Sygn. akt: KIO 3498/23
KIO 3500/23

POSTANOWIENIE
z dnia 6 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Maria Kacprzyk
Ernest Klauziński
Katarzyna Poprawa
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 6 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 23 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt KIO 3498/23),**
B. w dniu 23 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 3500/23),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie**

przy udziale

A. wykonawcy **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3498/23 po stronie zamawiającego,
B. wykonawcy **Axians IT Solutions Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3500/23 po stronie odwołującego,
C. wykonawcy **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3500/23 po stronie odwołującego,

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze toczące się pod sygn. KIO 3498/23,
2. Umorzyć postępowanie odwoławcze toczące się pod sygn. KIO 3500/23,
3. W zakresie postępowania o sygn. akt KIO 3498/23 nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** kwoty 14 438 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy czterysta trzydzieści osiem złotych zero groszy), stanowiącej równowartość części wpisu od odwołania;
4. W zakresie postępowania o sygn. akt KIO 3500/23 nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie** kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. 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.

Przewodnicząca:……

……

……

Sygn. akt: KIO 3498/23
KIO 3500/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus*” nr ref.: DPiZP.2610.25.2023, dalej zwane: „Postępowaniem”.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.U. S: 218/2023 00688542-2023 w dniu 13 listopada 2023 r.

KIO 3498/23

W dniu 23 listopada 2023 r. Odwołujący – Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: Odwołujący Asseco), działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605, dalej zwanej „ustawą Pzp"), wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego polegającą na wadliwym sformułowaniu Ogłoszenia oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ").

Odwołujący Asseco podniósł naruszenie następujących przepisów:

1. art. 128 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez brak określenia w Załączniku nr 5 do SWZ „Oświadczenie – Wykaz usług", w Załączniku nr 6A do SWZ „Oświadczenie – wykaz osób", w Załączniku nr 6B do SWZ „Oświadczenie – wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia" podmiotu, który jest w posiadaniu informacji oraz dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji;
2. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez określenie w pkt. 2.1.5 Umowy definicji Błędu Niekrytycznego w sposób otwarty i niepełny, dopuszczenie otwartego zakresu obowiązków Wykonawcy w zakresie usuwania Wad;
3. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie w pkt. 3.10 Umowy zakresu obowiązków wykonawcy w sposób uniemożliwiający sporządzenie rzetelnej oferty – zakres obowiązków jest określony w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący;
4. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 KC i art. 354 § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne określenie w pkt. 4.16 Umowy zakresu odpowiedzialności Zamawiającego za działania pracowników spółki Agro Aplikacje sp. z o.o. i tym samym naruszenie przez Zamawiającego obowiązku lojalności kontraktowej i zasady współdziałania stron;
5. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp – poprzez określenie w pkt. 17.4 oraz 17.5 Umowy zobowiązań Wykonawcy wynikających gwarancji jakości w sposób otwarty i niepełny, dopuszczenie otwartego zakresu obowiązków Wykonawcy w zakresie gwarancji jakości;
6. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie w Załączniku nr 4A6 do Umowy „Wzór harmonogramu ramowego" zakresu obowiązków Wykonawcy w sposób uniemożliwiający sporządzenie rzetelnej oferty, zakres obowiązków został określony w sposób niejednoznaczny;
7. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 KC i art. 8 ustawy Pzp poprzez określenie w Załączniku nr 11 do Umowy „SLA i kary umowne" kar umownych w sposób naruszający zasady przejrzystości i równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego;
8. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez określenie w pkt. 5.4.7 Umowy zmiany priorytetu Zgłoszenia – zakres obowiązków jest określony w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący Asseco wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Ogłoszenia i SWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W dniu 27 listopada 2023 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: odpowiednio Przystępujący Comarch albo Odwołujący Comarch).

W dniu 5 grudnia 2023 r., Zamawiający w wykonaniu zobowiązania Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o dokonaniu zmian w treści SWZ objętej zarzutami o numerach 3, 4, 5, 6, oraz 8 odwołania i w tym zakresie wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego okoliczność, że zaskarżone czynności lub zaniechania dokonania czynności, które w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieją, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. W pozostałym zakresie, tj. w zakresie zarzutów o numerach 1, 2 oraz 7 odwołania Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

W dniu 5 grudnia 2023 r., wpłynęło pismo Przystępującego Comarch, zgodnie z którym Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego w zakresie zarzutów o numerach 1 i 2.

W dniu 5 grudnia 2023 r. Odwołujący Asseco złożył pismo, w którym w związku z dokonanymi przez Zamawiającego modyfikacjami treści SWZ uwzględniającymi część wniosków Odwołującego, cofnął odwołanie w pozostałym zakresie i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Na posiedzeniu z udziałem stron, Odwołujący Asseco doprecyzował,

że w zakresie zarzutów o numerach 3, 4, 5, 6 oraz 8 Zamawiający dokonując modyfikacji merytorycznie uwzględnił zarzut i że nie ma sporu pomiędzy stronami w tym zakresie. Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

KIO 3500/23

W dniu 23 listopada 2023 r. Odwołujący Comarch, działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 ustawy Pzp wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności sformułowania treści ogłoszenia oraz treści specyfikacji warunków zamówienia - sformułowanych niezgodnie z ustawą Pzp.

Odwołujący Comarch podniósł naruszenie następujących przepisów:

1. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp – poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób który może utrudniać uczciwą konkurencję, przez wskazanie znaku towarowego oprogramowania (LIDS) autorstwa spółki z grupy kapitałowej obecnego wykonawcy, tj, Asseco, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co prowadzi do uprzywilejowania obecnego lub wyeliminowania niektórych wykonawców;
2. art. 134 ust. 1 pkt 17 pzp w zw. z art. 16 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. zw. z art. 242 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp. oraz w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp - poprzez narzucenie wykonawcom w SWZ w ramach sposobu obliczenia ceny minimalnej wartości udziału ceny usług Modyfikacji w cenie zamówienia podstawowego, jak i maksymalnych wartości udziału cen usług jednorazowych tj. „wejścia" i „wyjścia" tzn. Usług Okresu Przejściowego oraz Usług przekazania w cenie innych usług – w takiej wysokości, która uniemożliwia wykonawcy realną kalkulację ceny za te usługi, a tym samym realną kalkulację ceny całej oferty, a ponadto jednocześnie uprzywilejowuje dotychczasowego wykonawcę (Asseco), co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp – poprzez opis przedmiotu zamówienia w zakresie testów kompetencji warunkujących odbiór Okresu Przejściowego w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób który może utrudniać uczciwą konkurencję, co prowadzi do uprzywilejowania obecnego wykonawcy lub wyeliminowania niektórych wykonawców.

Odwołujący Comarch wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia na rozprawie uwierzytelnionej kopii warunków licencji LIDS oraz – w razie uwzględnienia odwołania – o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zastępującego Odwołującego w postępowaniu odwoławczym. Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący Comarch wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Ogłoszenia i SWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania, doprecyzowanym pismem z dnia 30 listopada 2023 r.

W dniu 27 listopada 2023 r., tj. w ustawowym terminie, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawcę Asseco oraz wykonawcę Axians IT Solutions Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 5 grudnia 2023 r., Zamawiający w wykonaniu zobowiązania Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w treści której poinformował o dokonaniu zmian w treści SWZ w zakresie zarzutów 1 oraz 3 odwołania, jak również zadeklarował zmianę SWZ w sposób określony odpowiedzi w zakresie zarzutu nr 2 odwołania. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego okoliczność, że zaskarżone czynności lub zaniechania dokonania czynności, które w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieją, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego.

Odwołujący Comarch pismem z dnia 5 grudnia 2023 r. cofnął zarzuty nr 1 oraz 3 odwołania. W zakresie zarzutu nr 2 odwołania, wobec faktu niedokonania zapowiedzianej modyfikacji, jak również braku oświadczenia o uwzględnieniu tegoż zarzutu, Odwołujący Comarch oświadczył, że złoży odpowiednie oświadczenie procesowe po zapoznaniu się z zapowiedzianymi czynnościami Zamawiającego, ewentualnie z innym stanowiskiem procesowym Zamawiającego w tym zakresie.

W dniu 6 grudnia 2023 r. Zamawiający przesłał wiadomość mailową, w której poinformował o dokonanych zmianach dotyczących zarzutu nr 2 odwołania i wskazał na bezprzedmiotowość postępowania w tym zakresie. Odwołujący Comarch złożył pismo także w dniu 6 grudnia 2023 r., w którym cofnął zarzut nr 2 odwołania.

Izba zważyła, co następuje.

KIO 3498/23

W zakresie zarzutów o numerach 1, 2 oraz 7 odwołania, Odwołujący Asseco złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania, w związku z czym postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu. Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

W zakresie zarzutów o numerach 3, 4, 5, 6 oraz 8 odwołania, Zamawiający – mimo braku formalnego złożenia oświadczenia o uwzględnieniu odwołania - dokonał modyfikacji treści SWZ oraz ogłoszenia, które zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego Asseco przesądziły o braku sporu stron co do podniesionych zarzutów. W konsekwencji postępowanie odwoławcze także podlegało umorzeniu, w myśl art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Zbędność postępowania w niniejszej sprawie wyraża się w dokonaniu zmian ogłoszenia i dokumentów zamówienia przez Zamawiającego w Postępowaniu, a także w braku sporu pomiędzy stronami, co unicestwia substrat zaskarżenia, czyniąc bezprzedmiotowym dalsze postępowanie odwoławcze. Izba wydając orzeczenie – zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp – bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie 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. 2020 r. poz. 2437), stosunkowo co do każdej z podstaw umorzenia. Z uwagi na cofnięcie trzech (3) z ośmiu (8) zarzutów odwołania, Izba orzekła na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a w zw. z § ww. rozporządzenia, z którego wynika, że w przypadku cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy 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. W zakresie pozostałych pięciu (5) z ośmiu (8) zarzutów odwołania, Izba orzekła na podstawie § 9 ust. 2 ww. rozporządzenia, z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego koszty znoszą się wzajemnie – w takim przypadku Izba orzekała o dokonaniu zwrotu Odwołującemu – Asseco Poland S.A. tej części kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

KIO 3500/23

Wobec złożenia oświadczenia o cofnięciu odwołania, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu. Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a oraz b 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. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy zarówno w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego, jak i w przypadku cofnięcia w dniu, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu. W takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……

……

……