

Sygn. akt: KIO 100/21

POSTANOWENIE
z dnia 10 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Jolanta Markowska
Agata Mikołajczyk
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 10 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2021 r. przez wykonawcę Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia przy udziale:

A. wykonawcy GMV Innovating Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B. wykonawcy Mennica Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020, ze 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 100/21

Uzasadnienie

Zamawiający Górnośląsko – Zagłębiowska Metropolia prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. ŚKUP 1.5 – Unowocześnienie systemu pobierania opłat za przejazdy publicznym transportem zbiorowym” (nr referencyjny: ZP.270.4.2020). Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 252-635226. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020, ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy Pzp.

W dniu 7 stycznia 2021 r. wykonawca Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 9a ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 43 ust. 1 - 2a ustawy Pzp oraz z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wyznaczenie przez zamawiającego w ogłoszeniu (Seksja IV.2.2) oraz SIWZ (pkt XVIII ust. 1) zbyt krótkiego terminu na złożenie oferty, nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia, jego złożoności i rozmiarów, nieuwzględniającego czasu koniecznego do rzetelnego sporządzenia oferty, a także w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) Art. 14 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej „KC”) w zw. art. 5 KC oraz w związku z art. 471 KC w zw. art. 483 KC w zw. 476 KC w zw. z art. 473 § 1 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez określenie przez zamawiającego w § 17 Umowy odpowiedzialności z tytułu kar umownych za „opóźnienie”, zamiast za „zwłokę” w realizacji obowiązków umownych przez wykonawcę, a zatem ustanowienia odpowiedzialności wykonawcy za wszelkie opóźnienia, zarówno zawinione jak i niezawinione oraz poprzez określenie w § 17 ust. 5 Umowy, że jedno zdarzenie może stanowić podstawę do nałożenia na wykonawcę więcej niż jednej kary umownej, a więc umożliwienie „karania” wykonawcy kilkoma karami umownymi za to samo zdarzenie. Powyższe prowadzi do ustanowienia nadmiernych i nieadekwatnych obciążeń wykonawcy, naruszających zasadę proporcjonalności, w szczególności w stosunku do specyfiki zamówienia i uwarunkowań rynkowych, oraz naruszających zasadę równego traktowania i równości stron umowy, a także może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego względem Wykonawcy, co powoduje nieuprawnione uprzywilejowanie zamawiającego. Działanie zamawiającego ustanawia zasady odpowiedzialności wykonawcy niezgodnie z ustawą Pzp, w tym zaprzecza istocie i funkcji kary umownej. Takie jednostronne ustanawianie warunków Umowy nie mieści się w granicach swobody zawierania umów i nie stanowi jej realizacji oraz stanowi przejaw czynienia ze swojego prawa użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz z zasadami współżycia społecznego.
- 3) Art. 14 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ KC oraz w zw. art. 5 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wyłączenie w wymienionych przypadkach (§ 17 ust. 9 lit. a-d Umowy) wprowadzonego

(§ 17 ust. 9 zdanie 2 Umowy) ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, co stanowi, że ograniczenie odpowiedzialności ma charakter wybiórczy, zawierający liczne wyjątki, nadające mu pozorny charakter, a także w zakresie ustanowienia limitu kar umownych na poziomie wartości całego wynagrodzenia Wykonawcy (§ 17 ust. 9 zdanie 2 Umowy), co *de facto* stanowi o braku limitu kar umownych. Powyższe prowadzi do ustanowienia nadmiernych i nieadekwatnych obciążeń wykonawcy, naruszających zasadę proporcjonalności, w szczególności w stosunku do specyfiki zamówienia i uwarunkowań rynkowych, oraz naruszających zasadę równego traktowania i równości stron umowy, a także może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego względem wykonawcy (kary umowne), co powoduje nieuprawnione uprzywilejowanie zamawiającego. Takie jednostronne ustanawianie warunków Umowy nie mieści się w granicach swobody zawierania umów i nie stanowi jej realizacji oraz stanowi przejaw czynienia ze swojego prawa użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz z zasadami współżycia społecznego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian treści:

1) Sekcji IV.2.2) Ogłoszenia oraz pkt XVIII ust. 1 SIWZ, poprzez określenie terminu składania ofert nie wcześniej niż na dzień 16 kwietnia 2021 r.;

2) § 17 Umowy, poprzez zastąpienie odpowiedzialności za „opóźnienie” we wszystkich przypadkach w jakich Zamawiający przewiduje kary umowne za opóźnienie, odpowiedzialnością za „zwłokę”,

3) § 17 ust. 5 Umowy, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Kary umowne są niezależne od siebie i podlegają sumowaniu, w szczególności w ten sposób, że nałożenie kary umownej z jednego tytułu nie wyłącza uprawnienia do nałożenia kary umownej z innego tytułu, z zastrzeżeniem, że kary umowne z tytułu tego samego zdarzenia nie podlegają kumulacji. Z uwzględnieniem zastrzeżenia, o którym mowa w zadaniu poprzednim, każda kara umowna będzie naliczona odrębnie.”.

4) § 17 ust. 9 Umowy, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkody poniesione przez Zamawiającego lub osoby trzecie w związku z realizacją Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę na zasadach określonych w niniejszym §17. Odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszej Umowy, ograniczona jest do wysokości wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 zd. 1 Umowy, z zastrzeżeniem, że wysokość kar umownych nałożonych przez Zamawiającego na Wykonawcę nie może przekroczyć 20 % wartości tego wynagrodzenia. Ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy, o którym mowa w zdaniu poprzednim, nie znajduje zastosowania w odniesieniu do szkód wyrządzonych umyślnie”.

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili następujący wykonawcy: GMV Innovating Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Mennica Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 4 lutego 2021 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo zamawiającego stanowiące odpowiedź na odwołanie, zawierające oświadczenie o uwzględnieniu podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 14 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ KC w zw. art. 5 KC oraz w związku z art. 471 KC w zw. art. 483 KC w zw. 476 KC w zw. z art. 473 § 1 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 2). W odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołania zamawiający wniósł o ich oddalenie, jednocześnie przedstawiając w treści odpowiedzi na odwołanie propozycje modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, do których odnosiły się te zarzuty.

W dniu 9 lutego 2021 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo odwołującego, zawierające oświadczenie o wycofaniu zarzutów odwołania, które nie zostały przez zamawiającego uwzględnione.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp z 2019 r. Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Izba stwierdziła, że sytuacja uregulowana ww. przepisem zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, natomiast po stronie zamawiającego nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i stanowi podstawę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp z 2019 r. umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy Pzp z 2019 r. w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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), nakazując dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych

kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:.....
.....
.....