Sygn. akt KIO 1419/19

POSTANOWIENIE

z dnia 5 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 5 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2019 r. przez wykonawcę Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu;

3. oddalić wniosek zamawiającego - Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu o zasądzenie kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1419/19

UZASADNI EN I E

Spółka Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o., dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn. Kontrakt nr 65 pn. Optymalizacja gospodarki osadowej wraz z

modernizacją automatyki, sterowania pracą i zakupem niezbędnego wyposażenia na terenie oczyszczalni ścieków. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 133-328085 w dniu 12 lipca 2019 r.

W dniu 22 lipca 2019 r. spółka Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie, dalej „Odwołujący", złożyła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na sporządzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ", w szczególności wzoru umowy, w sposób niezgodny z przepisami Ustawy.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i przekraczający wymiar oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tj. określenie, że instalacja krat i piaskownika była wykonana na komunalnej oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 250 000 RLM,

2. art. 483, art. 484, art. 353^1 kc wzw. art. 139 ust. 1, art. 140 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie kar umownych:

- w klauzuli 11.13 — Kara za niedotrzymanie wartości gwarantowanej ubytku substancji organicznej na węźle dezintegracji i hydrolizy, w sytuacji gdy Zamawiający przyjął parametr wyższy niż wynikający z projektu,

- w klauzuli 11.14 - Kara za zwiększenie wskaźnika zużycia energii cieplnej przy spalaniu gazu ziemnego, w sytuacji gdy dotyczy ona parametrów pracy suszarni, nieobjętej przedmiotem zamówienia,

Jak również (dla obu klauzul) w sytuacji gdy wykonawca nie ma wpływu na sposób eksploatacji ww. instalacji przez Zamawiającego, a który to sposób może prowadzić do przekroczenia wskazanych parametrów,

3. art. 353^1 kc w zw. art. 139 ust. 1, art. 140 oraz art. 29 ust. 3b ustawy Pzp poprzez

zawarcie w klauzuli 1.10.1 wzoru umowy wymogów:

a) przekazania oprogramowania aplikacyjnego sterowników w czytelnej wersji źródłowej,

b) przekazania praw autorskich do modyfikowania oprogramowania aplikacyjnego sterowników,

c) przekazania praw autorskich do modyfikowania oprogramowania aplikacyjnego/konfiguracji modułów telemetrycznych,

d) przekazania kodów źródłowych, haseł administratorów oraz praw autorskich do modyfikowania oprogramowania aplikacyjnego/konfiguracji dla wszystkich dostarczonych stanowisk komputerowych i serwerów systemu SMiS

jako wymogów nadmiernych, przekraczających standardy rynkowe w zakresie licencjonowania oprogramowania lub nawet niemożliwych do wykonania, w skład dostarczonych stanowisk komputerowych i serwerów wchodzą bowiem systemy operacyjne i oprogramowanie typu firmware, którego producenci nie zezwalają na jego modyfikację.

4. art. 353^1 kc w zw. art. 139 ust. 1, art. 140 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zawarcie w klauzuli:

a) 4.1. odpowiedzialności za uzyskanie gwarantowanych parametrów określonych w Kontrakcie pod rygorem uznania Kontraktu za wykonany nienależycie, poprzez brak ograniczenia parametrów do parametrów, na które ma wpływ wykonawca i sytuacji wprowadzenia przez wykonawcę rozwiązań zamiennych,

b) 4.2. dodatkowych, szczegółowych wymogów dla zabezpieczenia należytego

wykonania składanego w formie gwarancji wobec braku uprawnienia w Pzp do ustanawiania takich warunków, jak również poprzez pełną dowolność Zamawiającego do uznania że osoba wystawiająca gwarancję nie jest zdolna do dotrzymania swoich zobowiązań, co może prowadzić do rozwiązania umowy,

c) 4.4. dodatkowych, szczegółowych wymogów w zakresie umów o podwykonawstwo, tj. pkt 4.4.C.4, nakładającego obowiązek załączenia w umowie podwykonawczej kosztorysu dotyczącego wykonania robót określonych w umowie podwykonawczej z wyszczególnieniem:

1) ceny materiału,

2) ceny sprzętu,

3) robocizny,

co narusza zasadę swobody umów pomiędzy podwykonawcą a wykonawcą w sposób nieuzasadniony i uniemożliwia zawarcie umów ryczałtowych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób określony w odwołaniu.

Odwołujący pismem z dnia 2 sierpnia 2019 r. oświadczył, iż cofa odwołanie w całości. Oświadczenie o wycofaniu zostało złożone przez osobę upoważnioną do reprezentowania Odwołującego i stanowi podstawę do umorzenia postępowania odwoławczego stosownie do art. 187 ust. 8 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z cofnięciem odwołania przed otwarciem rozprawy, Izba postanowiła o zwrocie na rzecz Odwołującego 90% wpisu, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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 orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Na podstawie ww. przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu na posiedzenie. Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b) rozporządzenia Izba zasądza koszty zgodnie z przepisami rozporządzenia na podstawie § 3 pkt 2, od Odwołującego na rzecz Zamawiającego lub wnoszącego sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy. Stosownie zaś do § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej kosztami, zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b) lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby, b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Biorąc pod uwagę, że Odwołujący cofnął odwołanie w dniu 2 sierpnia 2019 r. (piątek), a posiedzenie z udziałem stron wyznaczono na dzień 5 sierpnia 2019 r. (poniedziałek) nie ziściła się przesłanka cofnięcia odwołania na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania (uprawniająca do zasądzenia Zamawiającemu kosztów zastępstwa i dojazdu).

W ocenie Izby skoro termin posiedzenia został wyznaczony na dzień 5 sierpnia 2019 r. na godz. 13:00 to Odwołujący - chcąc nie ponosić kosztów zastępstwa procesowego strony przeciwnej oraz dojazdu na posiedzenie - mógł cofnąć wniesione

odwołanie w terminie do dnia 4 sierpnia 2019 r. do godz. 24.00, zgodnie z zasadami Kodeksu cywilnego.

Ponadto, Odwołujący do pisma z dnia 2 sierpnia 2019 r. załączył wydruk z poczty elektronicznej z dnia 2 sierpnia 2019 r. z godz. 17:48 z informacją o cofnięciu odwołania przesłaną na adres mailowy b..g.@woda.radom.pl. Jest to adres mailowy osoby uprawnionej do kontaktów z wykonawcami, wskazany zarówno na str. 3 ogłoszenia opublikowanego na stronie internetowej Zamawiającego, jak również w pkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 133-328085 w dniu 12 lipca 2019 r. Zatem, nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający zapoznał się z informacją o cofnięciu odwołania w dniu 5 sierpnia 2019 r. w godzinach porannych.

Przewodniczący: .....