

Sygn. akt: KIO 2501/23

POSTANOWENIE
z dnia 4 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Adriana Urbanik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 września 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
23 sierpnia 2023 r. przez **wykonawcę Ejsak Group Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie**
w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Chęciny**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Ejsak Group Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset 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 2023 r. poz. 1605) 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 2501/23

Uzasadnienie

Zamawiający – **Gmina Chęciny**- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym 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. „Wykonanie i wyposażenie wystawy dostosowanej do eksponatów oraz „contentu” multimedialnego, pod potrzeby zabytkowego budynku synagogi, w którym mieścić się będzie Centrum Pamięci Kultury Żydowskiej”(numer referencyjny: ZP-IX.271.10.2023.MS).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 sierpnia 2023 r., za numerem 2023/BZP 00359044, ze zm.

W dniu 23 sierpnia 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca **Ejsak Group Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie** – dalej „Odwołujący”. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na:

- 1) zastosowaniu i ustanowieniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej polegającego na dysponowaniu kierownikiem prac – minimum 1 osobą posiadającą m.in. doświadczenie w zakresie wdrożenia ekspozycji tj. takiej, która posiada m.in. certyfikat Agile, PM, PRINCE2, PMP lub inny równoważny dokument wydany przez niezależny podmiot potwierdzający posiadanie wiedzy z zakresu zarządzania projektami;
- 2) zastosowaniu i ustanowieniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej polegającego na dysponowaniu kierownikiem prac – minimum 1 osobą posiadającą m.in. ważny certyfikat w zakresie wiedzy na temat systemów audiowizualnych w stopniu minimum podstawowym wystawiony przez jednostkę akredytowaną przez ANSI.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 112 ust. 1 i 2 oraz art. 116 ust. 1 w związku z art. 16 ustawy pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, poprzez ustanowienie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w rozdziale 7 pkt 7.2, Lp. 2 tabeli „Warunki udziału w postępowaniu” pkt I. tiret pierwsze Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie ograniczającym sposób wykazania posiadania doświadczenia w zakresie wdrożenia ekspozycji do posiadania certyfikatu Agile, PM, PRINCE2, PMP lub innego równoważnego dokumentu wydanego przez niezależny podmiot potwierdzający posiadanie wiedzy z zakresu zarządzania projektami, co wyklucza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji, którzy legitymują się doświadczeniem na podstawie dyplomu ukończenia uczelni wyższej na kierunku zarządzania projektami IT lub dyplomu ukończenia studiów podyplomowych z zarządzania projektami IT

lub dokumentem równoważnym;

2)art. 112 ust. 1 i 2 oraz art. 116 ust. 1 w związku z art. 16 ustawy pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w sposób, który uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, poprzez ustanowienie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w rozdziale 7 pkt 7.2, Lp. 2 tabeli „Warunki udziału w postępowaniu” pkt I. tiret pierwsze Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie dysponowania kierownikiem prac posiadającego ważny certyfikat w zakresie wiedzy na temat systemów audiowizualnych w stopniu minimum podstawowym wystawiony przez jednostkę akredytowaną przez ANSI, co wyklucza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców dysponujących kierownikiem prac posiadającego wiedzę na temat systemów audiowizualnych w stopniu minimum podstawowym wykwalifikowanego i certyfikowanego według innych norm lub przepisów regulujących weryfikację żądanego poziomu kwalifikacji przy wykonywaniu przewidzianego zamówieniem zadania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego

w rozdziale 7 pkt 7.2 Lp. 2 tabeli „Warunki udziału w postępowaniu” pkt I. tiret pierwsze Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez:

a) nadanie fragmentowi o dotychczasowej treści: „oraz posiada certyfikat Agile, PM, PRINCE2, PMP lub innego równoważnego dokumentu wydanego przez niezależny podmiot potwierdzający posiadanie wiedzy z zakresu zarządzania projektami” nową, następującą treść: „oraz posiada certyfikat Agile, PM, PRINCE2, PMP lub dyplom ukończenia uczelni wyższej

na kierunku zarządzania projektami IT lub dyplom ukończenia studiów podyplomowych z zarządzania projektami IT lub dokument równoważny”,

b) usunięcie fragmentu o treści: „oraz posiada ważny certyfikat w zakresie wiedzy na temat systemów audiowizualnych w stopniu minimum podstawowym wystawiony przez jednostkę akredytowaną przez ANSI” i w rezultacie nadanie warunkowi udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w rozdziale 7 pkt 7.2 Lp. 2 tabeli „Warunki udziału w postępowaniu” pkt I. tiret pierwsze Specyfikacji Warunków Zamówienia nowego, następującego brzmienia: „Kierownikiem prac - minimum 1 osobą posiadającą doświadczenie w zakresie wdrożenia ekspozycji tj. takiej, która kierowała wdrożeniem ekspozycji multimedialnych w minimum 2 obiektach kultury oraz posiada certyfikat Agile, PM, PRINCE2, PMP lub dyplom ukończenia uczelni wyższej na kierunku zarządzania projektami IT lub dyplom ukończenia studiów podyplomowych z zarządzania projektami IT lub dokument równoważny”.

Ponadto Odwołujący wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z dokumentami, które zostaną przedstawione na rozprawie.

W dniu 30 sierpnia 2023 r. Zamawiający (przed otwarciem rozprawy) złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że zarzuty podnoszone przez Ejsak Group Sp. z o.o.,

ul. Polna 7a, 05-090 Raszyn, zostały uwzględnione przez Zamawiającego w całości

i Zamawiający w dniu 24 sierpnia 2023 r. Zamawiający dokonał zmiany zapisów SWZ

w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Zmiana ta w całości uwzględnia żądania Odwołującego. W załączeniu do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedłożył zawiadomienie o zmianie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia – pismo znak ZP-IX.271.10.2023.MS/4, potwierdzenie publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu i wykaz dokumentów załączonych do postępowania zamieszczonych na stronie internetowej prowadzonego postępowania platforma zakupowa działająca pod adresem . W ocenie Zamawiającego powyższe okoliczności spełniają przesłanki wskazane w art. 522 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

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.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba ustaliła z urzędu, iż na stronie internetowej prowadzonego postępowania Zamawiający w dniu 24 sierpnia

2023 r. opublikował zawiadomienie o zmianie SWZ (komunikat nr 2) oraz ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu. W wyniku zmiany SWZ Zamawiający nadał warunkowi udziału w postępowaniu dotyczącemu zdolności technicznej lub zawodowej opisanemu w rozdziale 7 pkt 7.2 Lp. 2 tabeli „Warunki udziału w postępowaniu” pkt I. tiret pierwsze Specyfikacji Warunków Zamówienia brzmienie: „Kierownikiem prac - minimum 1 osobą posiadającą doświadczenie w zakresie wdrożenia ekspozycji tj. takiej, która kierowała wdrożeniem ekspozycji multimedialnych w minimum 2 obiektach kultury oraz posiada certyfikat Agile, PM, PRINCE2, PMP lub dyplom ukończenia uczelni wyższej na kierunku zarządzania projektami IT lub dyplom ukończenia studiów podyplomowych z zarządzania projektami IT lub dokument równoważny”.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku ze zmianą SWZ w dniu 24 sierpnia 2023 r., jak tego żądał Odwołujący, znajduje 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 stroną 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., sygn. akt III CZP 55/18, w którym Sąd Najwyższy analizował rozbieżność orzecniczą skutku procesowego następstwa 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 związane 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 dokonał w dniu 24 sierpnia 2023 r. żądanej przez Odwołującego zmiany SWZ, która to w ocenie Izby czyni zadość postawionym w odwołaniu zarzutom. Zarzuty odwołania dotyczyły niezgodnego z ustawą pzp sformułowania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w rozdziale 7 pkt 7.2 Lp. 2 tabeli „Warunki udziału w postępowaniu” pkt I. tiret pierwsze Specyfikacji Warunków Zamówienia, i z zarzutami tymi związane było żądanie odwołania zmiany tego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający dokonał w dniu 24 sierpnia 2023 r. zmiany warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w rozdziale 7 pkt 7.2 Lp. 2 tabeli „Warunki udziału w postępowaniu” pkt I. tiret pierwsze Specyfikacji Warunków Zamówienia zgodnie z żądaniem w odwołaniu, co powoduje bezprzedmiotowość postawionych zarzutów.

W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron 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 pzp 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, to jest obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok Sądu Najwyższego 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 zobowiązana uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał zmian odpowiadających postawionym zarzutom, tym samym czynności stanowiące podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestały istnieć. Zaskarżenie czynności, które już nie mają miejsca, 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 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 7 500 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: