

Sygn. akt: KIO 2523/23

POSTANOWENIE
z dnia 7 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Adriana Urbanik
Członkowie: **Monika Banaszekiewicz**
Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2023 r. przez **wykonawcę EDC Expert Direct Communication Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Obrót S.A.**

przy udziale wykonawcy Inforsys Spółka Akcyjna z siedzibą w Radzyminie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 2523/23 po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy EDC Expert Direct Communication Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim 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 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 2523/23

Uzasadnienie

Zamawiający – **PGE Obrót S.A. ul. 8-go Marca 6, 35-959 Rzeszów** - 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” lub „ustawa Pzp”) pn: „Usługa drukowania, nadawania i dostarczania do Klientów faktur i innej korespondencji PGE Obrót S.A.”, w Części I – pn. „Usługa drukowania, przygotowania przesyłek, kopertowania i nadawania faktur i innej korespondencji”, numer referencyjny: POST/OBR/OBR/DZZ/00032/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 czerwca 2023 r., za numerem Dz.U./S 2023/S 111-349409.

W dniu 28 sierpnia 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca **EDC Expert Direct Communication Sp. z o.o., ul. Belzacka 176/178, 97-300 Piotrków Trybunalski** – dalej „Odwołujący”. Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: Inforsys S.A., al. Jana Pawła II 24, 05-250 Radzymin (dalej także: „Inforsys”) pomimo, iż oferta tego Wykonawcy winna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Inforsys w sytuacji, gdy wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania posiadania ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia;

w sytuacji, gdyby Izba nie podzieliła wyżej wymienionego zarzutu, wskazał na zarzut ewentualny, to jest naruszenie:

2) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu,

to jest polisy OC potwierdzającej posiadanie przez wykonawcę Inforsys ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia;

ponadto zarzucił naruszenie:

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Inforsys w sytuacji, gdy wykonawca złożył dokument przedmiotowy zawierający błąd,

to jest Certyfikat ISO 9001 został złożony bez tłumaczenia na język polski;

4)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Inforsys w sytuacji, gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia bowiem wykonawca nie ma wystarczającej zdolności finansowej do realizacji umowy na zasadach finansowych w niej określonych;

5)art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Inforsys do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny bowiem wykonawca Inforsys nie skalkulował ceny w sposób prawidłowy poprzez brak wyceny realizacji Etapu I zamówienia tj. wdrożenia usług;

6)art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Inforsys, w sytuacji gdy oferta wykonawcy winna podlegać odrzuceniu;

7)art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości; nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Inforsys; ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Inforsys do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej polisy OC; ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W dniu 31 sierpnia 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Inforsys Spółka Akcyjna, al. Jana Pawła II 24, 05-250 Radzymin(kopię odwołania Zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 29 sierpnia 2023 r. poprzez System Zakupowy Zamawiającego SWPP2 oraz e-mailem).

W dniu 4 września 2023 r. Zamawiający (przed otwarciem rozprawy) w piśmie przekazującym dokumenty na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej poinformował, że w dniu 31 sierpnia 2023 r. wskutek uwzględnienia zarzutu określonego w odwołaniu dotyczącego braku w ofercie Inforsys S.A. przedmiotowego środka dowodowego – Certyfikatu ISO 9001 w tłumaczeniu na język polski, Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o ponownym badaniu i ocenie ofert w Części I „Usługa drukowania, przygotowania przesyłek, kopertowania i nadawania faktur i innej korespondencji”, o czym poinformował wykonawców.

W dniu 5 września 2023 r. Zamawiający (przed otwarciem rozprawy) złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z przedłożonym

na rozprawie rachunkiem. W uzasadnieniu Zamawiający podał: Odwołanie w zakresie wskazanych w nim zarzutów i powiązanych wniosków jest w całości bezzasadne i jako takie winno być oddalone. Zamawiający wskazał, iż rzeczywiście wykonawca Inforsys S.A. złożył przedmiotowy środek dowodowy - certyfikat ISO 9001 bez tłumaczenia na język polski,

co stało się przyczyną unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, jednakże Zamawiający nie zgadza się z poglądem Odwołującego jakoby niedopuszczalne było wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu. Wskazał, iż w świetle § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452), środek dowodowy sporządzony w języku obcym musi być złożony wraz z tłumaczeniem na język polski

(z wyjątkiem art. 20 ust. 3 ustawy Pzp), co oznacza, że środek ten i tłumaczenie stanowią nierozdzielalną całość. W efekcie, aby zamawiający mógł dokonać oceny spełniania przez wykonawcę określonych wymogów, niezbędne jest przekazanie przez wykonawcę jego tłumaczenia. Brak złożenia tego tłumaczenia oznacza, że odwołujący nie złożył przedmiotowego środka dowodowego (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 lipca 2021 roku, KIO 1723/21). Kwestia uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych została uregulowana w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika (z zastrzeżeniem ust. 3), że wykonawca może złożyć lub uzupełnić taki środek dowodowy wtedy, gdy łącznie spełnione są następującego przesłanki: wykonawca w ogóle nie złożył przedmiotowego środka dowodowego lub złożył środek niekompletny, zamawiający przewidział możliwość złożenia

lub uzupełnienia środka dowodowego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W niniejszej sprawie należy zdaniem Zamawiającego uznać, iż złożenie przedmiotowego środka dowodowego bez tłumaczenia jest de facto brakiem takiego środka, a nie jak to usiłuje wywieść Odwołujący złożeniem takiego środka obarczonego błędem merytorycznym. Z uwagi natomiast na fakt, iż Zamawiający przewidział możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (punkt 5.2 SWZ), zobowiązany on jest

do przeprowadzenia procedury uzupełnienia tego środka dowodowego. W zakresie pozostałych zarzutów, zachowując ich systematykę, Zamawiający wskazał, co następuje:

Ad 1 i 2) Zamawiający stoi na stanowisku, iż wykonawca Inforsys S.A spełnił warunek udziału w postępowaniu, gdyż przedłożył polisę ubezpieczenia OC, w której wskazano tego wykonawcę jako ubezpieczonego, jak również wskazano sumę ubezpieczenia na jeden

i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe w wysokości 5 000 000 zł (przy wymaganej warunkami zamówienia sumie 1 000 000 zł). W żadnym punkcie SWZ nie zawarto wymogu, by wykonawca był jedynym ubezpieczonym w ramach polisy. Co więcej i co jest najistotniejsze

z punktu widzenia celu jakiemu służy przedłożenie polisy ubezpieczenia OC, to wykonawca Inforsys S.A. jest ubezpieczającym, a więc zobowiązanym do zapłacenia składki. Polisa OC składana jest w ramach badania zdolności finansowej i ekonomicznej wykonawcy i ma wykazać jego zdolności do pozyskania stosownego ubezpieczenia na rynku ubezpieczeniowym a tym samym wskazać na zdolność uzyskania odpowiedniego zabezpieczenia przed roszczeniami natury cywilnoprawnej. Ustawodawca zakłada,

że wykonawca, którego ubezpieczyciel zdecydował się objąć ochroną ubezpieczeniową opiekującą na sumę gwarancyjną wynikającą z treści warunku udziału w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego i który jest w stanie spełnić świadczenie w postaci opłacenia składki ubezpieczeniowej znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia (tak wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r.,

sygn. KIO 2444/17). W tym świetle bez znaczenia jest sugerowane przez Odwołującego „konkurowania” dwóch podmiotów do wyczerpania sumy gwarancyjnej, gdyż dla oceny zdolności finansowej i ekonomicznej wykonawcy relewantne jest jedynie posiadanie stosownej polisy z wymaganą sumą ubezpieczenia, nawet jeśli skutek jakichś zdarzeń nastąpiłaby

z niej wypłata i faktyczne zmniejszenie sumy ubezpieczenia. Krańcowo możnaby wskazać, iż taka polisa mogłaby wygasnąć nazajutrz po zawarciu umowy i nie mogłoby to stanowić przesłanki do kwestionowania spełnienia warunku i zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Ad 4) Ocena zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia musi opierać się na warunkach sformułowanych w dokumentacji postępowania (art. 112 ustawy Pzp) i na dokumentach, których zamawiający żąda w celu wykazania spełnienia tychże warunków. Tymczasem Odwołujący, formułując zarzut opisany w punkcie 4 odwołania, zdaje się pisać te warunki

za Zamawiającego, co jest w sposób oczywisty niedopuszczalne jako sprzeczne z ustawą Pzp. Zamawiający, w zakresie wskaźników finansowych, szeroko opisanych w odwołaniu,

nie skonkretyzował żadnych minimalnych poziomów, których spełnianie uznawałby

za spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowych. Zamawiający nie żądał również przedłożenia sprawozdania finansowego poprzestając

w zakresie warunku zdolności finansowej i ekonomicznej na oświadczeniu wykonawcy

i obowiązku przedłożenia polisy OC. Stawianie więc zarzutów braku zdolności finansowej

w oparciu o konkretne, wskazane wyłącznie w odwołaniu, wskaźniki i w oparciu

o sprawozdanie finansowe nie może mieć miejsca, gdyż nie jest to przedmiotowy środek dowodowy żądany przez Zamawiającego, który w tym zakresie nie wskazywał „minimalnych poziomów zdolności” (art. 112 ust. 1 ustawy Pzp).

Ad 5) Za bezzasadny należy również uznać zarzut rażąco niskiej ceny, mający się przejawiać tym, iż wykonawca Inforsys nie wycenił jakoby kosztów etapu I usługi, to jest kosztów dostosowania i przygotowania środowiska Wykonawcy do systemów informatycznych wskazanych przez Zamawiającego oraz przeprowadzenia testów. Takie rozumowanie Odwołujący uzasadnia wyłącznie faktem, iż zaoferowane przez niego ceny jednostkowe są ustalone z uwzględnieniem minimalnych kosztów z uwagi na fakt świadczenia przez niego usługi dla Zamawiającego w chwili obecnej. Wskazać należy, iż Zamawiający nie miał żadnej przesłanki do przyjęcia, iż oferta Inforsys S.A. zawiera rażąco niską cenę. Co więcej Odwołujący poza stwierdzeniem, iż koszty etapu I to według niego 300 000 zł, i że koszty te nie zostały uwzględnione przez Inforsys, nie przedstawia w zakresie tego zarzutu żadnych dowodów, nie tylko na rażąco niską cenę oferty konkurencyjnej ale na fakt, iż przyjął do swojej kalkulacji jakieś koszty minimalne. Cena zaoferowana przez Inforsys S.A. różni się jedynie 6,62% od ceny zaoferowanej przez Odwołującego i jest w ocenie Zamawiającego ceną realną, umożliwiającą należyte wykonanie zamówienia. Jeśli Odwołujący wskazuje na rażąco niską cenę, a więc cenę niewiarygodną, nierealistyczną, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 marca 2021 roku, sygn. akt KIO 451/21) to winien to wykazać stosownymi dowodami, zgodnie

z obowiązującymi regułami dowodowymi wynikającymi z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp

(por. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 października 2021 roku, sygn. akt KIO 2847/21).

W tym wypadku nie ma bowiem mowy o odwróconym ciężarze dowodzenia wynikającym

z wszczęcia przez Zamawiającego procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (art. 537 ustawy Pzp).

Ad 6 i 7) Z uwagi na fakt, iż Zamawiający powtarza czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty odnoszenie się do tych zarzutów jest zbędne, gdyż są one bezprzedmiotowe, z tym zastrzeżeniem, o czym powyżej, iż brak jest na obecnym etapie przesłanek do odrzucenia oferty Inforsys S.A.

Zamawiający oświadczył, iż odpis odpowiedzi został przesłany stronom postępowania na wskazane przez nich adresy mailowe.

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 zostało uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy pzp wykonawca Inforsys Spółka Akcyjna, al. Jana Pawła II 24, 05-250 Radzymin. Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia wykonawcy Inforsys Spółka Akcyjna, al. Jana Pawła II 24, 05-250 Radzymin.

Izba ustaliła z urzędu, iż na stronie internetowej prowadzonego postępowania Zamawiający w dniu 31 sierpnia 2023 r. opublikował informację o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Części I pn. „Usługa drukowania, przygotowania przesyłek, kopertowania i nadawania faktur i innej korespondencji”. Zamawiający podał, że unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Inforsys S.A. i przystępuje do powtórzenia czynności badania i oceny ofert zmierzającej do wyboru oferty najkorzystniejszej. Dalej Zamawiający wskazał: Zamawiający podjął decyzję o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności uznając, iż podjęte uprzednio czynności są obarczone wadą. Zamawiający popełnił błąd wybierając najkorzystniejszą ofertę z naruszeniem ustawy Pzp, stąd zachodzi konieczność unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty. Oferta złożona przez jednego z wykonawców jest wadliwa z uwagi na przedłożenie przedmiotowego środka dowodowego w języku obcym. Zgodnie z treścią art. 107 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Specyfikacja Warunków Zamówienia w pkt. 5.2. przewidywała wezwanie do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych: Zgodnie

z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zamawiający pomimo postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia nie wezwał wykonawcy do złożenia Certyfikatu ISO 9001 (lub równoważny) potwierdzającego spełnianie wymogów jakościowych w zakresie świadczenia usług związanych z obsługą wydruków masowych w tłumaczeniu na język polski. Zgodnie z pkt. 19.6. Specyfikacji Warunków Zamówienia Ofertę należy sporządzić w języku polskim. Podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się

wraz z tłumaczeniem na język polski. Błąd popełniony przez Zamawiającego jest usuwalny,

a naprawienie wadliwie podjętej czynności jest konieczne. Kierując się zasadami udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 i 17 ustawy Pzp, Zamawiający dokona ponownej oceny ofert oraz dokona wyboru najkorzystniejszej oferty w terminach przewidzianych w ustawie Pzp.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 31 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 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., sygn. akt III CZP 55/18, w którym Sąd Najwyższy 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 skutek 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 31 sierpnia 2023 r. żądanej przez Odwołującego czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Inforsys S.A. z uwzględnieniem jednego z zarzutów odwołania - dotyczącego braku w ofercie Inforsys S.A. przedmiotowego środka dowodowego – Certyfikatu ISO 9001 w tłumaczeniu na język polski, która to w ocenie Izby czyni zadość postawionemu w odwołaniu jednemu z zarzutów. Zarzuty odwołania dotyczyły niezgodnego z ustawą pzp zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Inforsys S.A., zaniechania wezwania wykonawcy Inforsys S.A. do uzupełnienia polisy OC, zaniechania wezwania wykonawcy Inforsys S.A. do złożenia wyjaśnień, dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Inforsys S.A., zaniechanie przygotowania

i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

i z zarzutami tymi związane były żądania odwołania - nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy Inforsys S.A., ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwanie Wykonawcy Inforsys S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej polisy OC, ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Zamawiający dokonał w dniu

31 sierpnia 2023 r. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Inforsys S.A. zgodnie z żądaniem w odwołaniu, co powoduje bezprzedmiotowość postawionych zarzutów.

W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego 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. Izba także wskazuje, że Odwołujący wobec umorzenia postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie, nie zostaje pozbawiony prawa do ponowienia zarzutów odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego po ponowieniu czynności badania, oceny ofert

i wyboru oferty najkorzystniejszej. 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 czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, 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 15 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....