacyjnych, stanowiącym załącznik nr 11 do Umowy (maksymalna wartość świadczonych Usług określonych w lit c) nie będzie wyższa niż 30% łącznej maksymalnej wartości Usług wskazanych w lit a) i b). Przez łączną maksymalną wartość Usług wskazanych w lit a) i b) Zamawiający rozumie wartość powstałą z iloczynu 650 sztuk Kart, odpowiedniej stawki abonamentowej oraz 24 miesięcy trwania Umowy;"

Ponadto Zamawiający w dniu 23 marca 2023 r. udzielił wyjaśnień dot. 60 pytań złożonych przez wykonawców, które dodatkowo doprecyzowują szereg kwestii dotyczących niniejszego zamówienia."

Ponadto, w dniu 24 marca 2023 r. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego wskazując: *„Po wniesieniu odwołania, Zamawiający wykonał czynność zgodnie z żądaniem odwołania w zakresie sformułowanego zarzutu, tj. Zamawiający dokonał zmiany treści dokumentów zamówienia i określił ilości i parametry aparatów telefonicznych, które Zamawiający będzie sukcesywnie zamawiał w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym należy uznać, że doszło do faktycznego uwzględnienia w całości odwołania przez Zamawiającego zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy. Wobec powyższego Odwołujący zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu bez udziału stron. Po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca. (…) W przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą powyższego wniosku Odwołujący cofa odwołanie w całości (…)."*

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 ustaliła, że do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła z urzędu, iż na stronie internetowej prowadzonego postępowania wprowadzono modyfikacje SWZ, o których mowa w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z wprowadzeniem przez Zamawiającego zmian SWZ w dniu 23 marca 2023 r. 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.

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).

Ponadto, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18, w którym SN analizował rozbieżność orzeczniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego: 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). Dalej Sąd 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. W konsekwencji 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.

W ocenie Izby powyższe rozważania prawne mają zastosowanie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. Izba zauważa, że Zamawiający formalnie nie uwzględnił odwołania, natomiast po jego wniesieniu dokonał modyfikacji SWZ, która w ocenie Izby czyni zadość postawionym w odwołaniu zarzutom, co potwierdził Odwołujący we wniosku o umorzenie postępowania z dnia 24 marca 2023 r. Zarzuty odwołania dotyczyły zaniechania przez Zamawiającego określenia ilości i parametrów telefonów komórkowych i modemów, które Zamawiający będzie sukcesywnie zamawiał w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego i z zarzutami tymi związane było żądanie 1 odwołania. Jak oświadczył Zamawiający i co potwierdził Odwołujący, zmianą SWZ z dnia 23 marca 2023 r. Zamawiający określił ilości i parametry telefonów komórkowych, natomiast modemy zostały wyłączone z zakresu zamówienia, co powoduje bezprzedmiotowość postawionych zarzutów. Dodać należy, odnośnie żądania 2 odwołania, że zdaniem Izby stanowiło ono konsekwencję postawionych zarzutów dotyczących braku w dokumentacji zamówienia ww. danych. Odwołujący argumentował bowiem w uzasadnieniu odwołania, iż brak ilości i parametrów urządzeń uniemożliwia ustalenie wysokości rabatu stanowiącego kryterium oceny ofert. Skoro zatem Zamawiający uzupełnił dokumentację zamówienia o powyższe dane to również żądanie 2 odwołania stało się bezprzedmiotowe.

W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała już czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie. 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 Przystępujący oraz Odwołujący będzie uprawniony skorzystać ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia było zaniechania podania w dokumentacji zamówienia ilości i parametrów telefonów komórkowych i modemów, które Zamawiający będzie sukcesywnie zamawiał w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. 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.

Izba wskazuje, że treść 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 jest 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 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 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 zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał zmian SWZ odpowiadających postawionym zarzutom, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała 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 bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy pzp – zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności Zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć 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 7 500 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..