Sygn. akt: KIO 3224/23

POSTANOWIENIE
z dnia 10 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Elżbieta Dobrenko
Danuta Dziubińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania w dniu 10 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2023 r. przez wykonawcę **Mennica Polska S.A. w Warszawie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, działający w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa w Warszawie**
1)przy udziale wykonawcy **Asseco Data Systems S.A. w Gdańsku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
2)przy udziale wykonawcy **Ground Transportation Systems Polska sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
3)przy udziale wykonawcy **Eviden Polska S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1.**umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2.znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty**15.000,00 zł** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Mennica Polska S.A. w Warszawie,** stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze 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:……
Członkowie: ……
……

Sygn. akt: KIO 3224/23

U z a s a d n i e n i e

Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, działający w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest system biletowy Warszawskiego Transportu Publicznego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 października 2023 r., nr 2023/S 203-634250.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 30 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Mennica Polska S.A. w Warszawie, zwany dalej również „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 385 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 pkt 9 Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez wprowadzenie w pkt 4.6.3. Opisu Potrzeb i Wymagań, w przypadku gdy dwóch lub więcej wykonawców otrzyma taką samą liczbę punktów w kryteriach selekcji, nieobiektywnego i dyskryminującego dodatkowego kryterium selekcji w postaci kolejności złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, podczas gdy ta okoliczność faktyczna nie może stanowić kryterium selekcji, albowiem nie odnosi się do cech wykonawcy, czy też oferowanego przez niego świadczenia lub sposobu jego realizacji, implikując ryzyko nieudzielenia zamówienia wykonawcy który uzyskał maksymalną ilość punktów w opisanych w pkt 4.6.1. oraz 4.6.2. OPW podstawowych kryteriach selekcji, a uwagi na całkowicie irrelewantną, niezarządzalną przez wykonawcę i niewpływającą na treść oferty czy sposobu realizacji zamówienia okoliczność faktyczną, jaką jest chwila złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu usunięcia dodatkowego kryterium selekcji opisanego w pkt 4.6.3. OPiW, zgodnie z którym w przypadku, gdy dwóch lub więcej Wykonawców otrzyma taką samą liczbę punktów w

kryteriach selekcji, o uczestnictwie w dialogu konkurencyjnym decydować będzie kolejność złożenia Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - a w zamian za to dopuścił do uczestnictwa w dialogu większą ilość niż 5 Wykonawców, w przypadku, gdy dwóch lub więcej Wykonawców otrzyma taką samą liczbę punktów w kryteriach selekcji, a łączna liczba tych wykonawców, którzy uzyskali największą liczbę punktów będzie większa niż 5.

Ustalono, że odwołanie zostało wniesione wobec postanowienia pkt 4.6.3 OPiW w brzmieniu:

Maksymalnie w ramach kryteriów selekcji Zamawiający może przyznać wnioskowi o dopuszczenie udziału w postępowaniu złożonego przez Wykonawcy 17 punktów. W przypadku gdy dwóch lub więcej Wykonawców otrzyma taką sama liczbę punktów w kryteriach selekcji, o uczestnictwie w dialogu konkurencyjnym decydować będzie kolejność złożenia Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ustalono także, że w dniu 7 listopada 2023 r., po wniesieniu odwołania, zamawiający dokonał zmiany pkt 4.6.3. OPiW, w wyniku której postanowienie to otrzymało brzmienie:

Maksymalnie w ramach kryteriów selekcji Zamawiający może przyznać wnioskowi o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonemu przez Wykonawcę 17 punktów. Jeśli piąty i kolejny (kolejni) Wykonawcy otrzymają identyczną liczbę punktów w kryterium selekcji, Zamawiający zaprosi do dialogu wszystkich takich Wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć odwoławcze, gdyż dalsze postępowanie stało się zbędne. Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne*.

Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania zamawiający 7 listopada 2023 r. dokonał modyfikacji pkt 4.6.3 OPiW zakwestionowanego przez odwołującego co spowodowało, że treść warunków zamówienia, wobec których odwołujący wniósł odwołanie już nie istnieje.

Dostrzeżenia wymaga również, że zgodnie z art. 513 ust. 1 ustawy Pzp *odwołanie przysługuje na:*

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów skierowanych wobec historycznych, nieistniejących na moment wyrokowania, czynności zamawiającego stało się zbędne.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Izba, kierując się wynikiem postępowania odwoławczego, stosując przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę 15.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……