

POSTANOWIENIE
z dnia 31 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 31 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawcę – **Kapsch Telematic Services Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Poleczki 35 (02-822 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Ministerstwo Finansów** z siedzibą w Warszawie przy ul. Świętokrzyskiej 12 (00-916 Warszawa),

przy udziale wykonawców:

A. **STRABAG Sp. z o.o.** z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 10 (05-800 Pruszków);

B. **SPRINT S.A.** z siedzibą w Olsztynie przy ul. Jagiellończyka 26 (10-062 Olsztyn);
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Kapsch Telematic Services Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Ministerstwo Finansów z siedzibą w Warszawie zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Dostawa pojazdów mobilnych jednostek kontrolnych oraz mobilnych punktów kontrolnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania, serwisu, napraw bieżących i mycia* (numer referencyjny: BDG.ZPB.230.36.2020), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lipca 2020 r., pod numerem 2020/S 126-307877.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 13 lipca 2020 r. wykonawca Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, polegającej na określeniu treści ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, a także treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) obowiązującej w toku prowadzonego przez zamawiającego postępowania.

Zaskarżonej czynności zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego oraz umożliwiający dokonanie wyceny przedmiotu oferty i tym samym opisanie Przedmiotu Zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz niejasne sformułowanie obowiązków wykonawcy, jakie zobligowany będzie wykonać w ramach zamówienia, co może mieć wpływ na sporządzenie porównywalnej oferty i w ten sposób znacznie utrudnić lub wręcz uniemożliwić odwołującemu dokonanie kalkulacji i złożenie oferty w postępowaniu, w szczególności przez:

a) wskazanie w §3 punkty 3.2 oraz 3.3. IPU część I – Dostawa MJK oraz w §3 punkt 3.2. oraz 3.3. IPU, część II – Dostawa MPK, że maksymalna wartość wynagrodzenia zostanie ustalona na podstawie oferty przedstawionej przez wykonawcę, przy uwzględnieniu szacowanej ilości usług w oparciu o historyczne dane dotyczące zapotrzebowania zamawiającego na realizację usług, bez jednoczesnego podania do wiadomości wykonawcy przedmiotowych danych, co uniemożliwia mu kalkulację oferty;

b) brak wskazania §19 punkt 19.14 ppkt 1) i 2) IPU – część I – Dostawa MJK oraz w §19 punkt 19.14 ppkt 9) i 10) IPU – część II – Dostawa MPK wartości procentowej kar umownych przewidzianych z powodu niedotrzymania przez wykonawcę terminów umownych;

2) art. 5 k.c. art. 387 k.c. i art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp i art. 139 Pzp oraz art. 29 Pzp przez ukształtowanie IPU w sposób nakładający na wykonawcę spełnienie świadczenia niemożliwego, a także poprzez ukształtowanie IPU w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku umownego, który w wyniku udzielenia zamówienia miałby zostać nawiązany, w związku z obarczaniem wykonawcy ryzykami, których nie można przewidzieć oraz skalkulować na etapie składania oferty, w szczególności przez:

a) wyznaczenie w §4 punkt 4.2. IPU, część I – Dostawa MJK oraz w §4 punkt 4.2. IPU, część II – Dostawa MPK niemożliwych do wykonania terminów realizacji zamówienia, co w konsekwencji czyni niemożliwym realizację świadczenia zgodnie z warunkami postawionymi w SIWZ;

b) wprowadzenie w §4 punkt 4.4. IPU, część I – Dostawa MJK oraz w §4 punkt 4.4. IPU część II – Dostawa MPK możliwości zakończenia świadczenia usług w sytuacji wyczerpania środków finansowych zamawiającego pomimo, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz IPU umowa o zamówienie publiczne ma zostać zawarta na czas określony, tj. 30 miesięcy liczonych od dnia jej podpisania;

c) nierówne traktowanie wykonawcy w przedmiocie mechanizmu weryfikacji protokołu zdawczo-odbiorczego, opisanego w §5 punkty 5.8 IPU – 5.10, część I – Dostawa MJK oraz §5, punkty 5.8 IPU – 5.10, część II – Dostawa MPK, i przyznanie zamawiającemu jednostronnego prawa ustalania zasad prowadzenia procedury wyjaśniającej w związku z rozbieżnościami w przedmiotowym protokole;

d) żądanie w §13 punkt 13.8 IPU – część I – Dostawa MJK oraz w §13 punkt 13.8 IPU – część II – Dostawa MPK, dostarczenia kopii umów zawartych z dalszym podwykonawcą;

e) wprowadzenie w §19, punkt 19.2 IPU część I – Dostawa MJK oraz w §19, punkt 19.2 IPU część II – Dostawa MPK możliwości nałożenia na wykonawcę kar umownych na zasadzie ryzyka, tj. niezależnie od stopnia jego winy;

f) wprowadzenie w §20, punkt 20.1 i 20.2 IPU część I – Dostawa MJK oraz w §20, punkt 20.1 i 20.2 IPU część II IPU – Dostawa MPK mechanizmu wykonania zastępczego w przypadku opóźnienia wykonawcy, a więc nawet bez jego winy oraz możliwości rozwiązania umowy nawet w przypadku jednostkowego opóźnienia;

3) art. 30 ust. 1 pkt. 1) i 2) Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z obowiązującymi normami europejskimi, dotyczącymi wymagań w zakresie ochrony środowiska, tj. wprowadzenie w OPZ punkt 22 wymagań zamawiającego (strona 121 SIWZ) warunków, jakie musi spełniać dostarczany przez wykonawcę generator prądotwórczy, które

to warunki nie mogą zostać spełnione, z uwagi na utratę ważności normy Tier4, w oparciu o którą zostały one przez zamawiającego opisane.

W oparciu o przedstawione zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) udostępnienie historycznych danych, dotyczących zapotrzebowania zamawiającego, o których mowa w §3 punkty 3.2 oraz 3.3. IPU część I – Dostawa MJK oraz w §3 punkt 3.2. oraz 3.3. IPU, część II – Dostawa MPK;
- 2) wskazanie w §19 punkt 19.14. ppkt. 1) i 2) IPU – część I – Dostawa MJK oraz w §19 punkt 19.14 ppkt. 9) i 10) IPU – część II – Dostawa MPK wartości procentowej kar umownych;
- 3) zmianę §4 punkt 4.2. IPU, część I – Dostawa MJK z: Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia w pełni wyposażonych i funkcjonalnych pojazdów partiami, w następujących terminach: 1) 10 sztuk – do 31 grudnia 2020 r., 2) 20 sztuk – do 1 lutego 2021 r., 3) 30 sztuk – do 1 kwietnia 2021 r., 4) 10 sztuk – do 1 czerwca 2021 r. na następujące brzmienie: Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia w pełni wyposażonych i funkcjonalnych pojazdów partiami, w następujących terminach: 1) 10 sztuk – w terminie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy; 2) 20 sztuk – w terminie 8 miesięcy od dnia zawarcia umowy, 3) 30 sztuk – w terminie 10 miesięcy od daty zawarcia umowy, 4) 10 sztuk – w terminie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy;
- 4) zmianę §4 punkt 4.2. IPU, część II – Dostawa MPK z: Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia w pełni wyposażonych i funkcjonalnych pojazdów partiami, w następujących terminach: 5) 16 sztuk – do 1 lutego 2021 r., 6) 16 sztuk do 1 czerwca 2021 r. na następujące brzmienie: Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia w pełni wyposażonych i funkcjonalnych pojazdów partiami, w następujących terminach: 5) 16 sztuk – w terminie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy 6) 16 sztuk – 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 5) wykreślenie z §4 punkt 4.4. IPU, część I – Dostawa MJK oraz w §4 punkt 4.4. IPU część II – Dostawa MPK sformułowania lub do dnia wyczerpania środków finansowych przeznaczonych na realizację Umowy, w zależności od tego, które zdarzenie nastąpi wcześniej ewentualnie wskazanie minimalnej ilości usług, jakie zamawiający zleci wykonawcy do realizacji;
- 6) wykreślenie z §5 punkty 5.8 IPU – 5.10, część I – Dostawa MJK oraz §5, punkty 5.8 IPU – 5.10, część II – Dostawa MPK postanowień dotyczących możliwości jednostronnego powołania przez zamawiającego biegłego w celu usunięcia rozbieżności w protokole zdawczo-odbiorczym i sprecyzowanie mechanizmu weryfikacji przedmiotowego protokołu we współpracy z wykonawcą;
- 7) wykreślenia z §13 punkt 13.8 IPU – część I – Dostawa MJK oraz w §13 punkt 13.8 IPU –

część II – Dostawa MPK obowiązku dostarczania przez wykonawcę kopii umowy zawartej z dalszym podwykonawcą, ewentualnie o zmianę ww. postanowień poprzez wprowadzenie obowiązku przedstawienia przez wykonawcę informacji o zatrudnionych dalszych podwykonawców, bez konieczności przekazywania kopii zawieranych z nimi umów;

8) zmianę §19, punkt 19.2 IPU część I – Dostawa MJK oraz §19, punkt 19.2 IPU część II – Dostawa MPK zasady odpowiedzialności wykonawcy, z przewidzianej odpowiedzialności za zasadzie ryzyka na odpowiedzialność na zasadzie winy (tj. na zasadach ogólnych);

9) zastąpienie w §20, punkt 20.1 i 20.2 IPU część I – Dostawa MJK oraz w § 20, punkt 20.1 i 20.2 IPU, część II – Dostawa MPK słowa „opóźnienie” na „zwłoka” oraz dodanie punktu 20.3. o następującym brzmieniu *Zamawiający przed samodzielnym wykonaniem prac lub zleceniem ich wykonania przez podmiot trzeci, wezwie Wykonawcę do poprawy w terminie 14 dni od dnia wezwania. Bezskuteczny upływ powyższego terminu, uprawniał będzie Zamawiającego do wykonania zastępczego lub odstąpienia od umowy;*

10) zmianę punktu 22 OPZ wymagań Zamawiającego (strona 121 SIWZ) poprzez określenie parametrów generatora prądowłórczego zgodnie z wymaganiami normy StageV.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz SPRINT S.A. z siedzibą w Olsztynie, a po stronie zamawiającego wykonawca VITRONIC Machine Vision Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez wykonawców STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz SPRINT S.A. z siedzibą w Olsztynie, dopuszczając tych wykonawców jako uczestników postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienie po stronie zamawiającego przez wykonawcę VITRONIC Machine Vision Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu zostało dokonane nieskutecznie.

Tytułem wyjaśnienia należy wskazać, że ww. wykonawca informację o zgłoszonym przystąpieniu po stronie zamawiającego przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2020 r. za pomocą wiadomości e-mail skierowanej na adres odwolania@uzp.gov.pl (wiadomość e-mail z godz. 15:54). Do wiadomości został załączony m. in. skan pisma o przystąpieniu w formacie .pdf.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, wnoszone w formie pisemnej w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oraz dalsze pisma w sprawie wnoszone w tej postaci przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu.

Jak wskazano powyżej wykonawca VITRONIC Machine Vision Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu nie zgłosił przystąpienia za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej. W związku z powyższym Izba nie dopuściła wykonawcy VITRONIC Machine Vision Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu do udziału w postępowaniu odwoławczym jako uczestnika

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 31 lipca 2020 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w całości.

Na skutek cofnięcia odwołania wypełniły się przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp (*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.*).

Cofnięcie odwołania jest nieograniczonym uprawnieniem odwołującego do czasu zamknięcia rozprawy. Skuteczne cofnięcie odwołania znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem.

Dokonanie tej czynności przez odwołującego nastąpiło przed otwarciem rozprawy, zatem Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie wskazanego powyżej art. 187 ust. 8 Pzp i nakazała zwrot odwołującemu kwoty 13 500 zł 00 gr stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.

Przewodniczący: