Sygn. akt: KIO 3519/23

POSTANOWIENIE

z dnia 7 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron w dniu **7 grudnia 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 listopada 2023 roku** przez wykonawcę **MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**(Przystępujący), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

postanawia:

1.Umorzyć postępowanie odwoławcze;

2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Odwołującego MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania;

3.znieść w pozostałym zakresie koszty między Stronami.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) na niniejsze postanowienie w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodnicząca:

……

Sygn. akt KIO 3519/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na *Zakup urządzeń telefonii komórkowej.* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15/09/2023 pod numerem 2023/S 178-559064.

Dnia 24 listopada 2023 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp", odwołanie złożył Wykonawca MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący". Odwołanie złożono w zakresie części nr 1 zamówienia (Zakup telefonów komórkowych).

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

a)czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Orange Polska S.A.

z siedzibą w Warszawie (zwana dalej „Orange") jako najkorzystniejszej,

b)zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Orange,

c)zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Bechtle Direct Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwana dalej „Bechtle"),

d) zaniechania dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

Odwołujący wskazywał na naruszenie następujących przepisów:

a)art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Orange i Bechtle, pomimo że ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

b)art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Orange, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b)odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Orange i Bechtle,

c)dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SWZ
i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie
z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Orange oraz oferty złożonej przez wykonawcę Bechtle, co w konsekwencji skutkowałoby przesunięciem oferty Odwołującego w rankingu złożonych ofert z trzeciej pozycji na pozycję pierwszą. Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający pismem z dnia 14 listopada 2023 r. zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę Orange. Odwołanie złożono więc
z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 6 grudnia 2023 roku Zamawiający złożył do Izby odpowiedź na odwołanie,
w której z jednej strony wskazywał, że uwzględnia odwołanie w całości, a z drugiej poinformował, że dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia oraz przystąpi do ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający w złożonym piśmie procesowym wskazywał, że zaistniał brak substratu zaskarżenia. Nowa czynność Zamawiającego podjęta w dniu 6 grudnia 2023 r., dokonana po wniesieniu odwołania, uczyniła zarzuty podniesione przez Odwołującego co najmniej przedwczesnymi, tudzież uczyniła je de facto bezprzedmiotowymi z uwagi na wyeliminowanie z obrotu czynności,
w konsekwencji zaskarżona czynność pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Jednocześnie wniosek o umorzenie postępowania złożył Odwołujący, wnosząc
o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Izba na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz dostępnej na stronie, na której prowadzone jest postępowanie ustaliła, że Zamawiający, poinformował Wykonawców w dniu 6 grudnia 2023 r., *że Zamawiający – Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych – informuje, że unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 14.11.2023 r. w zakresie części nr 1 postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup urządzeń telefonii komórkowej oraz przystępuje do ponownego badania i oceny ofert.*

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie,
w związku z dokonanymi czynnościami Zamawiającego może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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).

W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała
w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał nowych czynności, związanych
z zarzutami odwołania. Zamawiający zadecydował o konieczności powtórzenia czynności badania i oceny ofert, unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 1 zamówienia. O fakcie tym Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział
w postępowaniu, w tym Przystępującego do postępowania odwołaczego.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się

zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący. Dla składu orzekającego Izby oznacza to weryfikację (autokontrolę) wszystkich czynności, które dotychczas podjął w postępowaniu Zamawiający.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego.

A jednocześnie z dniem anulowania wyniku postępowania otwierał się wykonawcom ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności Zamawiającego. Podobnie jak w przypadku unieważnienia postępowania 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 odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu całego postępowania.

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 nowych czynności związanych z badaniem i oceną ofert, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu 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 przepisu ustawy Pzp – zbędne. Jest to nowa 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. Jednocześnie wynik czynności ponowionych przez Zamawiającego będzie stanowił podstawę do korzystania ze środków prawnych przez Wykonawców po jego ogłoszeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

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 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 w całości 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 Pzp Izba orzekała o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Pzp.

Przewodniczący:.

.....