

Sygn. akt: KIO 382/20

POSTANOWIENIE
z dnia 6 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 6 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2020 r. przez wykonawcę Asseco Poland S.A. w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Ministerstwo Finansów przy udziale wykonawcy SII Sp. z o.o. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz wykonawcy Asseco Poland S.A. w Rzeszowie kwoty 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) stanowiącej równowartość uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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:

.....

Uzasadnienie

postanowienia z dnia 6 marca 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 382/20

Zamawiający – Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zawarcie umowy ramowej na świadczenie usługi dot. wytwarzania lub wdrażania lub utrzymania systemów informatycznych przez wyspecjalizowany zespół informatyczny”, o numerze nadanym przez zamawiającego C/588/19/DI/B/483, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lutego 2020 r. pod numerem 2020/S 032-075246, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 24 lutego 2020 r. odwołanie wobec treści dokumentacji postępowania wniósł wykonawca Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (dalej zwany jako „odwołujący”), w którym postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 22 ust. 1a PZP poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (rozdział VIII SIWZ warunki udziału w postępowaniu pkt 3) w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwą konkurencję, co dotyczy wymogu wykazania się wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej 2 usług polegających na zapewnieniu zasobów ludzkich w branży IT, z których każda obejmowała łącznie co najmniej następujące specjalności: architekt IT, analityk biznesowy, analityk systemowy, programista, tester, o wartości usług co najmniej 500 000,00 zł brutto, dla każdej usługi, wraz z potwierdzeniem należytego wykonania tych prac. Podczas gdy wymóg posiadania referencji na udostępnienie zasobów ludzkich, akurat w takiej konfiguracji (architekt IT, analityk biznesowy, analityk systemowy, programista, tester), jest nadmiarowy i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia. Zdaniem odwołującego prowadzi do ograniczenia konkurencji;
2. art. 7 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 29 ust 1 i 2 PZP, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań dotyczących „wykazu osób” (załącznik

nr 1 do SIWZ) w sposób niekonkurencyjny i naruszający zasadę równego traktowania;

3. art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 140 ust. 1 PZP oraz art. 5 KC w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 353 zn. 1 KC w zw. z art. 471 KC w zw. z art. 473 KC w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP. Naruszenie powyższych przepisów może doprowadzić w konsekwencji do naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP. Poprzez określenie warunku odstąpienia od umowy wykonawczej (załącznik nr 2) w sposób arbitralny, obiektywnie nie weryfikowalny oraz uzależniony wyłącznie od woli Zamawiającego. W istotny sposób naruszający zasadę równego traktowania stron umowy;
4. art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Ustawy).

Wobec powyższego odwołujący wniósł o modyfikację treści dokumentacji postępowania w sposób wskazany w odwołaniu.

Ponadto skład orzekający stwierdził spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę SII Sp. z o.o., Al. Niepodległości 69, 02-626 Warszawa (dalej zwanego jako „przystępujący”) zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego, co nadaje mu status uczestnika postępowania.

Izba wskazuje dalej, że oświadczeniem z dnia 3 marca 2020 r. zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania, zaś odwołujący w dniu 4 marca 2020 r. wskazał, że wycofuje pozostałe, nieuwzględnione przez zamawiającego zarzuty. Oba stanowiska procesowe zostały złożone przez osoby właściwe umocowane do działania w imieniu stron i podtrzymane na posiedzeniu w dniu 6 marca 2020 r.

Zaznaczyć również wypada, że na wyznaczonym posiedzeniu z udziałem stron nie stawił się przystępujący, który został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia (zawiadomienie z dnia 2 marca 2020 r. w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W ocenie składu orzekającego zamawiający w sposób skuteczny oświadczył, iż uwzględnienia żądania modyfikacji treści SIWZ zawarte w zarzutach nr 1 i 3 oraz częściowo w zarzucie nr 2, zgodnie z zakresem określonym w swoim stanowisku procesowym, zaś odwołujący złożył skuteczne oświadczenie o wycofaniu pozostałych, nieuwzględnionych zarzutów. Natomiast na wyznaczonym posiedzeniu przystępujący nie stawił się.

Zdaniem składu orzekającego, w tym stanie rzeczy, moment zamknięcia posiedzenia stanowił termin stanowczy na złożenie oświadczenia o sprzeciwie, wobec częściowego

uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Posiedzenie jest etapem na którym zapada decyzja Izby o skierowaniu odwołania do rozpoznania na rozprawie, zaś do tego konieczne jest istnienie w sprawie sporu, który Izba może rozstrzygnąć. Wniesienie sprzeciwu przez przystępującego stanowi zatem *conditio sine qua non* kontynuacji postępowania odwoławczego w sytuacji, gdy zamawiający uznaje za zasadne zarzuty postawione przez odwołującego – ponieważ skutkiem prawnym braku sprzeciwu uczestnika postępowania jest materialny zanik sporu. Natomiast w kontrydiktoryjnym procesie przed Izbą istnienie sporu warunkuje możliwość wydania merytorycznego rozstrzygnięcia i wobec braku oświadczenia przystępującego o sprzeciwie, sprawa nie zostanie skierowana na rozprawę. Izba zatem zobligowana jest – w związku z brakiem możliwości wydania orzeczenia merytorycznego – do podjęcia rozstrzygnięcia formalnego, poprzez umorzenie postępowania odwoławczego.

Przystępujący nie stawiał się na posiedzeniu, co należało poddać ocenie przez przyzmat § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.), który stanowi, że „Niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.” Przepis ten na mocy § 3 przedmiotowego rozporządzenia stosuje się odpowiednio do posiedzeń. W ocenie składu orzekającego niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego przystępującego na posiedzeniu stanowi o *de facto* rezygnacji z czynnego uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym i stanowi o braku zgłoszenia sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia odwołania.

W wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w art. 186 ust. 3a p.z.p. i zobligowana była postępowanie umorzyć, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 p.z.p., który stanowi, iż w okolicznościach art. 186 ust. 3a p.z.p. koszty postępowania znosi się wzajemnie, zaś zwrotu kwoty uiszczonej z tytułu wpisu dokonano zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....