

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Jolanta Markowska
Małgorzata Matecka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 17 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2021 r. przez odwołującego: **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** (ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie** (Al. Jerozolimskie 94 00-807 Warszawa),

– zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego: wykonawca **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie** (Al. Jerozolimskie 179 (lok.poziom+5),

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze,
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** (ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów) (ul. Długosza 60, 51-162 Wrocław) **kwoty 13.500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu;**
3. Nie uwzględnia wniosku odwołującego: **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** (ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów) (ul. Długosza 60, 51-162 Wrocław) odnośnie zwrotu wpisu na jego rzecz w pełnej kwocie 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy).

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **do Sądu Okręgowego w Warszawie.**

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 28 stycznia 2021 r. przez wykonawcę: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie w przedmiocie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług wytworzenia, rozwoju i utrzymania Systemu iBTM”. Numer referencyjny: BDG.ZPB.230.53.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE. w dniu 23 grudnia 2020 roku pod numerem Dz.U./S S250 625164-2020-PL,

Odwołujący podniósł (zgodnie z pkt I odwołania) zarzuty wobec (..) *czynności Zamawiającego polegającej na: wyjaśnieniach z dnia 18.01.2021 r. - w zakresie pytań nr 71, 72, 81 - które w istocie oznaczają modyfikację SIWZ - poprzez wprowadzenie do przedmiotu zamówienia, obowiązku zapewnienia w ramach Infrastruktury programowo-sprzętowej (o której mowa w Części III SIWZ - OPZ Rozdz.ii) tzw. ośrodka zapasowego - przy jednoczesnym braku sformułowania szczegółowych wymagań co do składu oraz zasad funkcjonowania tego ośrodka zapasowego oraz braku przedłużenia terminu na składanie ofert, mimo istotności dokonanej zmiany*". Zarzucił Zamawiającemu (pkt II odwołania), że tą czynnością naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, a mianowicie: art. 7 ust.1, art. 29 ust. 1, 2, art. 36 ust. 1 pkt 3 oraz art. 43 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto wskazał, że w/w wady postępowania mogą doprowadzić do sytuacji, w której wszystkie oferty będą złożone w warunkach art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, co skutkować będzie koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) tej ustawy, albo też zaistnieje stan określony w jej art. 93 ust. 1 pkt 4).

Wskazując na powyższe (pkt III odwołania) wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Dokonanie modyfikacji SWIZ poprzez uzupełnienie treści SIWZ (CZ. III OPZ Rozdział II) o informacje dotyczące ośrodka zapasowego w zakresie:

- a) wymagań dotyczących infrastruktury sprzętowej składającej się na ośrodek zapasowy (czy np. sprzęt ma być dokładnym odwzorowaniem „jeden do jednego” sprzętu i oprogramowania standardowego użytego w ośrodku podstawowym);
- b) wymagań dotyczących system backupu w ośrodku zapasowym;
- c) określenia, które środowiska (produkcyjne, testowe, szkoleniowe) mają być posadowione w ośrodku zapasowym;
- d) określenia czy Zamawiający zapewnia mechanizm przełączenia pomiędzy ośrodkami połączeń Użytkowników, Instytucji Zew. do Systemu;
- e) zakresu i odpowiedzialności Wykonawcy za administrowanie ośrodkiem zapasowym;
- f) wymagań na poziom usług SLA dla ośrodka zapasowego;
- g) wymagań w zakresie dostępności i ciągłości działania ośrodka zapasowego;
- h) parametrów automatycznego przełączania m.in. SLA na czasy przełączania pomiędzy ośrodkami.

2. Przedłużenie terminu składania ofert co najmniej o 14 dni po dokonaniu przez Zamawiającego modyfikacji (uzupełnienia) SIWZ zgodnie z żądaniem III. 1.

Wskazał ponadto, że (...) Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż kwestionowany w Odwołaniu niezgodny z prawem kształt SIWZ powoduje, że Odwołujący, który jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia nie posiada wszystkich danych niezbędnych do przygotowania oferty. Odwołujący może zatem ponieść szkodę - nie będzie w stanie złożyć oferty i uzyskać zamówienia. Istnieje także ryzyko odrzucenia oferty, która może zostać uznana za nieodpowiadającą wymogom SIWZ oraz unieważnienia postępowania ze względu na niedoszacowanie budżetu przez Zamawiającego”.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Odwołujący w piśmie z dnia 5 lutego 2021 r. oznaczonym jako: „COFNIĘCIE ODWOŁANIA W CZĘŚCI NIEUWZGLĘDNIONEJ ORAZ WNIOSEK ODWOŁUJĄCEGO O UMORZENIE POSTĘPOWANIA” podał: „*Odwołanie z dnia 28 stycznia 2021 roku zostało wniesione wobec następującej czynności Zamawiającego:*

1. Wyjaśnień z dnia 18.01.2021 r. — w zakresie pytań nr 71, 72, 81 — które w istocie oznaczają modyfikację SIWZ — poprzez wprowadzenie do przedmiotu zamówienia, obowiązku zapewnienia w ramach Infrastruktury programowo-sprzętowej (o której mowa w Części III SIWZ — OPZ Rozdz.li) tzw. ośrodka zapasowego — przy jednoczesnym braku

sformułowania szczegółowych wymagań co do składu oraz zasad funkcjonowania tego ośrodka zapasowego,

2. braku przedłużenia terminu na składanie ofert, mimo istotności dokonanej zmiany.

Zamawiający w dniu 02 lutego 2021 roku dokonał modyfikacji treści SIWZ w części III SIWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (OPZ) pkt 4.5. Rozdział II infrastruktura programowo-sprzętowa ust. 2, 3 oraz 4 w zakresie objętym odwołaniem oraz przedłużył termin składania ofert do 18 lutego 2021 roku - co stanowi uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu 2. Dowód: Pismo Zamawiającego z 02 lutego 2021 roku.

Wobec powyższego Asseco Poland S.A..

a) w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej — wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego. Zamawiający nie złożył jednak oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w części, zatem w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż Zamawiający nie uwzględnił zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej, Odwołujący cofa odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej;

b) cofa odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2 powyżej;

c) wnosi o zwrot pełnej kwoty wpisu.”

Zamawiający w wykonaniu zarządzenia składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2021 r. na podstawie art. 536 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) oraz § 26 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453), „wezwany został do doręczenia do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedzi na odwołanie wniesione przez wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów) w dniu 28 stycznia 2021 r. sygn. akt KIO 307/21, w tym do wniosku tego wykonawcy z dnia 5 lutego 2021 r. w sprawie „Cofnięcia odwołania w części nieuwzględnionej oraz wniosek odwołującego o umorzenie postępowania” w terminie 3 dni od dnia doręczenia niniejszego wezwania”.

W odpowiedzi na to wezwanie Zamawiający podał, że wnosi o:

„1. Umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 3 Pzp w zw. z art. 522 ust. 3 PZP ewentualnie w razie uznania, iż nie zachodzą przesłanki dla umorzenia postępowania odwoławczego Zamawiający wnosi o:

2. Oddalenie odwołania w całości;

3. Przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odpowiedzi na odwołanie;

4. Obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego”.

W uzasadnieniu wskazał: „I. Odwołujący pismem w dniu 5.02.2021 r. złożył pismo zatytułowane „Cofnięcie odwołania w części nieuwzględniającej oraz wnioski Odwołującego o umorzenie postępowania”. Interpretując ww. pismo należy mieć na względzie zarówno tytuł pisma jak i wyrażoną w nim treść. Z tytułu pisma wynika, iż wolą Odwołującego jest cofnięcie postępowania w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego i umorzenie postępowania. Odwołujący poddaje w wątpliwość czy modyfikacje wprowadzone przez Zamawiającego stanowią uwzględnienie podniesionych zarzutów w całości. Wątpliwości Odwołującego są słuszne bowiem Zamawiający jedynie częściowo przychylił się do żądań wyrażonych przez Odwołującego w odwołaniu (szerzej na temat zakresu uwzględnienia zarzutów w części II uzasadnienia). W razie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż Zamawiający nie uwzględnił odwołania w całości Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w części nieuwzględnionej, co pozwala Krajowej Izbie Odwoławczej na zastosowanie przepisu art. 568 pkt 2 zw. z art. 522 ust. 3 Pn. Z treści pisma Odwołującego wynika, iż zdaniem Odwołującego postępowanie powinno zostać umorzone, zdanie to podziela również Zamawiający. Zdaniem Zamawiającego w przedmiotowej sprawie zachodzi przesłanka określona w przepisie art. 522 ust. 3 Pzp.

II. Z ostrożności na wypadek nie uwzględnienia przez skład orzekający argumentacji przedstawionej w cz. I uzasadnienia Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

I. Zamawiający informuje, że w dniu 02.02.2021 r. dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszącej się wprost do zarzutów nr I i II odwołania wniesionego przez Asseco Poland S.A. Dowód: 1) kopia modyfikacji SIWZ z dnia 02.02.2021 r. wraz z potwierdzeniem zamieszczenia na Platformie Zakupowej Zamawiającego. 2) Informacja o zmianie treści ogłoszenia została zamieszczona na Platformie Zakupowej Zamawiającego.

Dowód: 1) kopia Sprostowania, Ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji przekazanego do publikacji w dniu 02.02.2021r. wraz z potwierdzeniem zamieszczenia na stronie Platformy Zakupowej Zamawiającego; 2) kopia opublikowanego Sprostowania, Ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji Nr 202 vs 025-062039 z dnia 05.02.2021 r.

3. Wskazany w odwołaniu zarzut nr I wobec dokonania zmian treści SIWZ w dniu 02.02.2021 r. jest nieuzasadniony. Wprowadzone zmiany w sposób istotny doprecyzowują wymagania Zamawiającego w zakresie zapewnienia w ramach Infrastruktury programowo-sprzętowej (o której mowa w Części III SIWZ — OPZ Rozdz. II) dwóch ośrodków przetwarzania danych: podstawowego i zapasowego zgodnie z wnioskiem Odwołania.

Odwołujący podnosi w odwołaniu m.in., że nie wie czy drugi ośrodek ma być dokładnym odwzorowaniem podstawowego. Zamawiający wskazał już w ramach odpowiedzi udzielonych w dniu 18.01.2021 r. a konkretnie w odpowiedzi na pytanie nr 83, że środowiska testowe i szkoleniowe muszą zostać przygotowane w I ośrodku przetwarzania.

Jeżeli zaś chodzi o zakres i odpowiedzialność Wykonawcy za administrowanie ośrodkiem zapasowym to w rozdziale IX część III SIWZ jest mowa o administracji wszystkimi elementami wchodzącymi w skład Systemu iBTM w szczególności punkty:

3.2. Prace administracyjne, serwisowe i konserwacyjne wszystkich składowych iBTM (w tym administrowanie systemami operacyjnymi oraz zarządzanie uprawnieniami);

3.8 Prace polegające na zarządzaniu infrastrukturą serwerową i teleinformatyczną z której korzysta iBTM.

Zamawiający stoi na stanowisku, że zmodyfikowane zapisy SIWZ oraz udzielone odpowiedzi na pytania oferentów pozwalają na wykonanie kalkulacji ceny oferty w sposób należyty. Dokonując modyfikacji Zamawiający nie uwzględnił żądania dotyczącego wskazania szczegółowych parametrów sprzętowych, gdyż zapisy SIWZ nie narzucają Wykonawcy technologii, której wybór ma bezpośredni wpływ na zastosowaną infrastrukturę teleinformatyczną celem spełnienia wymagań m. in. wydajnościowych stawianych przez Zamawiającego. Odwołanie w tym zakresie powinno zatem ulec oddaleniu.

4. Zarzut nr II odwołania wobec dokonania zmian treści SIWZ w dniu 02.02.2020 r. jest nieuzasadniony. Termin składania ofert został przesunięty na dzień 18.02.2021 r. tj. zachowany został min. 15 dniowy termin od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej do dnia składania ofert, o którym mowa w art. 12a ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, z późn. zm.).

III. W związku z powyższym Zamawiający wnosi umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 3 Pzp, ewentualnie w razie przyjęcia, iż ww. przepis nie znajduje zastosowania Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania”.

Ponadto Zamawiający, przesyłając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w piśmie z dnia 11 lutego 2021 r. jednocześnie poinformował Prezesa KIO, że wykonawca: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie „wycofał w dniu 05.02.2021 r. złożone odwołanie, a kopia wycofania stanowi załącznik do pisma. Jednocześnie informuję, iż w zakresie zarzutów przedstawionych w odwołaniu Zamawiający dokonał stosownej modyfikacji SIWZ w dniu 02.02.2021 r.”

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r.

(dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp).

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 28 stycznia 2021 r. Izba zatem wydając postanowienie w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r.

Mając na uwadze oświadczenie wykonawcy złożone w piśmie z dnia 5 lutego 2021 r. i wskazane okoliczności Izba uznała, że w tej sprawie nastąpiło cofnięcie odwołania, a oświadczenie w tej sprawie skutecznie zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego i na podstawie art. 520 ust. 1 i art. 568 pkt 1 n_Pzp z dnia 11 września 2019 r. postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 n_Pzp z dnia 11 września 2019 r. odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Art. 568 pkt 1 wskazanej ustawy stanowi, że w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowania odwoławcze w formie postanowienia.

Wskazywany przez Zamawiającego art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 3 ustawy z dnia 11.09.2019 r n_Pzp ma zastosowanie tylko w przypadku gdy zamawiający uwzględni w części zarzuty odwołania i oświadczenie o takiej treści składa w odpowiedzi na odwołanie.

Zgodnie bowiem z art. 522 ust.3 n_Pzp: *„3. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów”.*

Z kolei art. 568 pkt 3 n Pzp stanowi: „Art. 568. Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (...) o którym mowa w art. 522”.

W niniejszej sprawie Zamawiający nie składał oświadczenia, o którym mowa w art. 522 ust.3 n_Pzp. W odpowiedzi z dnia 12 lutego 2021r. m.in. w jego punkcie III podaje, że (...) *stoi na stanowisku, że zmodyfikowane zapisy SIWZ oraz udzielone odpowiedzi na pytania oferentów pozwalają na wykonanie kalkulacji ceny oferty w sposób należyty. Dokonując modyfikacji Zamawiający nie uwzględnił żądania dotyczącego wskazania szczegółowych parametrów sprzętowych, gdyż zapisy SIWZ nie narzucają Wykonawcy technologii, której wybór ma bezpośredni wpływ na zastosowaną infrastrukturę teleinformatyczną celem spełnienia wymagań m. in. wydajnościowych stawianych przez Zamawiającego. Odwołanie w tym zakresie powinno zatem ulec oddaleniu*”.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 nPzp z dnia 11 września 2019 r. oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a 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. z 2020 r., poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją wskazanego art. 557 w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a ww. rozporządzenia w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania, najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego, odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Tym samym Izba, uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu od odwołania uiszczanego w przedmiotowej sprawie w wysokości 15.000 zł.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego odnośnie zwrotu wpisu na jego rzecz w pełnej kwocie 15.000 zł, ponieważ w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki ze wskazanego § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a ww. rozporządzenia z uwagi – według ustaleń Izby - na cofnięcie odwołania. Z kolei zwrot wpisu w pełnej wysokości reguluje § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) i lit. b) rozporządzenia, zgodnie z którym możliwe jest orzeczenie o zwrocie wpisu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych w pełnej kwocie.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....

.....

.....