

Sygn. akt KIO 2344/19

POSTANOWIENIE
z dnia 29 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu w Warszawie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 29 listopada 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2019 r. przez wykonawcę: **Hardsoft-Telekom J. K.k** (ul. Namysłowska 17/19, 60-166 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kancelaria Sejmu** (ul. Wiejska 4/6/8 00-902 Warszawa),

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Hardsoft-Telekom J. K.** (ul. Namysłowska 17/19, 60-166 Poznań) kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 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**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Kancelaria Sejmu z siedzibą w Warszawie, którego przedmiotem jest: „System kontroli dostępu NAC, dostarczony w postaci 2 maszyn wirtualnych w formacie OVF pracujących w klastrze niezawodnościowym (zapewniającym współdzielenie licencji), wraz z licencjami umożliwiającymi obsługę przynajmniej 2000 jednocześnie podłączonych agentów skanujących stacje robocze, pracujące pod systemami operacyjnymi MS Windows 7/8/10 oraz MAC OS i co najmniej 5000 jednocześnie podłączonych urządzeń („endpoints”). Numer referencyjny: BIT - 3021-80/19(AP). Ogłoszenie zostało zamieszczone w dniu 8 listopada 2019 r. w DZ. Urz. UE Numer: 2019/S 216-529607. Wnoszący odwołanie wykonawca - Hardsoft-Telekom J. K. z siedzibą w Poznaniu (Odwołujący) zarzucił Zamawiającemu sformułowanie treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) w sposób niezgodny z przepisami Pzp w zakresie warunków udziału w postępowaniu w Sekcji III Ogłoszenia o zamówieniu w pkt. III.1.3) podpunkt 1) oraz w pkt. 2.2.3. SIWZ, z uwagi na określenie, że:

- 1) co najmniej jedna dostawa systemów kontroli dostępu NAC o wartości co najmniej 600 000 PLN brutto (której wykazanie stanowi warunek udziału w postępowaniu) powinna dotyczyć sprzętu i/lub oprogramowania pochodzącego od producentów zaoferowanego w niniejszym postępowaniu rozwiązania (co oznacza, iż Zamawiający wymaga, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali doświadczenie w postaci dokonania dostawy takiego samego systemu NAC, który ma być przez danego wykonawcę dostarczony i wdrażany w ramach Zamówienia):
 - 2) dwie dostawy systemów kontroli NAC, które wykonawcy mają w obowiązku wykazać w ramach doświadczenia, są o wartości co najmniej 600 000 PLN (brutto) każda z nich;
- co oznacza ustalenie nadmiernych i nieproporcjonalnych wymagań przez Zamawiającego w stosunku do doświadczenia jakim winien się legitymować wykonawca - które to wymagania dodatkowo nie są niezbędne dla osiągnięcia celu Zamawiającego w postaci oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Zdaniem Odwołującego taki opis warunków powoduje w szczególności naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 Pzp - określenie w Sekcji III Ogłoszenia o zamówieniu w pkt. III.1.3) podpunkt 1) oraz w pkt. 2.2.3. SIWZ warunków odnoszących się do zdolności technicznej i zawodowej w sposób

nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i określenie warunku nadmiernego, obejmującego doświadczenie tożsame z przedmiotem zamówienia, w sytuacji, gdy nie jest to konieczne dla realizacji ustawowego celu wynikającego z art. 22 ust. 1a PZP, co prowadzi do ograniczenia uczciwej konkurencji — w zakresie w jakim Zamawiający wymaga, aby co najmniej jedna dostawa systemów kontroli dostępu NAC o wartości co najmniej 600 000 PLN brutto (której wykazanie stanowi warunek udziału w postępowaniu) powinna dotyczyć sprzętu i/lub oprogramowania pochodzącego od producentów zaoferowanego w niniejszym postępowaniu rozwiązania.

- 2) art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 Pzp - opisanie w Sekcji III Ogłoszenia o zamówieniu w pkt. III. 1.3) podpunkt 1) oraz w pkt. 2.2.3. SIWZ warunków odnoszących się do zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i określenie warunku nadmiernego obejmującego zbyt wysoką wartość dostaw - w sytuacji, gdy nie jest to konieczne dla realizacji ustawowego celu wynikającego z art. 22 ust. 1a PZP, co prowadzi do ograniczenia uczciwej konkurencji - w zakresie w jakim Zamawiający wymaga, aby dwie dostawy systemów kontroli NAC, które wykonawcy mają w obowiązku wykazać w ramach doświadczenia, były o wartości co najmniej 600 000 PLN (brutto) każda z nich.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści punktu III.1.3) podpunkt 1) Sekcji III Ogłoszenia o zamówieniu oraz punktu 2.2.3. SIWZ poprzez:

- a) wykreślenie warunku, iż wykonawca powinien wykazać, że co najmniej jedna dostawa systemów kontroli dostępu NAC spośród dostaw wykazywanych przez wykonawcę, o wartości co najmniej 600 000 PLN brutto, powinna dotyczyć sprzętu i/lub oprogramowania pochodzącego od producentów zaoferowanego w przedmiotowym postępowaniu rozwiązania, co oznacza wykreślenie następującego fragmentu ww. postanowień: „Co najmniej jedna dostawa tych systemów powinna dotyczyć sprzętu i/lub oprogramowania pochodzącego od producentów zaoferowanego w niniejszym postępowaniu rozwiązania
- b) zmianę warunku, iż „Wykonawca powinien wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 dostawy systemów kontroli dostępu NAC o wartości co najmniej 600 000 PLN (brutto) każdej z nich” na następujący warunek: „Wykonawca powinien wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 dostawy systemów kontroli dostępu NAC o łącznej wartości co najmniej 600 000 PLN (brutto)”.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia (zarówno po stronie zamawiającego jak i odwołującego, stosownie do wymagań wynikającym z art. 185 ust.2 ustawy Pzp) nie zgłosił żaden z wykonawców.

Zamawiający w piśmie z dnia 27 listopada 2019 r. **w odpowiedzi na odwołanie** (wskazując na art. 186 ust.1 ustawy Pzp) wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu z jego punktu 1 oraz oświadczył, że uwzględni zarzut wymieniony w punkcie 2 odwołania. Podał odnośnie uwzględnionego zarzutu, że zmodyfikował doświadczenie jakim powinien legitymować się Wykonawca, określony w SIWZ w pkt 2.2.3 ppkt 1 Rozdziału I. Podał również, że: „Zmiana treści ogłoszenia oraz treści SIWZ zostały opublikowane w dniu 27.11.2019 r. Zamawiający zdecydował też, że niezbędne jest przedłużenie terminu składania ofert, który obecnie został ustalony na dzień 16.12.2019 r.”

Odwołujący w piśmie z dnia 28 listopada 2019 r. oświadczył, że cofa odwołanie wniesione pismem z dnia 18 listopada 2019 r. z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w tej sprawie. Wskazał również: *„Mając na uwadze wycofanie przez Odwołującego pozostałych zarzutów odwołania i treść § 5 ust.1 pkt 2 lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania z dnia 15 marca 2010 r. ponadto wnoszę o:*

2) dokonanie zwrotu wpisu wniesionego wraz z wniesieniem przedmiotowego odwołania, przelewem na rachunek bankowy Odwołującego (rachunek bankowy z którego nastąpiła wpłata) (...).

Izba,

Mając na uwadze stan faktyczny sprawy, postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego w tej sprawie na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem: *„W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie 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 (...). W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów”.* Analogiczna

regulacja zawarta jest we wskazanym przez Odwołującego § 5 ust.1 pkt 2 lit. a) rozporządzeniu 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)

Izba postanowiła także o zwrocie całej kwoty wpisu, na rzecz Odwołującego. Zgodnie bowiem z art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz w związku ze wskazaną przez Odwołującego regulacją zawartą w § 5 ust.1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia 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) koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa m.in. w ust. 3a wskazanego powyżej przepisu, znosi się wzajemnie.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....