

Sygn. akt: KIO 441/18

POSTANOWIENIE
z dnia 19 marca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 19 marca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2018 roku przez wykonawcę **Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – : Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **IZAN + Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu na rzecz wykonawcy **Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie****

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 zmianami), 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

W dniu 7 marca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, odwołanie złożyli wykonawca wykonawcę **Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie**, dalej: „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Usługi transportu sanitarnego - 2 pakiety*” prowadzi **Zamawiający Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny z siedzibą w Warszawie**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 lutego 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 041-089750.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwanej „SIWZ”) oraz ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu w sposób sprzeczny z ustawą Pzp. Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- a) art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 484 § 2, art. 5 Kc w zw. z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy, polegające na nałożeniu w SIWZ rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych na Wykonawcę oraz polegających na zastrzeżeniu przez Zamawiającego uprawnienia do rozwiązania umowy bez uzasadnienia;
- b) art. 25 ust. 1 i ust 2 Pzp w zw. z §1 i § 2 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia („Rozporządzenie”) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wymaganie złożenia dokumentu - zezwolenia na używanie pojazdów samochodowych jako uprzywilejowanych w ruchu drogowym zgodnie z ustawą z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym, pomimo iż dokument ten nie jest wymieniony w katalogu zamkniętym dokumentów jakich może żądać Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej;
- c) art. 26 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie złożenia zezwolenia na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, podczas gdy w żadnej części SIWZ, w szczególności w części, w której opisywane są warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający nie wskazał jako wymaganych warunków lub okoliczności, które potwierdza lub obejmuje swoim zakresem zezwolenie;

- d) art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz niezgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, utrudniając lub wręcz uniemożliwiając dostęp do zamówienia podmiotom, które są w stanie zrealizować niniejsze zamówienie;
- e) art. 22 ust. 1b pkt 1), 2) i 3) w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe opisanie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości oraz przeprowadzenie zmian w dokumentacji postępowania, które spowodują usunięcie wszystkich naruszeń wskazanych w treści odwołania, w tym w szczególności nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ oraz ogłoszenia wraz z załącznikami w tym poprzez:

- a) modyfikację umowy poprzez modyfikację kar umownych i wprowadzenie adekwatnych wysokości za konkretne, opisane w umowie naruszenia, a także usunięcie pojęć niedookreślonych,
- b) usunięcie § 14 pkt 2 ppkt 2.5 projektu umowy, który daje Zamawiającemu uprawnienie do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia w przypadku dwukrotnego niewykonania lub nienależytego wykonania usługi.
- c) modyfikację SIWZ poprzez:
 - usunięcie ppkt 2.1.2 w rozdziale IV SIWZ; ewentualnie
 - zmianę brzmienia ppkt 2.1.2. w rozdziale IV SIWZ i nadanie mu nowego brzmienia: *„Zezwolenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na używanie pojazdów samochodowych, jako uprzywilejowanych w ruchu drogowym zgodnie z ustawą z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym lub oświadczenie Wykonawcy, że w terminie 5 dni od daty podpisania umowy na świadczenie usług transportu sanitarnego wystąpi do Ministra Spraw Wewnętrznych o wydanie powyższego zezwolenia oraz przekaże Zamawiającemu kopię złożonego wniosku w terminie 2 dni od jego złożenia.”*

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania albowiem wadliwy, naruszający zasadę uczciwej konkurencji, a w konsekwencji niezgodny z ustawą Pzp warunek udziału w postępowaniu określony w SIWZ oraz ogłoszeniu utrudnia (a w praktyce uniemożliwia) mu złożenie prawidłowej i zgodnej z warunkami określonymi przez Zamawiającego oferty, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Nieproporcjonalnie (rażąco wygórowane) ustalone kary umowne i inne postanowienia umowne, a także wymóg przedłożenia zezwoleń dla pojazdów na uprzywilejowanie w ruchu prowadzą bezpośrednio do narażenia Odwołującego na brak możliwości udziału w postępowaniu, pozyskaniu zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego). W przypadku uwzględnienia odwołania Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla Zamawiającego warunkach i podjąć działania w celu uzyskania zamówienia

w postępowaniu. Obecna treść SIWZ i ogłoszenia jest skonstruowana w sposób eliminujący Odwołującego (oraz potencjalnie inne podmioty) z możliwości ubiegania się o realizację zamówienia, mimo iż LMC posiada doświadczenie, wiedzę i wszystkie inne możliwości niezbędne do wykonania przedmiotu umowy w sposób należyty.

Odwołanie wniesione zostało z zachowaniem terminu przewidzianego w Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało więc braków formalnych.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **IZAN + Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

W dniu 16 marca 2018 roku Odwołujący przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało podpisane przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Odpowiadając na argumentację Odwołującego o możliwości zwrotu na jego rzecz całości wpisu, ponieważ Zamawiający odpowiedziami na pytania *de facto* dokonał uwzględnienia odwołania w całości, Izba stwierdza, że odróżnić należy czynności Zamawiającego polegające na odpowiedziach na pytania wykonawców zainteresowanych postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego od możliwości uwzględnienia części lub całości zarzutów w postępowaniu odwoławczym. Tak samo jak wykonawcy, którzy mogą działać dwutorowo, to jest jednocześnie zadawać pytania i korzystać ze środków ochrony prawnej, tak samo Zamawiający posiada odrębne uprawnienia do odpowiadania na pytania wykonawców w prowadzonym postępowaniu, a w przypadku wniesienia środka ochrony prawnej, może uwzględnić zarzuty takiego odwołania. Decyzja ta ma charakter formalny, oparcie w odrębnych przepisach ustawy Pzp w Dziale VI dotyczącym Postępowania odwoławczego i skutkuje szeregiem czynności do podjęcia choćby przez wykonawców przystępujących po stronie Zamawiającego. Wymagane jest też jasno i wyraźnie złożone oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu części lub całości odwołania. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający takiego oświadczenia nie złożył. Okoliczność, że w wyniku odpowiedzi na pytania Zamawiający zmodyfikował zapisy SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z intencją wykonawcy wnoszącego odwołanie, nie świadczy, że formalnie Zamawiający dokonał uwzględnienia takiego odwołania. To Odwołujący złożył jasne i klarowne oświadczenie, że cofa postawione zarzuty odwołania. Takie oświadczenie

prowadzić może jedynie do umorzenia postępowania i nakazania przez Izbę zwrotu na rzecz Odwołującego wysokości 90% wpłaconego wpisu. Przyczyny tej decyzji nie mają natomiast wpływu na postępowanie Izby w postępowaniu odwoławczym.

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. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący: