

Sygn. akt: KIO 918/17

POSTANOWIENIE
z dnia 15 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **15 maja 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 maja 2017 r.** przez wykonawcę: **HERTZ Systems LTD Sp. z o.o., Al. Zjednoczenia 118A; 65 - 120 Zielona Góra**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7,00-909 Warszawa**

- wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego,

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze i znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: HERTZ Systems LTD Sp. z o.o., Al. Zjednoczenia 118A; 65 -120 Zielona Góra kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem na dostawę wojskowego odbiornika GPS z modułem SAASM (platformowego), nr ogłoszenia w Dz. Urz. UE 2016/S 090-161388 z 11.05.2016 r., w dniu 8 maja 2017 r. zostało złożone odwołanie przez wykonawcę: HERTZ Systems LTD Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze - wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polegających na ukształtowaniu istotnych warunków umowy oraz określeniu terminu składania ofert w sposób sprzeczny z przepisami prawa. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Skarbowi Państwa - Inspektoratowi Uzbrojenia w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), tj.:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz 139 ust. 1 Pzp w związku z art. 483 K.c. oraz 473 K.c. poprzez zawarcie w istotnych postanowieniach umownych zastrzeżenia o obowiązku zapłaty przez wykonawcę kary umownej na wypadek opóźnienia w wykonaniu umowy, również w przypadku gdy opóźnienie takie będzie następstwem okoliczności niezależnych od wykonawcy, w sytuacji gdy uzyskanie jednego z elementów przedmiotu umowy wymaga wydania odpowiedniej decyzji przez organy administracji państwowej państwa trzeciego, a w konsekwencji termin wykonania danej części umowy jest całkowicie niezależny od wykonawcy, który w dodatku nie posiada żadnych możliwości przewidzenia faktu lub chociażby prawdopodobieństwa ewentualnego opóźnienia oraz środków pozwalających na wyeliminowanie ryzyka takiego opóźnienia lub zmniejszenia konsekwencji z niego wynikających, tym samym poprzez zastrzeżenie nadmiernie restrykcyjnej kary umownej w sposób nieuzasadniony i sprzeczny z jakimkolwiek celem kar umownych oraz możliwościami kształtowania odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy określonymi powołanymi wyżej przepisami, a w konsekwencji również w sposób naruszający przewidziane w Pzp zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności;
2. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz 139 ust. 1 Pzp w związku z art. 483 K.c. poprzez zastrzeżenie w umowie zbyt wysokich kar umownych, nieproporcjonalnych do wysokości ewentualnej szkody zamawiającego wynikającej z opóźnienia oraz sprzecznej z celem stosowania kar umownych;
3. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz 139 ust. 1 Pzp w związku z art. 473 K.c. 353.1 K.c. oraz 5 [KK] poprzez zawarcie w istotnych postanowieniach umownych zastrzeżenia o obowiązku

zapłaty przez wykonawcę kary umownej na wypadek opóźnienia w wykonaniu umowy, również w przypadku gdy opóźnienie takie będzie następstwem okoliczności niezależnych od wykonawcy, a zatem rozszerzenie zakresu odpowiedzialności wykonawcy w sposób zbyt ogólny, bez określenia jego zakresu i zakreślenia kręgu okoliczności skutkujących powstaniem odpowiedzialności wykonawcy, jak również w sposób przekraczający granicę swobody umów, sprzeczny z celem i właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, jak i zasadami współżycia społecznego, a w konsekwencji również w sposób naruszający przewidziane w Pzp zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności;

4. naruszenie art. 9a Pzp oraz art. 60 ust. 3 Pzp, poprzez określenie zbyt krótkiego terminu na składanie ofert, nieuwzględniającego czasu niezbędnego do jej przygotowania i złożenia.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. zmiany § 15 ust. 1 istotnych postanowień umowy, poprzez wykreślenie słów „Jak również od niego niezależnych”;
2. zmianę § 15 ust. 1 pkt 2) istotnych postanowień umowy, poprzez zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”, ewentualnie dookreślenie zakresu odpowiedzialności wykonawcy poprzez wskazanie, że kary umowne nie będą naliczane na skutek opóźnienia powstałego w następstwie działania lub zaniechania organów lub instytucji administracji państwowej państwa polskiego lub państw trzecich;
3. zmianę § 15 ust. 1 pkt 2) poprzez zmniejszenie wysokości kar umownych do poziomu 0,01% wartości brutto Umowy w okresie pierwszych 20 dni opóźnienia/zwłoki oraz do poziomu 0,03% wartości brutto Umowy w okresie po 20 dniu opóźnienia/zwłoki;
4. wydłużenie, ewentualnie ponowne ustalenie terminu do składania ofert na okres nie krótszy niż 60 dni lub inny uznany przez KIO za właściwy, uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia ofert;
5. uzupełnienie zaproszenia do złożenia ofert o informacje wymagane przepisem art. 60 ust. 1 Pzp.

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 11.05.2016 r. i mają do niego zastosowanie przepisy obowiązujące do daty wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 8 maja 2017 r. przesłane za pośrednictwem faksu, zgłoszenia do postępowania odwoławczego na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, w ustawowym terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania nie złożył żaden wykonawca.

W dniu 12 maja 2017 r. zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał: „*Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia oświadcza, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.*” Powyższe oświadczenie zostało podpisane przez Zastępcę Szefa p. P. M. .

Izba uznała stanowisko zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie za oświadczenie woli uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) - powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba działając na podstawie art. 186 ust. 2 w związku z art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, o czym orzekła postanowieniem.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze okoliczność, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp koszty znoszą się wzajemnie między stronami. Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczzonego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, Dz. U. z 2017 r., poz. 47).

Przewodniczący:

