

POSTANOWIENIE
z dnia 20 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Emilia Garbala
Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 20 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2019 r. przez wykonawcę Centrum Sp. z o.o. w Bielsku Białej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa działającego przez Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty 15. 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesionej z tytułu wpisu od odwołania na rzecz Centrum Sp. z o.o. w Bielsku Białej.

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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa działające przez Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako „ustawa” lub „PZP”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa dwóch sztuk samochodów elektrycznych, dwóch systemów mobilnej kontroli pojazdów wraz ze szkoleniem operatorów systemu oraz usługę utrzymaniową systemu e-kontroli przez okres 36 miesięcy. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 040-089827. Wartość zamówienia jest większa, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

8 marca 2019 r. wykonawca Centrum Sp. z o.o. w Bielsku Białej wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wskazany w art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia w zakresie zobowiązania polegającego na dostawie samochodu elektrycznego w sposób ograniczający konkurencję w związku z wprowadzeniem zestawu parametrów technicznych niemożliwych do spełnienia;
2. art. 387 § 1 KC w zw. art. 14 ust. 1 PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia w zakresie zobowiązania polegającego na dostawie samochodu elektrycznego w sposób prowadzący do wykreowania świadczenia niemożliwego w związku z wprowadzeniem zestawu parametrów technicznych niemożliwych do spełnienia;
3. art. 29 ust. 2 PZP przez ustanowienie w opisie przedmiotu zamówienia wymogu ręcznej rejestracji pojazdów w Systemie e-kontroli SPPN oraz ręcznego wyznaczania obszarów do postoju pojazdów;
4. art. 22a ust. 2 PZP poprzez ustanowienie wymogu złożenia zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (w trybie art. 22a ust. 1 PZP) w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym podmiotu, pomimo braku podstawy prawnej do żądania przedmiotowego zobowiązania w takiej formie;
5. art. 7 ust. 1 PZP poprzez opis oceny oferty w zakresie kryterium „Czas dostawy” w sposób punktujący najwyżej najdłuższe czasy dostawy, w sytuacji, gdy zasady uczciwej konkurencji nakazują punktować najwyżej najkrótszy czas dostawy;
6. art. 7 ust. 1 PZP poprzez opis oceny oferty w zakresie kryterium „Czas reakcji” w sposób punktujący najwyżej najdłuższe czasy usunięcia awarii i awarii krytycznej, w sytuacji, gdy

zasady uczciwej konkurencji nakazują punktować najwyżej najkrótszy czas usunięcia awarii i awarii krytycznej;

7. art. 7 ust. 1 PZP poprzez opis oceny oferty w zakresie kryterium „Efektywność Systemu e-kontroli” w sposób niegwarantujący porównywalności warunków oceny w związku z przyjęciem założenia dotyczącego oceny ofert w tym kryterium, że ilość zaparkowanych pojazdów i kolejność pojazdów, biorących udział w teście, podczas trwania testu i przeprowadzania e-kontroli będzie losowa, a zatem nie będzie identyczna dla wszystkich wykonawców;
8. art. 7 ust. 1 PZP poprzez opis oceny oferty w zakresie kryterium „Efektywność Systemu e-kontroli” umożliwiając Zamawiającemu swobodne zakończenie testu będącego podstawą przyznania punktów tym kryterium i powtórzenie tego testu w innym terminie;
9. art. 7 ust. 1 PZP poprzez opis oceny oferty w zakresie kryterium „Efektywność Systemu e-kontroli” umożliwiając Zamawiającemu swobodny dobór zagranicznych tablic rejestracyjnych bez sprecyzowania, krajów pochodzenia tych tablic i bez zagwarantowania, iż zestaw tablic rejestracyjnych będzie identyczny dla wszystkich wykonawców;
10. art. 29 ust. 1 PZP poprzez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia prawa opcji polegającego na dostawie dodatkowego samochodu elektrycznego bez określenia terminu wykonania jego dostawy lub podstaw określenia terminu wykonania jego dostawy;
11. art. 142 ust. 5 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie zastosowania przesłanki zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych;
12. art. 353(1) KC w zw. z art. 14 ust. 1 PZP poprzez ukształtowanie projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego i naturą stosunku prawnego umowy zobowiązaniowej w związku z ustaleniem katalogu kar umownych obciążających wyłącznie wykonawcę oraz katalogu podstaw do skorzystania z umownego prawa do odstąpienia przynajmniej to uprawnienie wyłącznie zamawiającemu;
13. art. 473 § 1 KC w zw. z art. 14 ust. 1 PZP poprzez brak jednoznacznego sprecyzowania okoliczności stanowiących rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania w stosunku do okoliczności za które wykonawca ponosi na mocy ustawy.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ w następującym zakresie:
 - a. zmianę Rozdziału V SIWZ pt. Opis Przedmiotu Zamówienia („OPZ”) w odniesieniu do w pkt 3.4. poprzez nadanie następującego brzmienia lub wykreślenie wskazanych poniżej jednostek redakcyjnych tego pkt SIWZ;
- w pkt 3.4.2. Silnik bulet drugiemu nadać brzmienie:

„znormalizowane zużycie paliwa (energii) w Wh/km - do 220 Wh/km,"

- pkt 3.4.3. Zasięg nadać brzmienie:

„zasięg minimalny w cyklu NEDC (na jednym ładowaniu akumulatora trakcyjnego) - nie mniej niż 220 km."

- w pkt 3.4.4. Akumulator trakcyjny bulet drugiemu nadać brzmienie: „pojemność energetyczna - minimum 35 kWh", w pkt 3.4.5. Ładowanie bulet drugiemu nadać brzmienie:

„czas ładowania:

terminal jednofazowy (3,7 kW) - nie dłużej niż 22 godzin,

terminal jednofazowy (7,4 kW) - nie dłużej niż 12 godziny,

terminal trójfazowy (22 kW) - nie dłużej niż 12 godziny,

terminal trójfazowy (50 kW) - nie dłużej niż 3 godziny (do 80% całkowitej pojemności)."

- w pkt 3.4.6. Wyposażenie specjalne bulet trzeciemu nadać brzmienie:

„układ ładowania akumulatora trakcyjnego z różnych typów terminali w czasie od 3 godzin do 22 godzin”;

- w pkt 3.4.6. Wyposażenie specjalne wykreślić bulet siódme dotyczące wymogu „tryb jazdy ekologicznej uruchamiany przyciskiem „ECO”.

- pkt 3.4.7. Lakier nadać brzmienie:

„preferowany kolor - biały, srebrny lub inny jasny; Zamawiający dopuszcza też oklejenie pojazdu folią ochronną w kolorze wskazanym przez zamawiającego”.

- b. wykreślenie w 1) pkt 2.3., 2.4. i 2.5. OPZ oraz (2) w Rozdziale VIII SIWZ pt. Protokół z przeprowadzenia testu - ocena funkcjonalności Systemu e-kontroli SPPN, w części pn. Lista kontrolna funkcjonalności podlegającej ocenie Systemu e-kontroli SPPN postanowień o weryfikacji wymagań wskazanych w pkt 2.3., 2.4. i 2.5. OPZ;
- c. wykreślenie w Rozdziale I SIWZ pt. Instrukcja dla Wykonawców („IDW”), w pkt 10.3. wymogu złożenia zobowiązania podmiotów trzecich do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (w trybie art. 22a ust. 1 PZP) w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym podmiotu;
- d. dostosowanie w 16.2.4. IDW opisu oceny oferty w zakresie kryterium „Czas reakcji” w taki sposób, aby punktować najwyżej najkrótszy czas na usunięcie awarii;
- e. dostosowanie w pkt 16.2.5. IDW opisu oceny oferty w zakresie kryterium „Efektywność Systemu e-kontroli” w sposób gwarantujący porównywalność warunków oceny poprzez przyjęcie założenia dotyczącego oceny ofert w tym kryterium, że ilość zaparkowanych pojazdów i kolejność pojazdów, biorących udział w teście będzie identyczna dla wszystkich wykonawców;
- f. dostosowanie w pkt 16.2.5. IDW poprzez precyzyjne i jednoznaczne wskazanie obiektywnych i weryfikowalnych przesłanek zakończenia testu będącego podstawą przyznania punktów tym kryterium i powtórzenia tego testu w innym terminie albo wykreślenie przedmiotowych postanowień;

- g. dostosowanie w pkt 16.2.5. IDW opisu oceny oferty w zakresie kryterium „Efektywność Systemu e-kontroli” poprzez wskazanie krajów pochodzenia zagranicznych tablic rejestracyjnych badanych podczas testu oraz zagwarantowanie, iż zestaw tablic rejestracyjnych badanych podczas testu będzie identyczny dla wszystkich wykonawców;
- h. uzupełnienie SIWZ, w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie prawa opcji polegającego na dostawie dodatkowego samochodu elektrycznego, poprzez określenie terminu wykonania jego dostawy lub podstaw określenia terminu wykonania jego dostawy;
- i. dostosowanie Rozdziału IV SIWZ pt. Wzór Umowy („Wzór Umowy”) do postanowień art. 142 ust. 5 pkt 4 PZP poprzez wprowadzenie do postanowień Wzoru Umowy przesłanki zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych;
- j. dostosowanie Wzoru Umowy do art. 353(1) KC poprzez wprowadzenie do jego postanowień kar umownych za zwłokę w wykonaniu obowiązków umownych zamawiającego (nie mających charakteru świadczeń pieniężnych) w analogicznej wysokości jak kary umowne przewidziane we Wzorze Umowy za zwłokę w wykonaniu obowiązków wykonawcy (tj. w analogicznej wysokości jak kary umowne, wskazane w § 12 ust. 4 pkt 1 i pkt 2 Wzoru Umowy), ewentualnie poprzez wykreślenie kar umownych wskazanych w § 12 ust. 4 pkt 1 i pkt 2 Wzoru Umowy;
- k. dostosowanie Wzoru Umowy do art. 353(1) KC poprzez wprowadzenie do jego postanowień podstawy do skorzystania przez wykonawcę z umownego prawa do odstąpienia w sytuacji, gdy zamawiający wykonuje Umowę niezgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie lub w obowiązujących przepisach albo w istotny sposób naruszył postanowienia Umowy (tj. w analogicznej sytuacji jak przewidziana w § 13 ust. 6 pkt 1 Wzoru Umowy), ewentualnie wykreślenie podstawy skorzystania z umownego prawa do odstąpienia wskazanej w § 13 ust. 6 pkt 1 Wzoru Umowy;
- l. dostosowanie wzoru Umowy do art. 473 § 1 KC poprzez brak jednoznaczne sprecyzowania okoliczności stanowiących rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania w stosunku do okoliczności za które wykonawca ponosi na mocy ustawy ewentualnie poprzez wprowadzenie zmianę postanowień § 12 ust. 4 Wzoru Umowy polegającą zastąpieniu kar umownych za opóźnienie karami umownymi za zwłokę;

2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed składem orzekającym KIO;

3) przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia Izby pismem z 20 marca 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w zarzuty odwołania opisane w pkt 1 (w zakresie wymagania dotyczącego „trybu jazdy ekologicznej uruchamianej przyciskiem „ECO”), 4, 5, 6, 7 (w zakresie doprecyzowania opisu losowania kolejności samochodów w kolumnie pojazdów podczas testów), 8, 9, 11, 12 i 13. Pozostałe zarzuty odwołania nie zostały uwzględnione i zamawiający w tym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący podczas posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 3a zdanie pierwsze PZP jeżeli uczestnik postępowania, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesienie sprzeciwu co do uwzględnienia w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a odwołujący wycofa pozostałe zarzuty, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron uczestników postępowania odwoławczego.

W sprawie zaistniały wszystkie przesłanki wskazane w powołanym przepisie, zatem Izba na podstawie art. 186 ust. 3a PZP umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 PZP. O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, art. 186 ust. 6 pkt 1 PZP oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:
.....
.....