Sygn. akt: KIO 3249/23

POSTANOWIENIE
z dnia 13 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 13 listopada 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2023 r. przez: **Cloudware Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. J.P. Dziekońskiego 1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, ul. Szamocka 3,5**

postanawia:

1. **Umorzyć postępowanie,**
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz Cloudware Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. J. P. Dziekońskiego 1 tytułem zwrotu 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. t. j. 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.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 3249/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zakup Macierzy dyskowych na platformę MF z możliwością rozbudowy do systemów otwartych" zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr ogłoszenia: 2023/S 203-639413, z dnia 20 października 2023 r.

W dniu 30 października 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca Cloudware Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. J.P. Dziekońskiego 1. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 października 2023 r. udzielonego przez prezesa zarządu i prokurenta. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 30 października 2023 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 ust. 1 i 3, art. 17 ust. 1 i 2 oraz art. 112 ust. 1 Ustawy w zakresie w jakim zamawiający sformułował w pkt 4.1.1.4.1. SWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nieuzasadniony jego specyfiką oraz naruszający uczciwą konkurencję i równego traktowanie wykonawców, a także sprzeczny z zasadą efektywności udzielanych zamówień.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ przez:

1)modyfikację 4.1.1.4.1.SWZ w ten sposób, że otrzyma on brzmienie:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należycie wykonał co najmniej jedno (1) zamówienie, polegające na dostawie i wdrożeniu minimum jednej (1) Macierzy Dyskowej, przy czym wartość jednej Macierzy Dyskowej, spośród dostarczonych i wdrożonych, wynosiła co najmniej 3 000 000,00 PLN netto (bez podatku VAT) (słownie: trzy miliony złotych 00/100)".

Użyte w treści ww. warunku udziału pojęcie „wdrożenie" oznacza wykonanie instalacji, konfiguracji, migracji danych na nowe Macierze i dostosowanie do potrzeb danego zamawiającego".

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazane w odwołaniu okoliczności uniemożliwiają odwołującemu ubieganie się o zamówienie i złożenie ważnej konkurencyjnej oferty w postępowaniu. W konsekwencji, odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

Zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania w dniu 31 października 2023 r.

W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 10 listopada 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że:

1) Zamawiający uwzględnia w całości zarzuty odwołania,

2) Zamawiający wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w całości.
Zamawiający ustanawiając objęty odwołaniem warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, określając wartość dostarczonej i wdrożonej macierzy na poziomie 10 mln kierował się kwotami proporcjonalnymi do tych otrzymanych w ramach przeprowadzonego rozeznania rynku, a więc nie było na żadnym etapie intencją zamawiającego, aby przez przyjętą wartość spowodować ograniczenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie. Jedyną rolą tego warunku jest zapewnienie dostępu takim wykonawcom, którzy poprzez swoje doświadczenie dają rękojmię należytego wykonania zamówienia.
Zatem zamawiający uznał argumenty zawarte w odwołaniu za zasadne i w związku z tym dokonał zmiany treści SWZ pismem nr 993200.271.IN-1079.2023 w sprawie modyfikacji SWZ, udostępnionym na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 10.11.2023 r. Na mocy modyfikacji nr 1 dokonanej przedmiotowym pismem, pkt 4.1.1.4.1 SWZ otrzymał następujące nowe brzmienie:
„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należycie wykonał co najmniej jedno (1) zamówienie, polegające na dostawie i wdrożeniu minimum jednej (1) Macierzy Dyskowej, przy czym wartość jednej Macierzy Dyskowej, spośród dostarczonych i wdrożonych, wynosiła co najmniej 3 000 000,00 PLN netto (bez podatku VAT) (słownie: trzy miliony złotych 00/100).
Użyte w treści ww. warunku udziału pojęcie „wdrożenie" oznacza wykonanie instalacji, konfiguracji i dostosowanie do potrzeb danego Zamawiającego."
Dowód: modyfikacja nr 1 w piśmie nr 993200.271.IN-1079.2023 opublikowana na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 10.11.2023 r. - w załączeniu.
Powyższe oznacza, że pkt 4.1.1.4.1 SWZ został zmodyfikowany zgodnie z żądaniem odwołania.
Zgodnie z dyspozycją art. 522 ust. 1 ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, postępowanie odwoławcze powinno zostać umorzone.
W dniu 10 listopada 2023 r. odwołujący oświadczył, że na podstawie art. 520 ustawy cofa odwołanie w całości i wniósł o zwrot kwoty uiszczonej tytułem wpisu na rachunek odwołującego.
Termin posiedzenia z udziałem stron został wyznaczony na dzień 13 listopada 2023 r.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i ust. 2 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie aż do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania.

Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Izba nie mogła uwzględnić wniosku zamawiającego o umorzenie postępowania na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy, bowiem skoro wycofanie odwołania unicestwia jego byt prawny, to odpada możliwość uwzględnienia zarzutów niewywołującego skutków odwołania. Tym samym Izba uznała, że jedyną podstawą umorzenia w przypadku zbiegu podstaw umorzenia z art. 520 w związku z art. 568 pkt. 1 i umorzenia z art. 522 ust. 1 w związku z art. 568 ust. 3 ustawy, pierwszeństwo ma podstawa umorzenia wynikająca z cofnięcia odwołania.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy - odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

W związku z powyższym odwołujący spełnił warunki do zwrotu wpisu. Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiścił wpis w wysokości 15 000,00 zł., to do

zwrotu pozostała kwota 13 500,00 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji postanowienia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……