

Sygn. akt: KIO 1315/23

POSTANOWENIE
z dnia 23 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2023 r. przez wykonawcę **Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Toruń**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
 2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15.000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdańsku**, stanowiącej wpis od odwołania.
- Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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 1315/23

Uzasadnienie

Gmina Miasta Toruń, zwana dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwana dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp” pn. „Wykonanie Platformy Miejskiej” – nr postępowania 47/2023, zwane dalej: „Postępowaniem”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 kwietnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 082-249389.

Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdańsku, zwana dalej: „Odwołującym”, wniosła odwołanie od czynności sformułowania treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), niezgodnie z ustawą Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Zarzut nr 1 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z § 9 ust.

1 pkt 2 w Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r.

w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2020 poz. 2415 z późn. zm.) – poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób niezgodny z przepisami prawa oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez określenie warunku wykazania wykonania platformy i platformy mikrousługowej, która na dzień składania ofert jest udostępniona mieszkańcom, który to warunek:

a) wymaga wykazania usług nie tylko wykonanych przez Wykonawcę, ale jednocześnie tych, których produkt końcowy jest udostępniony mieszkańcom, co jest okolicznością, na którą Wykonawca nie ma wpływu, jako że udostępnienie platformy mieszkańcom leży wyłącznie

w gestii Zamawiających, przez co wykracza poza zakres środków dowodowych, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, a nadto nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, a tym samym:

b) wyklucza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji, którzy legitymują się doświadczeniem w zakresie wykonania platformy i platformy mikrousługowej w jednostce samorządu terytorialnego powyżej 100 000 mieszkańców, które jednak, z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiających, z jakich powodów nie zostały na dzień składania ofert udostępnione mieszkańcom;

2. Zarzut nr 2 – naruszenie art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 4, 5 i 6

ustawy Pzp w związku z art. 266 ustawy Pzp - poprzez ustalenie zbyt krótkiego terminu

na wykonanie przedmiotu umowy (4 miesiące od dnia podpisania umowy), co w połączeniu

z zaniechaniem sporządzenia własnego opisu przedmiotu zamówienia i powieleniem bardzo szczegółowego i kazuistycznego opisu przedmiotu zamówienia z postępowania o numerze WZP.271.16.2022.E, ogłoszonym przez Miasto Bydgoszcz, ogranicza uczciwą konkurencję

i zasadę równego traktowania wykonawców, uprzywilejowując jednego wykonawcę – producenta gotowej i wdrażanej w Mieście Bydgoszczy platformy, tj. O4B sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie – jednocześnie ogranicza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom posiadającym kompetencje do wykonania przedmiotu Zamówienia, jednakże wobec braku dysponowania gotowym i szczegółowym rozwiązaniem, niezdolnym do wykonania tego w tak krótkim, arbitralnie dobranym przez Zamawiającego terminie.

3. Zarzut nr 3 – naruszenie art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc w zw.

8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp - poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób nie zawierający postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, kiedy to umowa obejmująca przedmiot Zamówienia zostanie zawarta na okres przekraczający 6 miesięcy, tj. na okres co najmniej

60 miesięcy (w zakresie Usług Gwarancyjnych). W konsekwencji umowa, wbrew wyraźnej treści art. 439 Pzp uniemożliwia zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego,

co przy aktualnym poziomie inflacji oraz wzrostu wynagrodzeń, prowadzi do uznania postanowień wzoru umowy w zakresie niedopuszczalności waloryzacji wynagrodzenia za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. modyfikacji warunku zastrzeżonego w pkt. 12 SWZ na następujące brzmienie:

1) Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada doświadczenie w postaci wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert:

a) platformy zawierającej możliwość składania online deklaracji w zakresie podatków lokalnych w jednostce samorządu terytorialnego powyżej 100 000 mieszkańców, którą wdrożono,

b) platformy zawierającej możliwość składania online deklaracji w zakresie odpadów komunalnych w jednostce samorządu terytorialnego powyżej 100 000 mieszkańców, którą wdrożono,

c) platformy mikrouslugowej dla jednostki samorządu terytorialnego powyżej 100 000 mieszkańców, którą wdrożono.

2. unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie zawęży kręgu potencjalnych wykonawców do jednego wykonawcy. Alternatywnie o nakazanie Zamawiającemu wydłużenie terminu wykonania zamówienia do 12 miesięcy od zawarcia umowy.

3. modyfikacji treści SWZ poprzez nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do projektu umowy postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, został uiszczony od niego wpis, nie zaistniały również przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem byłoby odrzucenie odwołania.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 18 maja 2023 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ustosunkowując się do jego treści, wniósł o:

1. umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp w zakresie, w jakim jego rozpoznanie stało się niedopuszczalne wobec braku substratu zaskarżenia, w związku z tym, że w dniu 17 maja 2023 roku Zamawiający opublikował zmianę zakwestionowanych przez Odwołującego zapisów SWZ tj. dotyczących warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, terminu realizacji zamówienia, zakresu świadczeń gwarancyjnych,

2. ewentualnie o oddalenie odwołania;

3. przeprowadzenie dowodów wskazanych w petitum pisma.

Pismem z dnia 19 maja 2023 r. Odwołujący wniósł o:

1. umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp;

2. wzajemne zniesienie kosztów postępowania odwoławczego w oparciu o przepis § 9 ust.

2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania;

3. zwrot całości wpisu,

wobec faktu, że w związku ze zmianą treści SWZ stanowiącej przedmiot odwołania, nie istnieje substrat zaskarżenia, a dalsze postępowanie stało się z tego powodu zbędne. Odwołujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 28 października 2022 r., sygn. akt KIO 2747/22, z dnia 23 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1537/22.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w związku ze zmianą zakwestionowanych przez Odwołującego treści SWZ: dotyczących warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, terminu realizacji zamówienia

oraz zakresu świadczeń gwarancyjnych, znaleźć może 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.

Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 23 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1537/23 wskazała: 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. M.J., Wydawnictwo C.H. Beck, W-wa 2021, str. 1236). Ponadto w uchwale z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt III CZP 55/18, Sąd Najwyższy - Izba Cywilna 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). 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 uznać należy, że w sytuacji, w której potrzeba udzielenia żądanej przez stronę 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.

Izba podziela to stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej i stwierdza, że powyższe rozważania prawne mają zastosowanie również w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. Zamawiający po wniesieniu odwołania zmienił treść SWZ, a zatem na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała już treść SWZ, wobec której zostało wniesione odwołanie. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą skorzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Spór stał się bezprzedmiotowy. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony skorzystać ze środków ochrony prawnej. Odwołanie wobec treści SWZ, która już nie istnieje, nie daje Izbie podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. W ocenie Izby, wobec powyższego prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli zgodnie

z brzmieniem przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może znaleźć zastosowanie w takiej właśnie sytuacji. W innym przypadku 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, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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 uiszczonych wpisu w wysokości 15.000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący: