

Sygn. akt KIO 1407/19

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 2 sierpnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Joanna Wielgucka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 2 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2019 r. przez wykonawcę TRONUS POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Uniwersytet Śląski w Katowicach

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy TRONUS POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach.**

**Przewodniczący: .....**

## UZASADNIENIE

I. Uniwersytet Śląski w Katowicach (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Ustawa albo pzp), na „Sukcesywne dostawy mebli biurowych wraz z montażem realizowane wg bieżących potrzeb Zamawiającego”.

W dniu 22 lipca 2019 r. wykonawca TRONUS POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp - poprzez sformułowanie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w kryteriów oceny ofert w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie kryterium „Rozwiązania techniczne” (pkt XI.1.2 lit. b) SIWZ) w zakresie odnoszącym się do „A7. Ławka 2-os.”( „A8. Ławka 2-os. + Stolik” oraz „A9. Ławka 3-os.” poprzez ustalenie wymogu, że oferta otrzyma punkty w tym kryterium wyłącznie w przypadku posiadania przez oferowane towary dla tych pozycji następujących cech:

- Elementy boczne stelaża w kształcie odwróconej litery V,
- Siedzisko wraz z oparciem wykonane jako jeden element o kształtach zbliżonych do prostokąta,
- Siedzisko musi posiadać oddzielne, tapicerowane nakładki nie przykrywające w całości powierzchni siedziska,

co świadczy o wprowadzeniu do SIWZ zasady pozwalającej na przyznanie punktów w ww. kryterium wyłącznie w razie zaoferowania produktu określonego producenta i modelu tj. Bejot sp. z o.o., ul. Wybickiego 2A, Manieczki, 63-112 Brodnica (dalej: Bejot), ORTE OT 222, ORTE OT 223 oraz ORTE OT 223 (z blatem zamiast jednego siedziska), co stanowi naruszenie uczciwej konkurencji oraz prowadzi do niedopuszczalnego uprzywilejowania tego produktu oraz stosujących go wykonawców, co ponadto nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia;

2) art. 14 ust. 1 i art. 139 ust 1 pzp w zw. z art. 5 i 3531 kodeksu cywilnego (dalej: kc) poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, przejawiający się w szczególności poprzez:

- a) wprowadzenie w § 3 ust. 5 i 10 wzoru umowy prawa do odmowy odbioru przedmiotu umowy ze względu na stwierdzenie jakichkolwiek niewłaściwości dostarczanych mebli, bez ograniczenia tego prawa do sytuacji stwierdzenia wad istotnych, podczas gdy odmowa odebrania przedmiotu umowy może mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdy wady mają charakter istotny;
- b) wprowadzenie w § 3 ust. 5 i 10 wzoru umowy prawa do odmowy odbioru przedmiotu umowy ze względu na stwierdzenie jakichkolwiek niewłaściwości dostarczanych mebli, bez ograniczenia tego prawa do części dostawy, której wady dotyczą, co ponadto stoi w sprzeczności z zasadą wyrażoną w art. 450 k.c.;
- c) zaniechanie wprowadzenia do umowy zasady, że za datę wykonania danego zamówienia wchodzącego w zakres przedmiotu umowy przyjmować będzie się datę dostawy także w przypadku, gdy w toku odbioru zostaną stwierdzone wady nieistotne, nie uniemożliwiające korzystania z przedmiotu zamówienia, a następnie wady te zostaną przez Wykonawcę usunięte w terminie zgodnym z § 5 ust. 10 wzoru umowy;
- d) wprowadzenie w § 5 ust. 4 wzoru umowy zasady, że w ramach rękojmi Wykonawca rozpocznie usuwanie wady w terminie do 2 dni od zgłoszenia wady, bez ustalenia, że do liczenia tego terminu nie będą wliczane soboty i dni ustawowo wolne od pracy;
- e) wprowadzenie w § 5 ust. 11 zdanie drugie oraz § 5 ust. 13 wzoru umowy zasady, że Wykonawcy nie przysługują wobec Zamawiającego żadne roszczenia z tytułu poniesionych kosztów w sytuacji, gdy brak jest podstaw do spełnienia świadczenia w ramach rękojmi lub gwarancji;
- f) wprowadzenie w § 5 ust. 10 oraz § 5 ust. 16 pkt 2 wzoru umowy zasady, że Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy w razie stwierdzenia wady przedmiotu umowy, bez ograniczenia tego prawa do części umowy, której taka wada dotyczy, co ponadto stoi w sprzeczności z zasadą trwałości zobowiązania wyrażoną w art. 565 k.c.;
- g) wprowadzenie w § 7 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy kary umownej, która:
- obejmuje odpowiedzialność za opóźnienie w spełnieniu świadczenia, dla którego Zamawiający lub Strony ustaliły termin realizacji, a nie za zwłokę w spełnieniu takiego świadczenia, co powoduje, że Wykonawca ponosić będzie ryzyko zapłaty kar umownych nawet w sytuacjach, w których opóźnienie nie będzie wynikiem okoliczności leżących po stronie Wykonawcy, w tym okoliczności mających charakter siły wyższej, a nawet będzie wynikiem okoliczności, które będą leżeć po stronie Zamawiającego;
  - wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar umownych w wysokości 4% należności za meble, których dotyczy opóźnienie, za każdy dzień opóźnienia;
- co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem

Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 pzp;

h) wprowadzenie w § 7 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy kary umownej, która:

- obejmuje sytuacje, w których interes prawny Zamawiającego jest wyczerpany uregulowanymi w przepisach k.c. oraz § 5 umowy uprawnieniami z tytułu rękojmi za wady, w tym uprawnieniem do odpowiedniego obniżenia ceny wadliwego mebla i uniemożliwia zwolnienie się z odpowiedzialności z tytułu kary poprzez należyte wykonanie zobowiązań wynikających z rękojmi za wady;

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar umownych w wysokości 10% ceny danego mebla, niezależnie od tego, czy wada jest istotna czy nieistotna, a także od tego, w jakim stopniu wpływa ona na wartość mebla;

co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 pzp;

i) wprowadzenie w § 7 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w tym w szczególności określonych w § 8 ust. 1 lub § 5 ust. 16 pkt 2) lub rozwiązania umowy na podstawie § 8 ust. 3 pkt 2) w wysokości 25% wartości umowy, która:

- nie wprowadza ograniczenia naliczania tej kary umownej do wartości tej części przedmiotu umowy, której odstąpienie dotyczy;

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar umownych w wysokości 25% wartości umowy;

co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 pzp;

j) zaniechanie wprowadzenia w § 7 wzoru umowy górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 7 ust. 2 pkt 3 na okoliczność niewykonania zamówienia, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy i jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 pzp.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosil o:

1) doprowadzenia postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie kryteriów oceny ofert do stanu zgodnego z przepisami ustawy pzp, w szczególności poprzez usunięcie z pkt XI.1.2 lit. b) SIWZ w zakresie towarów „A7. Ławka 2-os.", „A8. Ławka 2-os. + Stolik" oraz „A9. Ławka 3-os." następujących cech oferowanych produktów, których wystąpienie jest wymagane dla przyznania wykonawcom punktów w kryterium "Rozwiązania techniczne":

- elementy boczne stelaża w kształcie odwróconej litery V,
- siedzisko wraz z oparciem wykonane jako jeden element o kształtach zbliżonych do prostokąta,
- siedzisko musi posiadać oddzielne, tapicerowane nakładki nie przykrywające w całości powierzchni siedziska;

2) doprowadzenie postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie postanowień umownych do stanu zgodnego z przepisami ustawy pzp i kc, w szczególności poprzez dokonanie następujących zmian:

a) ograniczenie w § 3 ust. 10 wzoru umowy prawa do odmowy odbioru przedmiotu umowy ze względu na stwierdzenie niewłaściwości dostarczanych mebli wyłącznie do sytuacji stwierdzenia wad istotnych tych mebli, uniemożliwiających ich zgodne z przeznaczeniem użytkowanie;

b) ograniczenie w § 3 ust. 10 wzoru umowy prawa do odmowy odbioru przedmiotu umowy ze względu na stwierdzenie jakichkolwiek niewłaściwości dostarczanych mebli do części dostawy, której wady dotyczą;

c) wprowadzenie w we wzorze umowy zasady, że za datę wykonania danego zamówienia wchodzącego w zakres przedmiotu umowy przyjmować będzie się datę dostawy także w przypadku, gdy w toku odbioru zostaną stwierdzone wady nieistotne, nie uniemożliwiające korzystania z przedmiotu zamówienia, a następnie wady te zostaną przez Wykonawcę usunięte w terminie zgodnym z § 5 ust. 10 wzoru umowy;

d) wprowadzenie w § 5 ust. 4 wzoru umowy sposobu liczenia terminu rozpoczęcia usuwania wady, zgodnie z którym do biegu tego terminu nie wlicza się sobót i dni ustawowo wolnych od pracy;

e) wykreślenie w s 5 ust. 11 zdanie drugie oraz § 5 ust. 13 wzoru zapisów ograniczających Wykonawcy możliwość żądania od Zamawiającego zwrotu kosztów czynności podejmowanych na wezwanie Zamawiającego w sytuacji, gdy brak było podstaw do wzywania Wykonawcy do spełnienia świadczenia w ramach rękojmi lub gwarancji;

f) ograniczenie określonego w § 5 ust 10 oraz § 5 ust. 16 pkt 2 wzoru umowy prawa do odstąpienia od umowy do części umowy, której wada dotyczy;

g) zmianę § 7 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy poprzez:

- zastąpienia słowa „opóźnienie" słowem „zwłoka" (we właściwych odmianach),

- sprecyzowanie, że kara uregulowana w tym przepisie dotyczy zwłoki w dostawie, zgodnie z zamówieniem, o którym mowa w § 3 ust. 4 wzoru umowy,
  - obniżenie stawki kar umownych do 0,5% należności za meble, których dotyczy zwłoka, za każdy dzień zwłoki;
- h) zmianę § 7 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy poprzez:
- jego skreślenie,
- względnie
- wprowadzenie wyłączenia możliwości nałożenia tej kary w sytuacji, gdy po zgłoszeniu wady Wykonawca wadę usunie lub wymieni rzecz na wolną od wad w terminie zgodnym z § 5 ust. 10 wzoru umowy, a także gdy Zamawiający jest uprawniony do skorzystania z uprawnienia do obniżenia ceny na podstawie zapisów § 5 wzoru umowy lub przepisów k.c. o rękojmi za wady;
- i) zmianę § 7 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy, poprzez:
- wprowadzenie ograniczenia naliczania tej kary do wartości tej części umowy, której dotyczy odstąpienie,
- oraz
- obniżenie stawki kary umownej do 10% wartości umowy, której odstąpienie dotyczy;
- j) wprowadzenie w § 7 wzoru umowy górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonaniem umowy w wysokości co najwyżej wysokości kary umownej na okoliczność niewykonania zamówienia, zastrzeżonej w § 7 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy, tj. maksymalnie do 10% wartości umowy.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

II. Izba ustaliła, że w dniu 29 lipca 2019 r. Zamawiający uwzględnił część zarzutów przedstawionych w odwołaniu tj. uwzględnił zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp - poprzez sformułowanie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w kryteriów oceny ofert w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie kryterium "Rozwiązania techniczne" (pkt XI.1.2 lit. b) SIWZ) w zakresie odnoszącym się do „A7. Ławka 2-os.”( „A8. Ławka 2-os. + Stolik" oraz „A9. Ławka 3-os." poprzez ustalenie wymogu, że oferta otrzyma punkty w tym kryterium wyłącznie w przypadku posiadania przez oferowane towary dla tych pozycji następujących cech: elementy boczne stelaża w kształcie odwróconej litery V, siedzisko wraz z oparciem wykonane jako jeden element o kształtach zbliżonych do prostokąta, siedzisko musi posiadać oddzielne, tapicerowane nakładki nie przykrywające w całości powierzchni siedziska). W dniu 1 sierpnia 2019 r. Odwołujący wycofał odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Izba stwierdziła, że postępowania podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3a Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 6 pkt 1) Prawa zamówień publicznych w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 3a Prawa zamówień publicznych koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Tym samym Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią 186 ust. 3a zdanie drugie Prawa zamówień publicznych Zamawiający, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofaniu przez odwołującego pozostałych zarzutów odwołania, wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

**Przewodniczący:**

.....