

Sygn. akt: KIO 1947/22

POSTANOWIENIE
z dnia 10 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik – Zawalska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 10 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2022 r. przez wykonawcę:

Comarch Polska S.A. w Krakowie (Al. Jana Pawła II 39A) ubiegającego się o zamówienie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gmina Miasto Koszalin – Urząd Miejski (Rynek Staromiejski 6-7)

postanawia:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – **Comarch Polska S.A. w Krakowie** kwoty **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021, poz. 1129 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:

Sygn. akt KIO 1947/22

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gmina Miasto Koszalin – Urząd Miejski na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm., zwanej dalej Ustawą) w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, instalację i kompleksowe wdrożenie w Urzędzie Miejskim w Koszalinie, systemu do prowadzenia spraw z zakresu państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, udostępniania w sieci Internet danych przestrzennych i opisowych za pośrednictwem portalu mapowego, e-Uслуг, wraz z niezbędną do jego prawidłowego funkcjonowania infrastrukturą informatyczną, oraz wykonanie migracji i dostosowanie danych z obecnie eksploatowanych przez Zamawiającego baz danych (Numer referencyjny: BZP-6.271.1.26.2022.AP; Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 133-378552 w dniu 13.07.2022 r. oraz na platformie zakupowej zamawiającego), w dniu 25 lipca 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca - Comarch Polska S.A. w Krakowie od treści dokumentów zamówienia i ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia, sformułowanych niezgodnie z Ustawą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1) Ustawy – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskutek: a. braku określenia w SWZ ilości miesięcy realizacji wdrożenia Systemu (zamówienia, o którym mowa w § 2 pkt 1 – 11 Projektu umowy); b. braku określenia w SWZ ilości miesięcy realizacji wsparcia technicznego i asysty Systemu;
- 2) art. 240 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) w zw. z art. 241 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez dokonanie opisu kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium „Majątkowe prawa autorskie graficznego oprogramowania narzędziowego służącego do edycji map (P3)” w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nieproporcjonalny, a także z uwagi na fakt, że przedmiotowe kryterium wykazuje jedynie pozorny związek z przedmiotem zamówienia, a faktycznie dotyczy właściwości wykonawcy;

- 3) art. 439 Ustawy poprzez zaniechanie wprowadzenia do wzoru umowy postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w sytuacji, gdy przedmiotem umowy są usługi i umowa jest zawierana na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez:

- 1) określenie w SWZ ilości miesięcy realizacji wdrożenia Systemu (zamówienia, o którym mowa w § 2 pkt 1 – 11 Projektu umowy);
- 2) określenie w SWZ ilości miesięcy realizacji wsparcia technicznego i asysty Systemu;
- 3) usunięcie kryterium oceny ofert „Majątkowe prawa autorskie graficznego oprogramowania narzędziowego służącego do edycji map (P3)”;
- 4) wprowadzenie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Pismem z dnia 8 sierpnia 2022 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu i wniósł o umorzenie postępowania.

Zamawiający oświadczył, że dokonał stosownych modyfikacji dokumentów zamówienia, tj. Specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) : Modyfikacja 2 SWZ zawarta w Załączniku do pisma: Zapytania i odpowiedzi nr 2 + Modyfikacja 2 SWZ (wraz z załącznikami) z dnia 3 sierpnia 2022 r. opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym Prezydenta Miasta w dniu 4 kwietnia 2022 r. orasz wskazał, że konsekwencją ww. modyfikacji jest zmiana Ogłoszenia o zamówieniu, na dowód czego przedłożył Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia III wysłane do publikacji w Dz.U. UE w dniu 04.08.2022 r., udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania, na której udostępniane są zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia: <https://bip.koszalin.pl/przetarg/10942/bzp-6-271-1-26-2022-ap> po upływie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania ww. ogłoszenia. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia III zostanie opublikowane w Dz.U. UE w dniu 09.08.2022 r. patrz: potwierdzenie odebrania Ogłoszenia o zmianie ogłoszenia III. Zamawiający oświadczył, że modyfikacje w ww. zakresie oraz Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia III zostały udostępnione przez Zamawiającego Gminę Miasto Koszalin – Urząd Miejski w Koszalinie Wykonawcom, w tym Odwołującemu, w dniu 08.08.2022 r. na stronie internetowej: <https://bip.koszalin.pl/przetarg/10942/bzp-6-271-1-26-2022-ap> – pliki o nazwie: - Ogłoszenie

o zmianie ogłoszenia III;- Zapytania i odpowiedzi nr 2 + Modyfikacja 2 SWZ;- Załącznik nr 1 – Zmodyfikowany projekt umowy; - Załącznik nr 2 – Zmodyfikowany Formularz ofertowy.

W związku z odpowiedzią na odwołanie i dokonaniem przez Zamawiającego modyfikacji dokumentów zamówienia Odwołujący pismem z dnia 9 sierpnia 2022 r. wniósł o umorzenie postępowania i zwrot uiszczonej tytułem wpisu kwoty.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

W zakresie zarzutów odwołania Izba uznała, że postępowanie podlega umorzeniu jako bezprzedmiotowe.

Izba ustaliła, że żaden Wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze treść odwołania, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 8 sierpnia 2022 r. oraz pisma Odwołującego z dnia 9 sierpnia 2022 r. a także załączonych przez Zamawiającego dokumentów, w szczególności Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia III wraz z potwierdzeniem odebrania ogłoszenia, Zapytania i odpowiedzi nr 2 + Modyfikacja 2 SWZ, Załącznik nr 1 – Zmodyfikowany projekt umowy, Załącznik nr 2 – Zmodyfikowany Formularz ofertowy, potwierdzenie zamieszczenia ww. dokumentów na stronie internetowej postępowania, z które zaliczone zostały przez Izbę w poczet materiału dowodowego, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 sierpnia 2022 r. Izba stwierdziła, że zarzuty Odwołującego zostały uwzględnione przez Zamawiającego i wykonane zgodnie z żądaniem odwołania.

Izba uznała, że okoliczności zaistniałe po wniesieniu odwołania, w postaci dokonania przez Zamawiającego zmiany dokumentów postępowania oraz ogłoszenia o zamówieniu a następnie złożenia oświadczenia o charakterze procesowym o uwzględnieniu odwołania oraz potwierdzającego realizację przez Zamawiającego żądań pisma Odwołującego z wnioskiem o umorzenie postępowania, doprowadziły do bezprzedmiotowości postępowania. Z chwilą dokonania czynności w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego zarzuty odwołania utraciły swoją aktualność. Zamawiający modyfikując dokumenty postępowania i ogłoszenie o zamówieniu uczynił zadość żądaniom Odwołującego. Tym samym w dacie zamknięcia posiedzenia i wydania postanowienia prowadzenia postępowania odwoławczego było zbędne i bezprzedmiotowe.

Czynności Zamawiającego, stanowiące faktycznie odpowiedź na zarzuty odwołania, dokonane zostały przed otwarciem posiedzenia i złożeniem w tym zakresie oświadczenia o charakterze procesowym Krajowej Izbie Odwoławczej jako czynność procesowa strony mająca konsekwencje proceduralne w postępowaniu odwoławczym toczącym się przed Izba. W tej sytuacji nie mógł znaleźć zastosowania przepis art. 522 ust. 3 Ustawy, który dotyczy uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego będącej czynnością proceduralną, lecz norma art. 568 pkt 2 Ustawy.

Mając na uwadze nowe brzmienie przepisu art. 568 pkt 2 Ustawy, w którym wskazana została dodatkowa podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w przypadku *stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne*, należało uznać, iż opisany stan faktyczny w zakresie dokonanych przez Zamawiającego czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia wypełnia przesłankę innej przyczyny, niż spowodowana oświadczeniem odwołującego o wycofaniu odwołania w całości lub oświadczeniem zamawiającego o uwzględnieniu odwołania (również w części), prowadzącej do zbędności postępowania odwoławczego.

Stąd na posiedzeniu niejawnym, które odbyło się w dniu 10 sierpnia 2022 r., w związku z § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. poz. 2453) Izba w sytuacji opisanej w art. 568 pkt. 2 Ustawy, wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach w oparciu o art. 557 Ustawy oraz przepisy § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz.U. poz. 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę wpisu uiszczzonego w pełnej wysokości.

Przewodniczący: