

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 5 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 r. przez wykonawcę Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia 134 ust. 1 pkt 17 i 18 w związku z 99 ust. 1 w związku z 239 oraz art. 240 w związku z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych,
- 2. odrzucić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 135 ust. 2 w związku z art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych,
- 3. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

14 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o tytule „Dostawa infrastruktury hiperkonwergentnej wraz z oprogramowaniem” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (dalej jako „Zamawiający”), na „zaniechanie zmiany Formularza oferty (dla części A) stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ” oraz „zaniechanie udzielenia jednoznacznej odpowiedzi na pytanie 41 i udzielenie odpowiedzi zdawkowej, niejednoznacznej”. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu „zmiany Formularza ofertowego poprzez jednoznaczne wyodrębnienie (dla wykonawców, którzy oferują subskrypcje) miejsca na wpisanie jednej ceny dla subskrypcji” oraz „wyjaśnienia treści SWZ poprzez udzielenie jednoznacznej (TAK/NIE) odpowiedzi na pytanie nr 41”.

4 listopada 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że „uwzględnił zarzut 1 odwołania”, oraz wskazał, że „dokonał zmiany treści SWZ pismem nr 993200.271.IN-922.2024 w sprawie modyfikacji SWZ, udostępnionym na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 24.10.2024 r. Na mocy modyfikacji nr 1 zawartej w przedmiotowym piśmie, w Załączniku nr 1 do SWZ „Formularz oferty”, w pkt 4 „Formularz Cenowy Część A zamówienia” dokonano zmiany nazwy w kolumnie 1 w pozycji 3 (Lp. 3) oraz usunięto pozycję nr 5 (Lp. 5)”. Zamawiający złożył do akt sprawy pismo nr 993200.271.IN-922.2024 zatytułowane „Modyfikacje treści SWZ” o treści „Zamawiający informuje, że w przedmiotowym postępowaniu, w trybie art. 137 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), dokonuje następujących zmian treści Specyfikacji Warunków Zamówienia – dalej: „SWZ”: Modyfikacja nr 1: W Załączniku nr 1 do SWZ „Formularz oferty”, w pkt 4 „Formularz Cenowy Część A zamówienia” dokonuje się zmiany nazwy w kolumnie 1 w pozycji 3 (Lp. 3) oraz usuwa się pozycję nr 5 (Lp. 5), w związku z czym Formularz cenowy dla Części A zamówienia, przyjmuje następujące brzmienie:

4. FORMULARZ CENOWY Część A zamówienia

	1	2	3	4	5	6	7	8
Lp.	Zakres	Ilość	Jednostka	Cena jednostkowa netto (bez podatku VAT) w PLN	Stawka podatku VAT w %	Cena jednostkowa brutto (z podatkiem VAT) w PLN (kol. 4 x kol. 5)	Wynagrodzenie netto (bez podatku VAT) w PLN (kol. 2 x kol. 4)	Wynagrodzenie brutto (z podatkiem VAT) w PLN (kol. 2 x kol. 6)
1	Serwery z oprogramowaniem wbudowanym Producent.....* Model.....* Zestaw składa się z 3 Serwerów	44	Zestaw	*.....	*.....	*.....	*.....	*.....
2	Przełącznik 25 Gb/s Ethernet Producent.....* Model.....* Zestaw składa się z 2 Przełączników	44	Zestaw	*.....	*.....	*.....	*.....	*.....
3	Oprogramowanie do wirtualizacji przestrzeni dyskowej (licencje lub subskrypcje) wraz z 46 miesięczną usługą opieki serwisowej Producent.....* Nazwa oprogramowania.....*		Sztuka	*.....	*.....	*.....	*.....	*.....
4	Usługa Opieki Serwisowej dla Urządzeń (pozycja 1 i pozycja 2)	46	Miesiąc	*.....	*.....	*.....	*.....	*.....
5	Usługa Opieki Serwisowej dla Oprogramowania do wirtualizacji	46	Miesiąc	*.....	*.....	*.....	*.....	*.....
6-5	Warsztaty	40	Godzina	*.....	*.....	*.....	*.....	*.....

7-6	Konsultacje	240	Roboczo godzina	*.....	*.....	*.....	*.....	*.....
Całkowita cena oferty (suma wartości z wierszy 1 – 6 7, kolumna 7 i 8)							*.....	*.....

(...) [zmiany oznaczone pogrubieniem – [przyp. KIO]]”.

Zgodnie z art. 568 pkt 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) „Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne”.

W ocenie Izby w sytuacji, gdy Zamawiający dokonał ww. zmiany w pkt 4 „Formularz Cenowy Część A zamówienia” załącznika nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) „Formularz oferty”, zbędne stało się dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu naruszenia 134 ust. 1 pkt 17 i 18 w związku z 99 ust. 1 w związku z 239 oraz art. 240 w związku z art. 16 Pzp, w ramach którego miałyby być oceniana zgodność z przepisami Pzp „zaniechania zmiany Formularza oferty (dla części A) stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ” w zakresie braku „jednoznacznego wyodrębnienia (dla wykonawców, którzy oferują subskrypcje) miejsca na wpisanie jednej ceny dla subskrypcji”.

Jak wynika z treści odwołania, żądanie „zmiany Formularza ofertowego poprzez jednoznaczne wyodrębnienie (dla wykonawców, którzy oferują subskrypcje) miejsca na wpisanie jednej ceny dla subskrypcji” Odwołujący uzasadniał tym, że „niezmieniony przez Zamawiającego Formularz oferty dla części A nakłada na wykonawcę obowiązek wpisania cen odrębnie za „Oprogramowanie do wirtualizacji przestrzeni dyskowej” (wiersz 3) oraz za „Usługę Opieki Serwisowej dla Oprogramowania do wirtualizacji” (wiersz 5). Takie rozbieżności cen nie ma racji bytu, w sytuacji gdy wykonawca oferuje subskrypcje, które obejmują zarówno czasowe uprawnienie do korzystania z oprogramowania do wirtualizacji przestrzeni dyskowej, jak i nierozdzielnie z nim związaną usługę wsparcia technicznego producenta (spełniającego wymogi usługi opieki serwisowej dla oprogramowania do wirtualizacji), a które stanowią 1 (jeden) produkt producenta (posiadający jeden tzw. Part Number) – który w ramach realizacji zamówienia jest odsprzedawany Zamawiającemu.”

Nie ulega wątpliwości, że na skutek powyższych zmian w pkt 4 „Formularz Cenowy Część A zamówienia” załącznika nr 1 do SWZ „Formularz oferty” wykonawca nie będzie zmuszony (a nawet nie będzie uprawniony) do „wpisania cen odrębnie za „Oprogramowanie do wirtualizacji przestrzeni dyskowej” (wiersz 3) oraz za „Usługę Opieki Serwisowej dla Oprogramowania do wirtualizacji” (wiersz 5)”, a „wykonawca, który oferuje subskrypcje”, będzie zobowiązany w formularzu oferty, sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, wpisać „jedną cenę dla subskrypcji”.

Mając na względzie, że w sytuacji, gdy dalsze postępowanie odwoławcze stało się z innej przyczyny zbędne, art. 568 pkt 2) Pzp uprawnia Izbę do umorzenia tego postępowania w całości, wnioskowanie na zasadzie a maiori ad minus uzasadnia przyjęcie, że w przypadku, gdy dalsze postępowanie odwoławcze stało się z innej przyczyny zbędne w zakresie części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, przepis ten uprawnia Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego jedynie w zakresie tych zarzutów.

Wobec powyższego w pkt 1. postanowienia Izba na podstawie art. 568 pkt 2) Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia 134 ust. 1 pkt 17 i 18 w związku z 99 ust. 1 w związku z 239 oraz art. 240 w związku z art. 16 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 135 ust. 2 w związku z art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz art. 99 ust. 1 Pzp odwołanie podlegało natomiast odrzuceniu.

Aczkolwiek zarzut ten został sformułowany jako zarzut wobec „zaniechania udzielenia jednoznacznej odpowiedzi na pytanie 41 i udzielenie odpowiedzi zdawkowej, niejednoznacznej”, to z treści odwołania wynika, że okolicznością faktyczną uzasadniającą wniesienie odwołania w zakresie tego zarzutu jest to, że w świetle treści postanowienia, którego dotyczyło zacytowane w odwołaniu pytanie nr 41 (rozdział 1 część A zamówienia pkt 2 ppkt 3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ o treści „Opis wymagań dotyczących Oprogramowania do wirtualizacji przestrzeni dyskowej dla Serwerów. Wymagania techniczne są wymaganiami minimalnymi Zamawiającego. Oprogramowanie do wirtualizacji przestrzeni dyskowej musi być zgodne z posiadanymi przez Zamawiającego licencjami VMware vSphere ESXi Remote Office Branch Office (ROBO).”) „nie wiadomo, czy Zamawiający dopuszcza tylko odsprzedaż przez wykonawców Oprogramowania do wirtualizacji przestrzeni dyskowej do posiadanych przez Zamawiającego licencji VMware vSphere ESXi Remote Office Branch Office (ROBO) czy też dopuszcza inne rozwiązania”. W ocenie Izby w istocie powyższy zarzut jest zatem zarzutem wobec treści dokumentów zamówienia w zakresie ww. postanowienia.

Art. 515 ust. 2 pkt 1) Pzp stanowi, że „Odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnoszą się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne”.

Nie ulega wątpliwości, że w terminie wynikającym z art. 515 ust. 2 Pzp upływa termin na wniesienie odwołania

wobec treści dokumentów zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia także w przypadku, gdy zdaniem wykonawcy został on opisany w dokumentach zamówienia w sposób niejednoznaczny, a wykonawca zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Zwrócenie się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia nie powoduje tym samym, że wykonawca może wnieść odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia w tym zakresie z zachowaniem tego terminu dopiero po udzieleniu przez zamawiającego wyjaśnień.

Dokumenty zamówienia w Postępowaniu (w których zawarte było postanowienie rozdziału 1 część A zamówienia pkt 2 ppkt 3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ o wskazanej wyżej treści) zostały zamieszczone na stronie internetowej 29 sierpnia 2024 r. Określony w art. 515 ust. 2 pkt 1) Pzp termin na wniesienie odwołania wobec treści tych dokumentów w zakresie tego postanowienia upłynął zatem 9 września 2024 r. Odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia w Postępowaniu w zakresie tego postanowienia wniesione 14 października 2024 r. jest więc odwołaniem wniesionym po upływie terminu art. 515 ust. 2 pkt 1) Pzp.

Zgodnie z art. 528 pkt 3) Pzp „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie”. Wnioskowanie na zasadzie a maiori ad minus uzasadnia przyjęcie, że w przypadku, gdy jedynie w zakresie części zarzutów przedstawionych w odwołaniu odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, przepis ten uprawnia Izbę do odrzucenia odwołania w zakresie tych zarzutów.

Wobec powyższego na podstawie art. 528 pkt 3) Pzp w pkt 2. postanowienia Izba odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 135 ust. 2 w związku z art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz art. 99 ust. 1 Pzp

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i 575 Pzp, mając na względzie, że żaden z przepisów 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 nie określa warunków ponoszenia tych kosztów oraz sposobu ich rozliczania w sytuacji, gdy w zakresie jednego zarzutu przedstawionego w odwołaniu postępowanie odwoławcze zostało umorzone, a w zakresie drugiego zarzutu przedstawionego w odwołaniu Izba odrzuciła odwołanie.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”. Stosownie zaś do art. 575 Pzp „strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku”.

Zważywszy, że w zakresie zarzutu naruszenia 134 ust. 1 pkt 17 i 18 w związku z 99 ust. 1 w związku z 239 oraz art. 240 w związku z art. 16 Pzp Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał zmiany w pkt 4 „Formularz Cenowy Część A zamówienia” załącznika nr 1 do SWZ „Formularz oferty” (i oświadczył, że uwzględni ten zarzut), Izba uznała, że wynik postępowania odwoławczego w tym zakresie jest dla Odwołującego korzystny. W zakresie zarzutu naruszenia art. 135 ust. 2 w związku z art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz art. 99 ust. 1 Pzp wynik postępowania odwoławczego był zaś korzystny dla Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy w ocenie Izby obciążenie Odwołującego (czy Zamawiającego) kosztami postępowania odwoławczego w całości byłoby niezgodne z wynikającą z art. 575 Pzp zasadą „odpowiedzialności za wynik postępowania”, a najlepiej zadośćuczyni jej zwrócenie Odwołującemu połowy kwoty uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania, to jest 7.500 złotych, czego dokonanie Izba nakazała w pkt 3. postanowienia.

Przewodniczący:.....