Sygn. akt: KIO 115/21

POSTANOWIENIE
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 Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni 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 Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
C.wykonawcy Mennica Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze;
2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej 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 115/21

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

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 Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ").

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, poprzez wadliwe ustalenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej wykonawcy - wskazanych w Rozdziale VIII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu" ust. 2 lit. c pkt 1), ust. 2 lit. c pkt 2.1 oraz ust. 2 lit. c pkt 2.2 i poprzez sporządzenie wadliwego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków udziału w postępowaniu, który to opis narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców, nie jest związany z przedmiotem zamówienia lub nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia,

2)art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 353^1 Kodeks cywilny, w zw. z art. 354 § 2 Kodeksu cywilnego oraz 29 ust. 1-2 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia (we wzorze umowy) w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,

3)art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ we wzorze umowy nie uregulowano należycie precyzyjnie zasad dokonywania przez Zamawiającego lub jego przedstawicieli wymaganych w umowie zatwierdzeń, akceptacji i odbiorów, pozostawiając powyższe do swobodnego uznania Zamawiającego lub jego przedstawicieli, co powoduje, że przedmiot zamówienia nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w rezultacie przedmiot zamówienia jest opisany w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;

4)art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp a w konsekwencji naruszenia art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ wzór umowy zawiera postanowienia niejasne i niezrozumiałe, które mogą być różnie interpretowane, co skutkuje niemożliwością skalkulowania ryzyka przez Odwołującego i może prowadzić do obciążenia Odwołującego ryzykiem wynikającym z przyjęcia przez Zamawiającego innej interpretacji postanowień wzoru umowy niż przyjęta przez Wykonawcę. Ponadto niejasność i niezrozumiałość postanowień wzoru umowy w zakresie, w jakim dotyczą one obowiązków wykonawcy co do realizacji przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust.

1 i 2 ustawy Pzp, gdyż powoduje, że przedmiot zamówienia nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w rezultacie przedmiot zamówienia jest opisany w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;

5)zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 471 i 472 Kodeksu cywilnego, w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne określenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej, w tym wprowadzenie kar umownych za „opóźnienie" w realizacji umowy o zamówienie publiczne.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

1)dokonał modyfikacji SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, a następnie dokonaną zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, oraz zamieścił zmianę SIWZ na stronie internetowej, na której SIWZ jest udostępniana,

2)jeśli to konieczne, dokonał modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,

3)przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach,

4)niezwłocznie po przekazaniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, zamieścił informację o zmianach w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

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 zgłosili następujący wykonawcy:

po stronie odwołującego:

–wykonawca GMV Innovating Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

–wykonawca Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

po stronie zamawiającego:

wykonawca Mennica Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie – w zakresie zarzutu nr 1.

W dniu 4 lutego 2021 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo zamawiającego stanowiące odpowiedź na odwołanie, zawierające oświadczenie o uwzględnieniu części zarzutów odwołania, tj.: zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp (zarzut nr 1), zarzutu naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 353^1 Kodeks cywilny, w zw. z art. 354 § 2 Kodeksu cywilnego oraz 29 ust. 1-2 ustawy Pzp (zarzut nr 2), oraz – w zakresie szczegółowo wskazanym w treści odpowiedzi na odwołanie – zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 3), zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 4) oraz zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 471 i 472 Kodeksu cywilnego, w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (zarzut nr 5).

W dniu 8 lutego 2021 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo odwołującego, zawierające oświadczenie o wycofaniu zarzutów, które nie zostały przez zamawiającego uwzględnione.

Wykonawca Mennica Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie zarzutu nr 1) powiadomiony o terminie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na posiedzenie to nie stawił się i tym samym utracił prawo do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego podniesionego w odwołaniu zarzutu nr 1.

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, a wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie zarzutu nr 1 nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego tego zarzutu. Wyczerpuje to 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:……

.....
.....