

POSTANOWIENIE

z dnia 4 lipca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **4 lipca 2019 roku** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 czerwca 2019 roku** przez **Odwołującego - Asseco Data Systems Spotka Akcyjna z siedzibą w Gdyni**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Chełmie, z siedzibą w Chełmie**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. **nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu na rzecz wykonawcy **Odwołującego - Asseco Data Systems Spotka Akcyjna z siedzibą w Gdyni****

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 24 czerwca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, dalej: „PZP”), odwołanie złożył wykonawca **Asseco Data Systems Spotka Akcyjna z siedzibą w Gdyni** (dalej: „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie i wdrożenie Platformy edukacyjnej SmartPWSZ w Chełmie w ramach realizacji projektu pn. „PROGRAM ROZWOJOWY PWSZ W CHEŁMIE” prowadzi Zamawiający: **Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Chełmie**. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 113-277642 w dniu 14 czerwca 2019 r.

Odwołanie złożono wobec treści postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), czynnościom Zamawiającego stawiając następujące zarzuty naruszenia:

- 1) art. 14 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z naruszeniem art. 353¹ Kodeksu cywilnego, art. 354 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. oraz 29 ust. 1, 2 PZP, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przerwienie na Wykonawcę niemożliwych do oszacowania ryzyk związanych z realizacją zamówienia, a także w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję
- 2) art. 7 ust. 1 PZP w związku z art. 471 i 472 Kodeksu cywilnego poprzez niejednoznaczne określenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej i wprowadzenie kar umownych za „opóźnienie” w realizacji umowy o zamówienie publiczne,
- 3) art. 41 pkt 9 PZP w zw. z art. 40 ust. 1 i 3 PZP, w konsekwencji naruszenia art. 43 ust. 2 PZP poprzez brak wskazania w treści ogłoszenia o zamówieniu kryteriów oceny ofert i ich znaczenia, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 4) art. 91 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, co w konsekwencji może skutkować koniecznością unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP, poprzez wadliwe skonstruowanie kryterium nr 2 „Okres wsparcia i asysty technicznej”, przez brak wskazania maksymalnego okresu, za który będzie Zamawiający przyznawał punkty w ramach kryterium oraz braku wskazania jednostki czasu, w której należy określić zobowiązanie do świadczenia usługi;

5) art. 29 ust. 1 i 2 PZP i w konsekwencji naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP poprzez określenie terminu wykonania zamówienia jako konkretnej daty (zarówno terminu końcowego, jak i terminów częściowych), bez uwzględnienia tego, że nie wiadomo kiedy zakończy się postępowanie o udzielenie zamówienia i kiedy możliwe będzie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosił 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) dokonał modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, przekazując Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej zgodnie z obowiązującymi przepisami,
- 3) w związku z brakami w treści ogłoszenia o zamówieniu przedłużył termin składania ofert o czas określony w art. 43 ust. 2 PZP,
- 4) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 PZP,
- 5) niezwłocznie po przekazaniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich zamieścił informację o zmianach w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący chce złożyć ofertę i ubiegać się o zamówienie. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu, Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami prawa, to prawidłowo sformułowałby SIWZ, umożliwiając Odwołującego złożenie oferty spełniającej wszystkie wymagania SIWZ. Tym samym oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez wskazane powyżej wadliwości SIWZ pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie prawidłowo skalkulować kosztów oferty, ze względu na nieprawidłowe określenie przedmiotu zobowiązania Wykonawcy. Odwołujący dodał, że naruszenie wskazanych przepisów PZP może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Efektem wadliwości SIWZ jest bowiem uniemożliwienie Odwołującemu złożenia prawidłowej oferty, a tym samym uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co może w istotny sposób wpłynąć na wynik postępowania.

Zamawiający zamieścił SIWZ na własnej stronie internetowej w dniu 14 czerwca 2019 roku. Należy uznać, że odwołanie wniesione zostało z zachowaniem terminu przewidzianego w PZP. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania oraz uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono żadnego przystąpienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił częściowo zarzuty odwołania.

Odwołujący w dniu 3 lipca 2019 roku, przed terminem posiedzenia i rozprawy wyznaczonym na 5 lipca 2019 roku, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości w związku z częściowym uznaniem zarzutów oraz dokonaniem modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, to jest kwotę 13 500,00 złotych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący:

.....