

Sygn. akt: KIO 560/18

POSTANOWIENIE
z dnia 11 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron w dniu 11 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2018 r. przez wykonawcę **Asseco Data Systems S.A., ul. Podolska 21, 81-321 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3/5, 01-748 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług ciągłości działania dla środowiska systemowego Mainframe” – (postępowanie znak TZ/271/4/18)

przy udziale wykonawcy **Centrum Udostępniania Dokumentów Spółka z o.o., ul. Farbiarska 7A, 02-862 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

przy udziale wykonawcy **IBM Polska Spółka z o.o., ul. Krakowiaków 32, 02-255 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze i znieść pomiędzy Stronami koszty postępowania odwoławczego,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Asseco Data Systems S.A., ul. Podolska 21, 81-321 Gdynia** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy), wniesioną przez Odwołującego tytułem wpisu.

Stosownie do treści art. 198 a i art. 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt KIO 560/18

UZASADNIENIE

postanowienia z dnia 11 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 560/18

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3/5, 01-748 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług ciągłości działania dla środowiska systemowego Mainframe” – (postępowanie znak TZ/271/4/18)

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 16.03.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 053 – 117548.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba ustaliła, że do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Jednocześnie w ramach przedmiotowego postępowania zastosowanie mają przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47).

W dniu **16.03.2018 r.** Zamawiający opublikował ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SIWZ.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26.03.2018 r.** w formie elektronicznej za pomocą ePUAP przez wykonawcę **Asseco Data Systems S.A., ul.**

Podolska 21, 81-321 Gdynia wobec treści postanowień Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia opublikowanych w dniu 16 marca 2018 r., dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa (zwanym dalej „Zamawiającym”), na „Świadczenie usług ciągłości działania dla środowiska systemowego Mainframe” - znak sprawy TZ/271/4/18.

1. Odwołujący wskazał, że niniejsze odwołanie wnoszone jest wobec treści postanowień Ogłoszenia oraz SIWZ, polegających na niezgodnym z przepisami ustawy PZP przygotowaniu i prowadzeniu postępowania.

2. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów PZP:

1) Zarzut nr 1 - naruszenie przepisów PZP to jest art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 41 pkt 7 - poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nadmiernych i nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do wymogu legitymowania się co najmniej trzyletnim doświadczeniem zawodowym w zakresie administrowania systemem zabezpieczenia ciągłości systemu w oparciu o GDPS/PPRC opisany szczegółowo w uzasadnieniu odwołania - to jest zdolności zawodowych, w tym wiedzy i doświadczenia oraz wymogów dotyczących personelu wykonawcy, co wyklucza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji;

2) Zarzut nr 2 - naruszenie przepisów PZP to jest art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 41 pkt 7 - poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nadmiernych i nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do wymogu legitymowania się przez osoby skierowane do realizacji zamówienia posiadaniem wykształcenia wyższego opisany szczegółowo w uzasadnieniu odwołania - to jest zdolności zawodowych, w tym wiedzy i doświadczenia oraz wymogów dotyczących personelu wykonawcy, co wyklucza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji.

3. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) zmiany w rozdziale 4 ust. 4.1.1.3. pkt 2 ppkt 6 SIWZ warunku dotyczącego udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie dotyczącym wykazania przez wykonawcę, że dysponuje lub będzie dysponował osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, na następujący warunek:

„co najmniej 2 (dwie) osobami do pełnienia funkcji Administratora systemem zabezpieczenia ciągłości systemu w oparciu o GDPS/PPRC, z których każda musi posiadać:

a) wykształcenie średnie;

b) co najmniej trzyletnie doświadczenie zawodowe w zakresie administrowania systemem zabezpieczenia ciągłości systemu w oparciu o PPRC, lub

c) trzyletnie doświadczenie zawodowe w zakresie technologii Parallel Sysplex, PPRC, Tivoli, lub ukończone szkolenie GDPS/PPRC (GDPS/PPRC Implementation Workshop).”

2) zmiany w rozdziale 4 ust. 4.1.1.3. pkt 2 ppkt od 2 do 6 SIWZ warunku dotyczącego udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie dotyczącym wykazania przez wykonawcę, że dysponuje lub będzie dysponował osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, na następujący warunek:

„1) ppkt 2 SIWZ - zastąpienie wymogu „wykształcenie wyższe” wymogiem „wykształcenie co najmniej średnie”,

2) ppkt 3 SIWZ - zastąpienie wymogu „wykształcenie wyższe” wymogiem „wykształcenie co najmniej średnie”,

3) ppkt 4 SIWZ - zastąpienie wymogu „wykształcenie wyższe” wymogiem „wykształcenie co najmniej średnie”,

4) ppkt 5 SIWZ - zastąpienie wymogu „wykształcenie wyższe” wymogiem „wykształcenie co najmniej średnie”,

5) ppkt 6 SIWZ - zastąpienie wymogu „wykształcenie wyższe” wymogiem „wykształcenie co najmniej średnie”.”

a ponadto:

3) opublikowanie ujednoliconego Ogłoszenia oraz SIWZ w przypadku uwzględnienia części lub całości zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu;

4) przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenia zmian w ofertach, zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 PZP.

4. W przypadku uwzględnienia wniesionego odwołania w całości lub w części, Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zgodnie z informacją znajdującą się w aktach sprawy Zamawiający poinformował pozostałych wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 26.03.2018 r. zamieścił na stronie internetowej kopię odwołania.

W dniu **27.03.2018** r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **Centrum Udostępniania Dokumentów Spółka z o.o., ul. Farbiarska 7A, 02-862 Warszawa**. Przystąpienie zostało podpisane przez p. Grzegorza Plucińskiego – prokurenta samoistnego. Powyższe ustalono na podstawie odpisu KRS z dnia 27.03.2018 r.

W dniu **28.03.2018** r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **IBM Polska Spółka z o.o., ul. Krakowiaków 32, 02-255 Warszawa**. Przystąpienie zostało podpisane przez p. Jarosława Szymczuka – członka Zarządu uprawnionego do samodzielnej reprezentacji. Powyższe ustalono na podstawie odpisu KRS z dnia 28.03.2018 r.

Wobec braku zgłoszenia opozycji i w wyniku spełnienia warunków formalnych przystąpienia ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Zamawiający pismem w niesionym w dniu w dniu 06.04.2018 r. (wpływ faksem DzK-KIO-5095/18) oraz w dniu 11.04.2017 r. (wpływ bezpośredni na rozprawie) wniósł odpowiedź na odwołanie uwzględniając zarzut nr 1 odnoszący się do wykształcenia osoby przewidzianej do realizacji przedmiotu zamówienia oraz w pozostałym zakresie wnosząc o jego oddalenie w całości. Jednocześnie Zamawiający w części dokonał modyfikacji treści SIWZ.

Wobec powyższej czynności, wykonawca IBM Polska Spółka z o.o., który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i stawił się na posiedzenie nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba w toku posiedzenia z udziałem stron stwierdziła niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego w dniu 04.04.2018 r. Przystępującego, tj. wykonawcy Centrum Udostępniania Dokumentów Spółka z o.o. (zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego) o terminie posiedzenia z udziałem stron (pismo z dnia 04.04.2018 r. znak UZP/DO/RO/4404/5992/18 – w aktach postępowania odwoławczego).

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów, w tym złożenia sprzeciwu wobec uwzględniania przez Zamawiającego w części zarzutów zawartych w odwołaniu. Jego niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyżej wywołuje negatywne skutki procesowe w postaci konieczności umorzenia postępowania odwoławczego.

Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawił się na posiedzenie Izby wyznaczone na 11 kwietnia 2018 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględniania przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów.

Tym samym w analizowanej sprawie podzielono stanowisko już uprzednio wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach, m.in. postanowieniu z dnia 7 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2214/16; postanowieniu z dnia 1 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2534/15); w postanowieniu z dnia 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), postanowieniu z dnia 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), postanowieniu z 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), postanowieniu z dnia 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10), postanowieniu z dnia 21 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1963/15) oraz postanowienia z dnia 25 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 700/17).

Dodatkowo Odwołujący pismem z dnia 10.04.2018 r. złożył oświadczenie woli (pismo zarejestrowane dnia 10.04.2018 r. DzK-KIO-5252/18), iż wobec publikacji przez Zamawiającego informacji o zmianie SIWZ i OPZ w dniu 06.04.2018 r. oraz odpowiedzią na odwołanie z dnia 06.04.2018 r., w której Zamawiający uznał zarzut nr 2, cofa wniesione odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i pozostałych żądań. Powyższe oświadczenie zostało podpisane przez p. A. D. i p. R. K. - członków Zarządu uprawnionych do łącznej

reprezentacji Odwołującego. Powyższe ustalono na podstawie dołączonego do odwołania odpisu KRS z dnia 23.03.2018 r.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne, Izba stwierdziła, że postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 2 i 3a ustawy Pzp koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Tym samym Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią 186 ust. 3a zdanie drugie ustawy Pzp zamawiający, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i nie wniesienia sprzeciwu przez Przystępującego, wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów reprezentacji przed Izbą złożonego na rozprawie (udokumentowany fakturą VAT – w aktach sprawy). Stosownie bowiem do treści § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47) *W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli odwołujący cofnął odwołanie, Izba zasądza koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego lub wnoszącego sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy.*

W ocenie Izby powyższy przepis należy rozumieć w ten sposób, że jedynie cofnięcie odwołania w tym samym dniu, co wyznaczony termin rozprawy może skutkować uwzględnieniem wniosku kosztowego. Dodatkowy argumentem przemawiającym za brakiem

przyznania kosztów jest fakt, iż Zamawiający w toku rozprawy potwierdził, że posiada informację odnoszącą się do wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego.

Tym samym orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie wskazanego wyżej art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp nakazała zwrot kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) z wpisu uiszczanego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący

.....

Członkowie:

.....

.....