

Sygn. akt: KIO 2556/22

## POSTANOWIENIE

z dnia 10 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, w dniu 10 października 2022 roku, w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 września 2021 roku** przez wykonawcę **Forscope a.s. w Brnie, Czechy**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Główny Inspektorat Farmaceutyczny w Warszawie**

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy **Forscope a.s. w Brnie, Czechy (Odwołujący)**
3. znieść w pozostałym zakresie koszty między stronami.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710), 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:**

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Główny Inspektorat Farmaceutyczny w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa licencji oprogramowania serwerowego na potrzeby Głównego Inspektoratu Farmaceutycznego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 września 2022 roku wykonawca Forscope a.s. w Brnie, Czechy (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) w zakresie:

a. pkt 1 *tiret* pierwsze Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) postawienia wymagania, aby dostarczone licencje (Windows DataCenter Server 2022) były nowe i nieużywane,

b. pkt 1 *tiret* drugie OPZ postawienia wymagania, aby dostarczone licencje (Microsoft Windows Server User CAL) były nowe i nieużywane,

c. pkt 2 lit. a. OPZ postawienia wymagania, aby wszystkie zakupione licencje były uwidocznione przez Wykonawcę w portalu Microsoft VLSC lub Microsoft Business Center lub innym portalu licencjonowania zbiorowego firmy Microsoft,

d. § 7 ust. 1 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy (dalej: „Umowa”), w zakresie zobowiązania Wykonawcy do złożenia oświadczenia i zagwarantowania, że Zamawiający w ramach wynagrodzenia wskazanego w §6 ust. 1 Umowy, uzyska prawa do korzystania z oprogramowania i jego aktualizacji wyłącznie na podstawie licencji;

II. w zakresie powyższych postanowień, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

a. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny, poprzez wymóg dostarczenia wyłącznie nowych i nieużywanych wieczystych licencji, podczas gdy uzasadnione potrzeby zamawiającego będą zrealizowane także w przypadku dostarczenia licencji na korzystanie z „używanego oprogramowania” spełniającego wymagania SWZ (tzw. *used soft*);

b. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego

traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny, poprzez wymóg uwidocznienia dostarczonych licencji wyłącznie w portalach Microsoft, podczas gdy jest to nieuzasadnione, gdyż zamawiający może posiadać wgląd w licencje oraz mieć możliwość zarządzania licencjami i oprogramowaniem również za pośrednictwem innych portali niż Microsoft;

c. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny, poprzez wymóg zapewnienia zamawiającemu prawa do korzystania z oprogramowania i jego aktualizacji wyłącznie na podstawie licencji, podczas gdy wyżej wskazane uprawnienia, określone w § 7 ust. 1 umowy mogą być zapewnione zamawiającemu na innych podstawach prawnych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 października 2022 roku wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na fakt, że w dniu 7 października 2022 roku dokonał czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 256 w zw. z art. 137 ust. 7 ustawy P.z.p.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

*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.

W konsekwencji, mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy P.z.p., umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy P.z.p. 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 ustawy P.z.p. Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu uiszczzonego wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

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

**Przewodnicząca:** .....