Sygn. akt: KIO 1364/23

POSTANOWIENIE
z dnia 29 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Adriana Urbanik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 29 maja 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2023 r. przez **wykonawcę Euvic Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie**
przy udziale:

A.wykonawcy **Media Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1364/23 po stronie zamawiającego,

B.Wykonawcy **One House Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1364/23 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Euvic Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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 1364/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710, z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"),
pn: „Zaplanowanie i przeprowadzenie kampanii o charakterze informacyjnoedukacyjno-promocyjnym na rzecz profilaktyki przeciwnowotworowej i kształtowania postaw prozdrowotnych dla kampanii społecznej Planuję Długie Życie w wybranych mediach ogólnopolskich w internecie, w kinach i na nośnikach promocji OOH; Części: 1÷2", znak sprawy: ZZP.ZP.411.47.2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 marca 2023 r., za numerem Dz.U./S S45 129915-2023-PL.

W dniu 15 maja 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca Euvic Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu w zakresie części 1 zamówienia. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 239 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego w ramach kryterium Media plan nr 1, Media plan nr 2 i Media plan nr 3 i przyznanie jej po 3 pkt za każdy z Media planów, mimo iż jest to punktacja zaniżona, a oferta Odwołującego powinna otrzymać punktację w ramach podkryterium Harmonogram emisji, a w konsekwencji otrzymać również punktację za podkryteria liczba wyświetleń reklamy, zasięg kampanii, liczba obejrzeń spotów video kampanii, liczba kliknięć w link;

2)art. 223 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Euvic Media Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w zakresie spójności Media planu nr 1-3 z kosztorysem realizacji przedmiotu umowy;

3)art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1- 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego dla odmowy przyznania punktów ofercie Euvic Media Sp. z o.o. w kryterium Media Plan nr 1-3 podryterium Harmonogram emisji;

4)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty One House sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „One House", jak również oferty Media Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Media Group", pomimo iż ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

5)ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty One House oraz Media

Group: art. 239 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp poprzez nieprawidłową ocenę ofert ww. wykonawców w ramach kryteriów Media plan nr 1, Media plan nr 2 i Media plan nr 3, co doprowadziło do zawyżenia punktacji przyznanej tym ofertom.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności badania i oceny ofert
z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu; przyznania ofercie Odwołującego dodatkowej punktacji: w ramach podkyterium Harmonogram emisji dla każdego z Media planów 1-3 – po 1 pkt, w rezultacie łącznej punktacji 4 pkt za kryterium jakość w każdym Media planie 1, 2 i 3, a w konsekwencji również w podkryteriach liczby wyświetleń reklamy, zasięg kampanii, liczba obejrzeń spotów video kampanii, liczba kliknięć w link; odrzucenia ofert One House oraz Media Group ewentualnie obniżenia punktacji oferty One House oraz Media Group w ramach podkyterium Harmonogram emisji dla każdego z Media planów 1-3 w ten sposób, że przyznane zostanie tym ofertom po 0 pkt za każdy z Media planów, a w konsekwencji brak oceny ofert w ramach podkryteriów liczby wyświetleń reklamy, zasięg kampanii, liczba obejrzeń spotów video kampanii, liczba kliknięć w link; dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 18 maja 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył przystąpienie wykonawca Media Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 18 maja 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył przystąpienie wykonawca One House Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 24 maja 2023 r. Zamawiający złożył wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W uzasadnieniu tego wniosku wskazał, że w dniu 24.05.2023 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 04.05.2023 r. w zakresie części nr 1 zamówienia. Poinformował także, że powtórzy czynność badania i oceny ofert przy uwzględnieniu wszystkich ofert złożonych w części 1 postępowania. Dalej wskazał,
iż w konsekwencji unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 22.05.2023 r. – zarzuty odwołania wniesionego w dniu 15.05.2023 r. stały się w całości bezprzedmiotowe z uwagi na brak substratu zaskarżenia, którego dotyczyły zarzuty odwołania. Na dowód unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przedłożył Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia
04.05.2023 r. w zakresie części nr 1 zamówienia, datowane na dzień 24.05.2023 r.,
i potwierdzenie wysłania zawiadomienia do wykonawców z daty 24.05.2023 r. g. 13:06.

W dniu 25 maja 2023 r. Odwołujący złożył wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, oraz o dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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, to jest 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 stwierdziła skuteczność przystąpienia po stronie zamawiającego wykonawców Media Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i One House Sp. z o.o. z siedzibą
w Warszawie.

Izba ustaliła z urzędu, iż na stronie internetowej prowadzonego postępowania Zamawiający w dniu 24.05.2023 r. poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 04.05.2023 r. w zakresie części nr 1 zamówienia, o którym mowa
we wniosku Zamawiającego o umorzenie postępowania odwoławczego z dnia 24.05.2023 r.
i we wniosku Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego z dnia 25.05.2023 r.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku
z unieważnieniem w dniu 24.05.2023 r. przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 04.05.2023 r. w zakresie części nr 1 zamówienia 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 k.p.c. 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 unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 04.05.2023 r.
w zakresie części nr 1 zamówienia, które w ocenie Izby czyni zadość postawionym
w odwołaniu zarzutom, co potwierdził Odwołujący we wniosku o umorzenie postępowania
z dnia 25.05.2023 r. Zarzuty odwołania dotyczyły wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 04.05.2023 r. w zakresie części nr 1 zamówienia i z zarzutami tymi związane było żądanie 1 odwołania. Jak oświadczył Zamawiający i co potwierdził Odwołujący, Zamawiający dokonał
w dniu 24.05.2023 r. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 04.05.2023 r. w zakresie części nr 1 zamówienia, co powoduje bezprzedmiotowość postawionych zarzutów.

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. 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 k.p.c., 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 k.p.c. - 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 zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał zmian 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 15 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……