

Sygn. akt: KIO 2795/23

POSTANOWENIE
z dnia 6 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Adriana Urbanik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 6 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2023 r. przez wykonawcę **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych w Warszawie**

postanawia:

- 1. umorzyc postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie 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, 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 2795/23

Uzasadnienie

Zamawiający – **Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych w Warszawie**

prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605, z późn. zm. – dalej „ustawa Pzp”) pn: „Dostawa sprzętu i akcesoriów informatycznych”, numer referencyjny: 2613.16.2023.IT. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 czerwca 2023 r., za numerem 2023/S 122-385902.

W dniu 22 września 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** – dalej „Odwołujący”. Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od: czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Częściach nr 1, 2, 5 zamówienia; czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Częściach nr 1, 2, 5 zamówienia; ewentualnie – zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Arkus Marta Węgiel-Mandrak, Artur Mandrak s.c. z siedzibą ul. Żelazna 32, 41-800 Zabrze (zwana dalej „Arkus”) jako najkorzystniejszej w Części nr 1 i 5 zamówienia.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący postawił następujące zarzuty:

1. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego w Częściach numer 1, 2, 5 zamówienia, w sytuacji w której złożona oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, oraz poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,

2. zarzut ewentualny – zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Arkus, pomimo, że nie jest ona zgodna z warunkami zamówienia (dotyczy Części nr 1 i 5 zamówienia), a w konsekwencji zaniechanie unieważnienia postępowania w tych częściach zamówienia,

3. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w Częściach numer 1, 2, 5 zamówienia, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą (Część nr 1 i 5 – oferty Arkus, Część nr 2 – oferty Syriana Joanna Fischer), a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w Częściach numer 1, 2, 5 zamówienia,
- b) unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego w Częściach numer 1, 2, 5 zamówienia,
- c) dokonał ponownego badania i oceny ofert w Częściach numer 1, 2, 5 zamówienia, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, oraz dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,

d) ewentualnie – w przypadku uznania czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Części nr 1 i 5 zamówienia za prawidłową, dokonał odrzucenia oferty Arkus z przyczyn wskazanych w odwołaniu i unieważnił postępowanie w tych częściach zamówienia.

W dniu 3 października 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wraz z wnioskiem o:

1. uwzględnienie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach numer 1, 5 zamówienia,

2. oddalenie odwołania w części dotyczącej unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach numer 2 zamówienia,

3. oddalenie odwołania w części dotyczącej unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w częściach numer 1, 2, 5 zamówienia,

4. uwzględnienie odwołania w części dotyczącej dokonania ponownego badania

i oceny ofert w częściach numer 1, 5 zamówienia, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, oraz dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,

5. oddalenie odwołania w części dotyczącej dokonania ponownego badania i oceny ofert w częściach numer 2 zamówienia, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, oraz dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,

6. w zakresie zarzutu ewentualnego - częściowe uwzględnienie odwołania

w przedmiocie żądania ewentualnego Odwołującego w zakresie uznania odrzucenia oferty Odwołującego w częściach numer 1 i 5 za prawidłowe jednocześnie dokona odrzucenia oferty firmy Arkus w części 1 oraz 5.

W dniu 4 października 2023 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących Części nr 2 postępowania (Dostawa sprzętu i akcesoriów informatycznych dla CZC SZ). W związku z pismami Zamawiającego z dnia 2 i 3 października 2023 r., Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie Części nr 1 i 5 postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne

lub niedopuszczalne. W dniu 2 października 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu zawiadomienie, w którym poinformował o dokonaniu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach nr 1 i 5, której dokonał na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 12 września 2023 r. Zamawiający oświadczył jednocześnie, że przystępuje ponownie do oceny i badania złożonych ofert. Następnie, Zamawiający w dniu 3 października 2023 r., w odpowiedzi na skierowany poprzez platformę zakupową wniosek Odwołującego

o status czynności odrzucenia jego oferty, przekazał Odwołującemu kolejne pismo, w którym oświadczył, że wraz z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jednocześnie unieważnia czynności odrzucenia ofert w częściach nr 1 i 5, których dokonał na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 12 września 2023 r. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie części nr 1 i 5 postępowania, bowiem dalsze jego prowadzenie stało się zbędne oraz bezprzedmiotowe.

W zakresie dotyczącym części nr 1 i 5 postępowania zdaniem Odwołującego Izba nie będzie orzekać merytorycznie co do zarzutów przedstawionych w odwołaniu z uwagi na brak substratu zaskarżenia, na dzień dzisiejszy odwołanie dotyczy bowiem czynności już nieistniejących. Z uwagi na powyższe oraz ekonomikę postępowania odwoławczego, wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego oraz zniesienie terminu posiedzenia Izby w przedmiotowej sprawie.

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.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z unieważnieniem zaskarżonych czynności dotyczących części nr 1 i 5 postępowania zgodnie z żądaniem w odwołaniu 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.

Odwołujący w dniu 4 października 2023 r. złożył pismo procesowe oświadczając, że cofa wniesione odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących części nr 2 postępowania, a także wskazał na zbędność postępowania odwoławczego w zakresie części nr 1 i 5 postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia - na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp w odniesieniu do zarzutów odwołania dotyczących części nr 2 postępowania i art. 568 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do zarzutów odwołania dotyczących części nr 1 i 5 postępowania.

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. III CZP 55/18, w którym SN analizował rozbieżność orzecniczą 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 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 żądanego przez Odwołującego unieważnienia zaskarżonych czynności dotyczących części nr 1 i 5 postępowania, które w ocenie Izby czyni zadość postawionym w odwołaniu zarzutom w tym zakresie.

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 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 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, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN 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 unieważnienia zaskarżonych czynności dotyczących części nr 1 i 5 postępowania 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 1 i 2 ustawy Pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp. Na podstawie art. 574 ustawy pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonych wpisów w wysokości 15 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: