

POSTANOWIENIE
z dnia 11 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Michał Pawłowski
Katarzyna Dorota Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 11 maja 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olechowa 14, 35-322 Rzeszów (adres do korespondencji: Asseco Poland S.A., ul. Branickiego 13, 02-972 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa**

przy udziale:

1. wykonawcy **DXC Technology Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
2. wykonawcy **Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 39A, 02-844 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 2, 2A i 3, tj.:
 - a) zarzutu dotyczącego zmiany nr 3, pkt 3 dotyczącej umowy pkt 8.13, 8.14, 8.15 (zarzut 2);
 - b) zarzutu ewentualnego dotyczącego zmiany nr 3, pkt 3 dotyczącej umowy pkt 8.13, 8.14, 8.15 (zarzut 2A);
 - c) zarzutu dotyczącego Ogłoszenia – pkt II.2.5) „Kryteria udzielenia zamówienia” oraz SWZ – Rozdział XI. „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (zarzut 3);

2. Odrzuca zarzut 1 dotyczący zmiany I pkt 5 dotyczącej załącznika 4A do umowy – punktu 5.3.1. (zarzut 1).
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olechowa 14, 35-322 Rzeszów (adres do korespondencji: Asseco Poland S.A., ul. Branickiego 13, 02-972 Warszawa)** i:
 - a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olechowa 14, 35-322 Rzeszów (adres do korespondencji: Asseco Poland S.A., ul. Branickiego 13, 02-972 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 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.) 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

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 listopada 2021 r., nr 2021/S 232 – 611459.

W dniu 21 kwietnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Asseco S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu modyfikacji treści warunków zamówienia w dokumentach zamówienia, w tym Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, oraz załącznikach z naruszeniem przepisów prawa. Postanowienia SWZ objęte odwołaniem Odwołujący wskazał szczegółowo w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku art. 16 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny, niewystarczający, niepełny, niejasny, który uniemożliwia przygotowanie oferty, co stanowi prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności oraz zasady przejrzystości,
- b. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. art. 431 ustawy Pzp oraz w związku art. 16 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez poszanowania zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy, w celu należytej realizacji umowy, co stanowi prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności oraz zasady przejrzystości,
- c. art. 436 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku art. 16 ustawy Pzp poprzez niedookreślenie warunków zapłaty wynagrodzenia, co

stanowi prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności oraz zasady przejrzystości,

d. art. 439 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 436 pkt 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 431 ustawy Pzp oraz w związku art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie postanowień umowy z naruszeniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, co stanowi prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności oraz zasady przejrzystości,

e. art. 240 ust. 2 ustawy Pzp i art. 239 ust. 2 Pzp w związku art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert w taki sposób, iż oferta najkorzystniejsza może nie przedstawiać najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny oraz z naruszeniem zasady proporcjonalności i zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł także, że szczegółowe przypisanie naruszenia przepisów prawa zostało dokonane w uzasadnieniu odwołania, osobno w każdym zarzucie.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) dokonanie modyfikacji Ogłoszenia i Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu – w sposób szczegółowy opisany w uzasadnieniu w odniesieniu do każdego zarzutu;
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Izbą.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu odwołania, że zarzuty dotyczą następujących zmian SWZ:

1. zarzut 1 dotyczący zmiany I pkt 5 dotyczącej załącznika 4A do umowy –punktu 5.3.1;
2. zarzut 2 dotyczący zmiany nr 3, pkt 3 dotyczącej umowy pkt 8.13, 8.14, 8.15;
3. zarzut 2A – zarzut ewentualny dotyczący zmiany nr 3, pkt 3 dotyczącej umowy pkt 8.13, 8.14, 8.15;
4. zarzut 3 dotyczący Ogłoszenia – pkt II.2.5) „Kryteria udzielenia zamówienia” oraz SWZ – Rozdział XI. „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (zarzut 3).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, modyfikacje SWZ oraz udzielone wyjaśnienia do SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz

Przystępującego złożone podczas posiedzenia niejawnego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców: DXC Technology Polska Sp. z o.o. i Comarch Polska S.A. do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopią dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron oraz Przystępujących wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony oraz Przystępującego do protokołu posiedzenia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący w dniu 11 maja 2022 r. cofnął na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron zarzut 2, 2A i 3, tj.:

- 1) zarzut dotyczący zmiany nr 3, pkt 3 dotyczącej umowy pkt 8.13, 8.14, 8.15 (zarzut 2);
- 2) zarzut ewentualny dotyczący zmiany nr 3, pkt 3 dotyczącej umowy pkt 8.13, 8.14, 8.15 (zarzut 2A);
- 3) zarzut dotyczący Ogłoszenia – pkt II.2.5) „Kryteria udzielenia zamówienia” oraz SWZ – Rozdziału XI. „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (zarzut 3).

Wobec powyższego odwołanie w tym zakresie zostało umorzone.

Izba odrzuciła zarzut 1 dotyczący zmiany I pkt 5 dotyczącej załącznika 4A do umowy –punktu 5.3.1. Zarzut ten dotyczy bowiem czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby (wyrok z dnia 4 lutego 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 3579/21, KIO 3587/21 i KIO 3589/21). Zamawiający, dokonując modyfikacji treści SWZ, dokonał w istocie wydłużenia terminu przewidzianego w treści SWZ obowiązującej uprzednio i będącej przedmiotem oceny Izby we wskazanym wyżej postępowaniu. Argumenty podnoszone przez Odwołującego są natomiast polemiką z treścią sentencji wyroku Izby oraz jego uzasadnienia we wskazanej wyżej sprawie i zmierzają do rozszerzenia nakazanej przez Izbę modyfikacji. Niezależnie od powyższego Zamawiający, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego w dniu 10 maja 2022 r. dokonał kolejnej modyfikacji SWZ, w której usunął wskazywany przez

Odwołującego problem, który – zdaniem Odwołującego - ewentualnie może się pojawić, choć nie dotyczy ona wprost nakazanej przez Izbę zmiany. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten podlega odrzuceniu.

Dlatego też postanowiono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 3 pkt 2) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....