Sygn. akt: KIO 3289/23

POSTANOWIENIE
z dnia 13 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Wojciechowska**
Członkowie: Renata Tubisz
Adriana Urbanik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 13 listopada 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2023 r. przez **wykonawcę Hensoldt Sensors GmbH z siedzibą w Taufkirchen, Niemcy**w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Agencję Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie**
przy udziale **wykonawcy SAAB A.B. z siedzibą w Linköping, Szwecja**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
przy udziale **wykonawcy Indra Sistemas S.A. z siedzibą w Alcobendas, Madryt, Hiszpania**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Hensoldt Sensors GmbH z siedzibą w Taufkirchen** 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 2023 r., poz. 1605 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:……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt KIO 3289/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Dostawa 15 systemów radarowej kontroli rejonu lotniska", nr ref.: AU/149/IX-99/ZO/PO/DOS/Z/2023*Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lipca 2023 r., za numerem 2023/S 142-453107.

W dniu 3 listopada 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca Hensoldt Sensors GmbH z siedzibą w Taufkirchen, Niemcy – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) zaniechania wezwania INDRA SISTEMAS S.A. (dalej jako „INDRA") do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych i zawodowych, dotyczącego wykonania w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków co najmniej jednej dostawy urządzeń radiolokacyjnych o wartości co najmniej 95 000 000 zł brutto (dalej jako „Warunek") lub względnie zaniechania wezwania INDRA do udzielenia wyjaśnień co do treści załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumentów mających potwierdzać spełnianie Warunku;

2) uznania, że SAAB Aktiebolag (dalej jako „SAAB") z przyczyn od tego wykonawcy niezależnych nie jest w stanie uzyskać dowodów potwierdzających, że dostawy określone w Wykazie Zrealizowanych Dostaw (dalej jako „Wykaz") zostały wykonane należycie, w postaci dokumentów sporządzonych przez podmioty, na rzecz których dostawy te zostały wykonane;

3) zaniechania wezwania SAAB do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie Warunku;

4) uznania, że INDRA i SAAB wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ich wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zaś nie podlegają odrzuceniu i w rezultacie mogą oni zostać zaproszeni do składania ofert w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej jako „RozpDok") poprzez błędną ocenę załączonych do wniosku INDRA dokumentów mających wykazywać spełnianie Warunku jako potwierdzających należyte zrealizowanie dostaw wskazanych przez INDRA w Wykazie, w rezultacie czego Zamawiający uznał, że wykonawca ten wykazał spełnianie Warunku;

2. art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 RozpDok poprzez błędną ocenę załączonych do wniosku SAAB dokumentów mających potwierdzać spełnianie Warunku, w tym oświadczenia o braku możliwości przedstawienia dowodów należytego wykonania dostaw wskazanych przez SAAB w Wykazie, w rezultacie czego Zamawiający uznał, że wykonawca ten wykazał spełnianie Warunku;

ewentualnie, lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu z pkt. 1), zarzucił również naruszenie:

3. art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 128 ust. 4 ustawy pzp poprzez błędne zaniechanie wezwania INDRA do udzielenia wyjaśnień odnośnie załączonych do wniosku tego wykonawcy dokumentów mających potwierdzać spełnianie Warunku;

a w konsekwencji powyższych naruszeń z pkt. 1-3 zarzucił również naruszenie:

4. art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 149 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy pzp poprzez błędne uznanie, że INDRA i SAAB wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w rezultacie – uznanie, że ich wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegają odrzuceniu i mogą oni zostać zaproszeni do składania ofert w postępowaniu, podczas gdy dokumenty przedłożone przez tych wykonawców nie potwierdziły spełniania Warunków.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności oceny wniosków złożonych w postępowaniu;

2) wezwania INDRA do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie Warunku

lub względnie do udzielenia wyjaśnień co do treści załączonych do wniosku o dokumentów mających potwierdzać spełnianie Warunku;

3) wezwania SAAB do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie Warunku.

W dniu 9 listopada 2023 r. wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej pismo Zamawiającego – „INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU CZYNNOŚCI oceny wniosków o dopuszczanie do udziału w postępowaniu nr AU/149/1 99/ZO/PO/DOS/Z/2023 na dostawę 15 systemów radarowej kontroli rejonu lotniska" z dnia 9 listopada 2023 r, w którym wskazano: *„Zamawiający — Agencja Uzbrojenia działając na podstawie art. 16 i 17 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022. poz. 1710 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą", informuje o unieważnieniu czynności oceny wniosków o dopuszczanie do udziału w postępowaniu i przystępuje do powtórzenia czynności ich oceny. Uzasadnienie Zamawiający, po dokonaniu czynności, polegającej na ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powziął informację, że przedmiotowa ocena nie spełnia wszystkich wymogów formalnych określonych w Ustawie. Wobec powyższego koniecznym jest ponowne rozpatrzenie kwestii związanej z potwierdzeniem spełniania przez Wykonawców warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania kwalifikacji technicznych i zawodowych, dotyczącego wykonania w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków co najmniej jednej dostawy urządzeń radiolokacyjnych o wartości co najmniej 95 000 000,00 zł brutto. Kierując się zasadami udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 i 17 Ustawy, Zamawiający dokona ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu."*

Ponadto, w dniu 10 listopada 2023 r. wpłynął do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp. Odwołujący poinformował o unieważnieniu czynności oceny wniosków w postępowaniu przez Zamawiającego, załączył pismo Zamawiającego z dnia 9 listopada 2023 r. – „zawiadomienie o unieważnieniu czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu" i wskazał, że w rezultacie unieważnienia czynności postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, bowiem stało się zbędne w sytuacji, gdy już nie obowiązuje zaskarżona przez Odwołującego czynność, tj. ocena Zamawiającego o uznaniu warunku za spełniony przez Indra Sistemas S.A. oraz SAAB AB.

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.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawca: SAAB A.B. z siedzibą w Linköping, Szwecja oraz Indra Sistemas S.A. z siedzibą w Alcobendas, Madryt, Hiszpania.

Izba ustaliła, że w dniu 9 listopada 2023 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczanie do udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z unieważnieniem oceny wniosków o dopuszczanie do udziału w postępowaniu 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 po wniesieniu odwołania dokonał unieważnienia oceny wniosków o dopuszczanie do udziału w postępowaniu. 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 i Przystępujący będą uprawnieni 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 była czynność Zamawiającego polegająca na ocenie wniosków o dopuszczanie do udziału w postępowaniu: wniosków Przystępujących SAAB A.B. z siedzibą w Linköping, Szwecja oraz Indra Sistemas S.A. z siedzibą w Alcobendas, Madryt, Hiszpania.

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 czynności unieważnienia oceny wniosków o dopuszczanie do udziału w postępowaniu, 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:……

Członkowie: ……

……