Sygn. akt: KIO 904/23

POSTANOWIENIE
z dnia 14 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Poprawa**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 14 kwietnia 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2023 roku przez wykonawcę**: Urtica Spółka**
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu ul. Krzemieniecka 120,
54-613 Wrocław

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny**
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, ul. Juliana Aleksandrowicza 5 26-617 Radom

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: Urtica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu
ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy 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 poz. 1710 z późń. 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 904/23

Uzasadnienie

Zamawiający - Mazowiecki Szpital Specjalistyczny sp. z o.o. z siedziba w Radomiuprowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę produktów leczniczych (sprawa nr 341.07.2023), dalej: „Postępowanie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 057-169207 w dniu 21 marca 2023 roku. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego
na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą Pzp).

W dniu 31 marca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Urtica Sp. z o.o. z siedzibą w we Wrocławiu (zwanego dalej Odwołującym) wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ).
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie określenia w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik
nr 2 do SWZ) obligatoryjnych zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku
ze zmianą cen materiałów lub kosztów, w sytuacji, w której zaszły wszystkie przesłanki wymienione w ww. przepisie (przedmiotem umowy, która ma zostać zawarta w wyniku udzielenia zamówienia jest dostawa, umowa ma zostać zawarta na okres 12 miesięcy, a więc na okres przekraczający 6 miesięcy).
Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SWZ w zakresie wzoru umowy (załącznik nr 2 do SWZ) poprzez wprowadzenie postanowiń dotyczących zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (klauzula waloryzacyjna) określających:
   a) Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
   b) Sposób zmiany wynagrodzenia:
      - z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów,
        w szczególności wskaźnika ogłoszonego e komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
      -przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku

których zmian ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

c)sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz *określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

d)maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia.

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.

W dniu 11 kwietnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego „Informacja Zamawiającego w związku ze złożeniem odwołania w postępowaniu na dostawę produktów leczniczych", w którym Zamawiający poinformował, że w dniu 7 kwietnia 2023 roku udzielił odpowiedzi na pytania zadane przez Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu i jednocześnie zmodyfikował zapisy SWZ w tym zapisy załącznika nr 2 do SWZ - wzoru umowy. Zamawiający zgodnie z brzmieniem art. 439 ust. 1 i 2 zawarł w umowie postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należytego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (klauzula waloryzacyjna).

W opinii Zamawiającego odwołanie podlega oddaleniu na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U 2021.1129) dalej jako „Pzp". Brak jest czynności Zamawiającego, której w oparciu o dokumentację Postępowania, można przypisać naruszenie przepisów Pzp, w tym uzasadniających uwzględnienie odwołania. Odwołujący nie posiada interesu w podtrzymaniu wniesionego środka zaskarżenia m.in. z uwagi na brak spełnienia przesłanki poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów Pzp. Czynność, z którą wiązała się ewentualna szkoda nie istnieje.

W dniu 13 kwietnia 2023 roku wpłynęło do Prezesa krajowej Izby Odwoławczej pismo Odwołującego „Wniosek o umorzenie odwołania".

W przedmiotowym postępowaniu nie zgłosił przystąpienia do Zamawiającego żaden wykonawca.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku ze zmianą treści Specyfikacji Warunków Zamówienia zgodnie z żądaniem Odwołującego 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 lub niedopuszczalne.

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. Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia zgodnie z żądaniem Odwołującego. 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 zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Ostatecznie przedmiotowy 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 była treść Specyfikacji Warunków Zamówienia (projekt umowy), która nie zawierała regulacji odnoszącej się do obligatoryjnych zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy, w okolicznościach określonych w art. 439 ust. 1 Pzp.

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 czynności zmiany SWZ i wprowadził do jej treści postanowienia, o które wnioskował Odwołujący 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 nowa 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
w rozpoznawanym postępowaniu odwoławczym, 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 znosi się wzajemnie. Na podstawie art. 574 ustawy Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 15 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:……..……..