

POSTANOWIENIE
z dnia 4 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Jolanta Markowska

Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2021 r. przez odwołującego Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Górnośląsko – Zagłębiowska Metropolia

przy udziale wykonawcy GMV Innovating Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 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 Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.

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:

.....

.....

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 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. 353¹ Kodeksu 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. 353¹ 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 art. 353¹ 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) 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, zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp,
- 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.

W dniu 11 stycznia 2021 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca GMV Innovating Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

W dniu 11 stycznia 2020 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo odwołującego zawierające oświadczenie o cofnięciu odwołania. W treści ww. pisma odwołujący wskazał, że w dniu 7 stycznia 2021 r. złożył dwa odwołania, natomiast oświadczenie o wycofaniu odwołania dotyczy wyłącznie odwołania złożonego o godz. 18:25:56:660; identyfikator dokumentu, którego dotyczy poświadczenie: DOK77497829.

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Izby w dniu 7 stycznia 2021 r., do 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.), zastosowanie mają 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.”.

Uwzględniając powyższe, działając na podstawie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp z 2019 r. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....