Sygn. akt: KIO 1793/23

POSTANOWIENIE
z dnia 7 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Adriana Urbanik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 7 lipca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2023 r. przez **wykonawcę Ground Transportation Systems Polska sp. z o.o.z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. **nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Ground Transportation Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia 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 1793/23

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Intercity S.A. z siedzibąw 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: „Przebudowa bocznicy kolejowej Przemyśl Bakończyce, wraz z zaprojektowaniem i wykonaniem robót w branży elektroenergetycznej oraz SRK", numer referencyjny: 23/WNP017154/INF." Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 czerwca 2023 r., za numerem Dz.U./S S113 354564.

W dniu 26 czerwca 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca Ground Transportation Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie na treść Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") w postępowaniu, wobec następujących postanowień: Projekt budowlany - Część 4 Projekt techniczny 2.5 Sterowanie ruchem kolejowym, pkt 2.2.2 Urządzenia zewnętrzne, ppkt 2 Czujniki koła Tabeli 2-1: Wykaz ilościowy projektowanych urządzeń srk (stanowiący załącznik nr 1 do SWZ) wobec wprowadzenia dla urządzeń srk wymogu zastosowania systemu kontroli niezajętości opartej na systemie liczenia osi wyłącznie w wersji bez elektroniki przytorowej. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 2 i 4 w związku z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp - poprzez wadliwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie wymagań Zamawiającego z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, co prowadzi do bezpodstawnego uprzywilejowania niektórych wykonawców i wyeliminowania innych, w związku z określeniem w SWZ wymogów stanowiących o obowiązku zastosowania urządzeń i systemów określonego typu dla kontroli niezajętości torów i rozjazdów, która ma się odbywać przy wykorzystaniu liczników osi bez elektroniki przytorowej, a tym samym niedopuszczenie innego równoważnego rozwiązania w tym zakresie. Powyższe utrudnia i ogranicza uczciwą konkurencję oraz wprowadza nierówne traktowanie wykonawców oraz jest nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i nieproporcjonalne do jego celów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SWZ poprzez dokonanie w Projekcie budowlanym - Część 4 Projekt techniczny 2.5 Sterowanie ruchem kolejowym, pkt 2.2.2 Urządzenia zewnętrzne, w ppkt 2 Czujniki koła
w Tabeli 2-1: Wykaz ilościowy projektowanych urządzeń srk zmiany poprzez wykreślenie
w w/w postanowieniach słów „w wersji bez elektroniki przytorowej", zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego, w zakresie wniosków dowodowych Odwołujący wniósł o dopuszczenie
i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania (stanowiących część dokumentacji postępowania), załączonych do odwołania, a także złożonych

na rozprawie.

W dniu 5 lipca 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wraz z wnioskiem o umorzenie postępowania odwoławczego, informując o uwzględnieniu w całości zarzutów
przedstawionych w odwołaniu. W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w dniu 26 czerwca 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie na treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, w którym podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 2 i 4
w związku z art. 16 pkt 1 i 3 PZP - poprzez wadliwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, to jest sformułowanie wymagań Zamawiającego z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, co prowadzi do bezpodstawnego uprzywilejowania niektórych wykonawców
i wyeliminowania innych, w związku z określeniem w SWZ wymogów stanowiących
o obowiązku zastosowania urządzeń i systemów określonego typu dla kontroli niezajętości torów i rozjazdów, która ma się odbywać przy wykorzystaniu liczników osi bez elektroniki przytorowej, a tym samym niedopuszczenie innego równoważnego rozwiązania w tym zakresie. Kwestionowany wymóg został określony przez Zamawiającego w Projekcie budowlanym - Część 4 Projekt techniczny 2.5 Sterowanie ruchem kolejowym, pkt 2.2.2 Urządzenia zewnętrzne, ppkt 2 Czujniki koła Tabeli 2-1: Wykaz ilościowy projektowanych urządzeń srk (stanowiący załącznik nr 1 do SWZ). Wykonawca wniósł o dokonanie zmiany postanowień SWZ poprzez dokonanie w Projekcie budowlanym - Część 4 Projekt techniczny 2.5 Sterowanie ruchem kolejowym, pkt 2.2.2 Urządzenia zewnętrzne, w ppkt 2 Czujniki koła
w Tabeli 2-1: Wykaz ilościowy projektowanych urządzeń srk zmiany polegającej
na wykreśleniu w przedmiotowych postanowieniach słów „w wersji bez elektroniki przytorowej". Zamawiający dokonał wnioskowanej przez Wykonawcę zmiany SWZ w dniu
5 lipca 2023 r. Załączył dowód: zmianę SWZ z dnia 5 lipca 2023 r. (pismo nr BIZ2b-073-1469/2023) wraz z potwierdzeniem jej upublicznienia.

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 ustaliła z urzędu, iż na stronie internetowej prowadzonego postępowania Zamawiający w dniu 5 lipca 2023 r. poinformował o uwzględnieniu odwołania i zmianie SWZ, zgodnie z żądaniem w odwołaniu, o czym mowa w odpowiedzi na odwołanie z dnia
5 lipca 2023 r.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku
ze zmianą SWZ zgodnie z żądaniem w odwołaniu 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 uwzględnił odwołanie i dokonał żądanej przez Odwołującego zmiany SWZ w dniu 5 lipca 2023 r., która w ocenie Izby czyni zadość postawionym w odwołaniu zarzutom.

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 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. 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 20 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……