Sygn. akt 907/20

POSTANOWIENIE
z dnia 3 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron dnia 3 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby w dniu 27 kwietnia 2020 r. przez Thales Polska sp. z o.o. ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., ul. Morska 350A, 81-002 Gdynia

przy udziale wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Thales Polska sp. z o.o. w Warszawie kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Gdańsku .

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 907/20

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. w Gdyni prowadzi postępowanie udzielenie zamówienia publicznego, jako zamówienie sektorowe, którego przedmiotem jest: Budowa zintegrowanego systemu monitorowania bezpieczeństwa oraz zarządzania informacją na linii kolejowej nr 250 wraz z modernizacją budynku Dworca Podmiejskiego w Gdyni oraz peronu SKM na stacji Gdynia Główna, numer referencyjny: SKMMU.086.16.20, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2020 r., nr Dz.U./S 2020/S 074-177177 (S74 15/04/2020 177177-2020-PL).

Odwołujący: Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) sformułowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu niezgodnie z Ustawą Pzp, to jest:

Naruszenie art. 3531 KC w. zw. z art. 5 KC oraz art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp

przez zawarcie w § 2 ust. 1 projektu umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) zobowiązania realizacji z najwyższą profesjonalną starannością, nie definiując jednak jakiego rodzaju jest to staranność; art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp oraz §15 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej. „Rozporządzenie") i art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC oraz art. 3531 KC przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, tj. Umowy w § 2 ust 8 - 11 oraz § 3 ust. 9 Harmonogramu oraz Programu funkcjonalno - użytkowego [rozdział II pkt 4.2 oraz pkt 5 PFU] w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, terminów ich realizacji oraz przygotowanie oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty; art. 3531 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp przez zawarcie w § 7 ust. 1 pkt 5 Umowy konieczności realizacji Umowy z własnych materiałów i urządzeń, co stanowi ograniczenie kręgu wykonawców zdolnych do złożenia ofert w Postępowaniu oraz naruszenie zasady proporcjonalności i przejrzystości oraz rzutuje na obliczenie ceny oferty i brak porównywalności ofert; art. 68 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1231, z późn. zm.) i art. 365(1) KC w. zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp przez żądanie przez Zamawiającego w § 7 ust. 1 pkt 34) Umowy udzielenia przez wykonawcę Zamawiającemu nie podlegającej wypowiedzeniu licencji do korzystania z programów komputerowych; art. 353(1) w związku z art. 354 § 1 i 2, art. 395 § 1, art. 473, art. 483, art. 498 § 1 i art. 5 KC w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Ustawy Pzp, art. 139 ust. 1 i art. 14 Ustawy Pzp, ze skutkami określonymi w art.

58 § 3 KC przez ukształtowanie określonych w Umowie w § 8 ust. 5 pkt 2), 5), ust. 7, 8,11 i 16, 24 [Podwykonawcy] wymagań dotyczących treści umów wykonawcy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą dotyczących robót budowlanych w sposób naruszający prawo wykonawcy do swobodnego umawiania się z podwykonawcami w zakresie, który przepisy Ustawy Pzp i KC nie określają jako obligatoryjny, zgodnie z zasadą swobody kontraktowania, zaś brak podstaw w Ustawie Pzp do jej ograniczenia ze skutkiem dla stosunków prawnych pomiędzy wykonawcą i podwykonawcami oraz dalszymi podwykonawcami zwłaszcza, że wymagania te nie dotyczą istotnych postanowień umowy o roboty budowlane ani kwestii związanych z odpowiedzialnością solidarną zamawiającego określoną w art. 647(1) § 5 KC; art. 3531 w. zw. z art. 5 KC oraz art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp przez zawarcie w § 10 ust. 9 pkt 5) w zw. z ust. 6 oraz § 11 ust. 1 pkt 3 postanowienia stanowiącego, że wadą istotną Robót jest nienależytego działania jakiegokolwiek oprogramowania komputerowego (bardzo szeroki i niedookreślony warunek), co skutkować może naliczeniem kary umownej oraz opóźnieniem odbioru a tym samym przez brak dookreśloności narusza zasady współżycia społecznego, zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwia oszacowanie ceny oferty, a w konsekwencji tego rodzaju niedookreślone postanowienie może prowadzić do nieporównywalności ofert; art. 353.1 w. zw. z art. 5 KC oraz art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp przez: zaniechanie określenia limitu łącznej wysokości kar umownych ze wszystkich tytułów określonych w 6 11 oraz S19 ust. 3 Umowy, przyjęcie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka; brak konsekwencji Zamawiającego w ograniczaniu wysokości kar jednostkowych za konkretne naruszenie (§11 ust. 1 pkt 5) - 15) oraz § 19 ust. 3 Umowy), co narusza zasady współżycia społecznego oraz uniemożliwia prawidłowe oszacowanie ceny oferty; brak ograniczenia całkowitej odpowiedzialności wykonawcy wobec zamawiającego do x% wynagrodzenia kontraktowego i brak wyłączenia odpowiedzialności wykonawcy z tytułu utraconych korzyści

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył wskazane przepisy prawa.

W związku z zarzutami wniósł o nakazanie zamawiającemu zmian treści siwz w tym postanowień Umowy w sposób wskazany w treści odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpienie zgłosił wykonawca wskazany w sentencji postanowienia niniejszego.

Odwołujący dnia 30 czerwca 2020 r. złożył oświadczenie, że cofa odwołanie w sprawie i wniósł o zwrot 90% z kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wobec cofnięcia odwołania, postępowanie odwoławcze należy umorzyć w drodze postanowienia wydanego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników, na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), z których wynika, że jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Przewodniczący:.....