Sygn. akt: KIO 1567/23

POSTANOWIENIE
z dnia 16 czerwca 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 16 czerwca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2023 r. przez **wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie**w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**
przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Comarch Polska S.A. oraz Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie**zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** 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 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 1567/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie w celu zawarcia Umowy wykonawczej na modyfikację systemu KSI polegającą na*„Dostosowaniu Aplikacji Krajowej EESSI (AKE) i RINA do nowego Kanonicznego Modelu Danych (CDM) wydanego przez Komisję Europejską w ramach EESS 2021 Release”*na podstawie umów ramowych nr 1084189, 1084188, dotyczących modyfikacji i rozbudowy oprogramowania KSI ZUS, znak sprawy: TZ/271/45/2023.

W dniu 1 czerwca 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia – Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „IWZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 16 ustawy pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy, w sposób niejednoznaczny, niewystarczający, niepełny, niejasny, który uniemożliwia przygotowanie oferty, co stanowi prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności oraz zasady przejrzystości.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

1) zmiany punktu 2.4.1 IWZ w następujący sposób

„2.4.1. Przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z niżej określonym harmonogramem realizacji (odbioru) produktów:

a) Analityczny Opis Modyfikacji (AOM) wraz z Wymiarowaniem Pełnym – odbiór w terminie do 7 tygodni od daty zawarcia Umowy

b) Dokumentacja Techniczna (DT) – odbiór w terminie do 3,5 tygodni od daty odbioru AOM

(7 tygodni = 4 z IWZ Zamawiającego + 3 wyznaczone w punkcie 8 odwołania

3,5 tygodnia = 2 z IWZ Zamawiającego + 1,5 wyznaczone w punkcie 8 odwołania)”

ewentualnie, jeśli Zamawiający nie jest w stanie wydłużyć obecnych terminów wykonania AOM i DT w sposób powyżej wskazany z przyczyn, które nie zostały ujawnione w IWZ – Wykonawca wniósł o korektę IWZ w taki sposób, aby produkty

AOM oraz DT realizowane były powykonawczo, tj. w następujący sposób:

„2.4.1. Przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z niżej określonym harmonogramem realizacji (odbioru) produktów:

a) Analityczny Opis Modyfikacji (AOM) wraz z Wymiarowaniem Pełnym – odbiór w terminie do 7 tygodni od daty Startu Produkcyjnego

b) Dokumentacja Techniczna (DT) – odbiór w terminie do 3,5 tygodni od daty odbioru AOM"

oraz odpowiednie dostosowanie do powyższego terminów realizacji UAOM i PDT.

2) poprzez zmianę terminu składania ofert w taki sposób, żeby dokumentacja UAOM i PDT odebrana przez Zamawiającego w ramach Modyfikacji M0600 była dostępna 5 dni roboczych przed terminem składania ofert.

W dniu 14 czerwca 2023 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości; ewentualnie umorzenie postępowania w zakresie odpowiadającym dokonanym przez Zamawiającego modyfikacjom IWZ; w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. Ponadto Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 7 czerwca 2023 r. udzielił Wykonawcom odpowiedzi na pytania jednocześnie dokonał szeregu modyfikacji, które również odnoszą się do żądania Odwołującego. Wskazał, że w zakresie zarzutu nr 2 odwołania dokonane przez Zamawiającego modyfikacje w całości spełniają żądanie Odwołującego. Natomiast w zakresie zarzutu nr 1 Zamawiający dokonał poniższej modyfikacji:

„2.4.1. Przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z niżej określonym harmonogramem realizacji (odbioru) produktów: a) Plan Testów Akceptacyjnych (PTA), Plan Testów Bezpieczeństwa (PTB) oraz Plan Testów Wydajności Modyfikacji (PTWM) – odbiór w terminie do 4 tygodni od daty zawarcia Umowy b) Dokumentacja Użytkownika (DU) – odbiór w terminie do 5 tygodni od daty odbioru PTA c) Dokumentacja Administratora (DA) – odbiór w terminie do 5 tygodni od daty odbioru PTA d) Testy akceptacyjne (TA) – odbiór w terminie do 5 tygodni od daty odbioru PTA e) Oprogramowanie dedykowane – odbiór w terminie do 5 tygodni od daty odbioru PTA f) Pakiety Instalacyjne – w terminie do 1 dnia roboczego od odbioru oprogramowania g) Start produkcyjny – 15.12.2023 r. h) Analityczny Opis Modyfikacji (AOM) wraz z Wymiarowaniem Pełnym – odbiór w terminie do 8 tygodni od daty odbioru oprogramowania i) Dokumentacja Techniczna (DT) – odbiór w terminie do 8 tygodni od daty odbioru oprogramowania j) Ujednolicona Dokumentacja Analityczna (UAOM) – odbiór w terminie do 12 tygodni od daty odbioru oprogramowania k) Powykonawcza Dokumentacja Techniczna (PDT) – odbiór w terminie do 12 tygodni od odbioru oprogramowania."

A zatem Zamawiający zmienił harmonogram odbioru poszczególnych produktów, w tym terminów realizacji AOM i DT, przy tym dokonując zmian polegających na realizacji AOM i DT powykonawczo, co zdaniem Zamawiającego czyni zadość żądaniu Odwołującego.

Na podstawie załączonych do ww. pisma modyfikacji SWZ Izba ustaliła, że termin składania ofert został zmieniony na dzień 29.09.2023 r.

Ponadto, w dniu 14 czerwca 2023 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego, w którym Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp. Odwołujący wskazał, że: *„Dokonanie przez Zamawiającego czynności zmiany IWZ realizuje całość żądań odwołania. A zatem przestał istnieć spór poddany pod rozstrzygnięcie Izby – przestał istnieć substrat zaskarżenia, tj. treść IWZ objęta odwołaniem."*

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 Zamawiającego w zakresie w zarzutu 2 odwołania zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Comarch Polska S.A. oraz Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z wprowadzeniem przez Zamawiającego zmian IWZ w dniu 7 czerwca 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 IWZ, która w ocenie Izby czyni zadość postawionym w odwołaniu zarzutom, co potwierdził Odwołujący we wniosku o umorzenie postępowania z dnia 14 czerwca 2023 r. Zarzuty i żądania odwołania dotyczyły zmiany punktu 2.4.1 IWZ, poprzez wydłużenie obecnych terminów wykonania AOM i DT w harmonogramie realizacji (odbioru) produktów bądź poprzez modyfikację terminów tak, aby produkty AOM oraz DT realizowane były powykonawczo. Ponadto, Odwołujący wnosił o zmianę terminu składania ofert w taki sposób, żeby dokumentacja UAOM i PDT odebrana przez Zamawiającego w ramach Modyfikacji M0600 była dostępna 5 dni roboczych przed terminem składania ofert. W zakresie żądania nr 1 odwołania Zamawiający dokonał w dniu 7 czerwca 2023 r. zmiany terminów w harmonogramie polegających na realizacji AOM i DT powykonawczo. Co do żądania nr 2 odwołania to, jak Izba ustaliła, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 6 w dniu 7 czerwca 2023 r. wyjaśnił, że: *„1.2. Jednocześnie Zamawiający informuje, że odbiór dokumentów UAOM oraz PDT dla Modyfikacji M0600, przewidziany jest na 25.09.2023 r."* Zamawiający zmienił także termin składania ofert na dzień 29.09.2023 r. Jak wskazał Odwołujący powyższe modyfikacje czynią zadość żądaniom odwołania, co w ocenie Izby 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. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia były postanowienia IWZ: ustalenie harmonogramu realizacji umowy w zakresie AOM i DT w sposób niemożliwy do zrealizowania oraz zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia pełnej dokumentacji, niezbędnej do przygotowania oferty. 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 IWZ 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: ……...