

Sygn. akt KIO 1419/19

POSTANOWIENIE

z dnia 5 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 5 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2019 r. przez wykonawcę **Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu;
3. oddalić wniosek zamawiającego - **Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu** o zasądzenie kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu na posiedzenie.

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 Radomiu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Spółka Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o., dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn. Kontrakt nr 65 pn. *Optymalizacja gospodarki osadowej wraz z modernizacją automatyki, sterowania pracą i zakupem niezbędnego wyposażenia na terenie oczyszczalni ścieków*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 133-328085 w dniu 12 lipca 2019 r.

W dniu 22 lipca 2019 r. spółka Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie, dalej „Odwołujący”, złożyła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na sporządzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, w szczególności wzoru umowy, w sposób niezgodny z przepisami Ustawy.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i przekraczający wymiar oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tj. określenie, że *instalacja krat i piaskownika była wykonana na komunalnej oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 250 000 RLM*,
2. art. 483, art. 484, art. 353¹ kc w zw. art. 139 ust. 1, art. 140 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie kar umownych:
 - w klauzuli 11.13 — *Kara za niedotrzymanie wartości gwarantowanej ubytku substancji organicznej na węźle dezintegracji i hydrolizy*, w sytuacji gdy Zamawiający przyjął parametr wyższy niż wynikający z projektu,
 - w klauzuli 11.14 - *Kara za zwiększenie wskaźnika zużycia energii cieplnej przy spalaniu gazu ziemnego*, w sytuacji gdy dotyczy ona parametrów pracy suszarni, nieobjętej przedmiotem zamówienia,Jak również (dla obu klauzul) w sytuacji gdy wykonawca nie ma wpływu na sposób eksploatacji ww. instalacji przez Zamawiającego, a który to sposób może prowadzić do przekroczenia wskazanych parametrów,
3. art. 353¹ kc w zw. art. 139 ust. 1, art. 140 oraz art. 29 ust. 3b ustawy Pzp poprzez

zawarcie w klauzuli 1.10.1 wzoru umowy wymaga:

- a) przekazania *oprogramowania aplikacyjnego sterowników w czytelnej wersji źródłowej,*
- b) przekazania *praw autorskich do modyfikowania oprogramowania aplikacyjnego sterowników,*
- c) przekazania *praw autorskich do modyfikowania oprogramowania aplikacyjnego/konfiguracji modułów telemetrycznych,*
- d) przekazania *kodów źródłowych, haseł administratorów oraz praw autorskich do modyfikowania oprogramowania aplikacyjnego/konfiguracji dla wszystkich dostarczonych stanowisk komputerowych i serwerów systemu SMiS*

jako wymagań nadmiernych, przekraczających standardy rynkowe w zakresie licencjonowania oprogramowania lub nawet niemożliwych do wykonania, w skład dostarczonych stanowisk komputerowych i serwerów wchodzi bowiem systemy operacyjne i oprogramowanie typu firmware, którego producenci nie zezwalają na jego modyfikację.

4. art. 353¹ kc w zw. art. 139 ust. 1, art. 140 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zawarcie w klauzuli:

- a) 4.1. odpowiedzialności za *uzyskanie gwarantowanych parametrów określonych w Kontrakcie pod rygorem uznania Kontraktu za wykonany nienależycie,* poprzez brak ograniczenia parametrów do parametrów, na które ma wpływ wykonawca i sytuacji wprowadzenia przez wykonawcę rozwiązań zamiennych,
- b) 4.2. dodatkowych, szczegółowych wymagań dla zabezpieczenia należytego wykonania składanego w formie gwarancji wobec braku uprawnienia w Pzp do ustanawiania takich warunków, jak również poprzez pełną dowolność Zamawiającego do uznania że *osoba wystawiająca gwarancję nie jest zdolna do dotrzymania swoich zobowiązań,* co może prowadzić do rozwiązania umowy,
- c) 4.4. dodatkowych, szczegółowych wymagań w zakresie umów o podwykonawstwo, tj. pkt 4.4.C.4, nakładającego obowiązek załączenia w umowie podwykonawczej kosztorysu dotyczącego wykonania robót określonych w umowie podwykonawczej z wyszczególnieniem:
 - 1) ceny materiału,
 - 2) ceny sprzętu,
 - 3) robocizny,co narusza zasadę swobody umów pomiędzy podwykonawcą a wykonawcą w sposób nieuzasadniony i uniemożliwia zawarcie umów ryczałtowych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób określony w odwołaniu.

Odwołujący pismem z dnia 2 sierpnia 2019 r. oświadczył, iż cofa odwołanie w całości. Oświadczenie o wycofaniu zostało złożone przez osobę upoważnioną do reprezentowania Odwołującego i stanowi podstawę do umorzenia postępowania odwoławczego stosownie do art. 187 ust. 8 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z cofnięciem odwołania przed otwarciem rozprawy, Izba postanowiła o zwrocie na rzecz Odwołującego 90% wpisu, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) 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), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Na podstawie ww. przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu na posiedzenie. Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b) rozporządzenia Izba zasądza koszty zgodnie z przepisami rozporządzenia na podstawie § 3 pkt 2, od Odwołującego na rzecz Zamawiającego lub wnoszącego sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy. Stosownie zaś do § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej kosztami, zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b) lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby, b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Biorąc pod uwagę, że Odwołujący cofnął odwołanie w dniu 2 sierpnia 2019 r. (piątek), a posiedzenie z udziałem stron wyznaczono na dzień 5 sierpnia 2019 r. (poniedziałek) nie

ziściła się przesłanka cofnięcia odwołania na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania (uprawnijająca do zasądzenia Zamawiającemu kosztów zastępstwa i dojazdu).

W ocenie Izby skoro termin posiedzenia został wyznaczony na dzień 5 sierpnia 2019 r. na godz. 13:00 to Odwołujący - chcąc nie ponosić kosztów zastępstwa procesowego strony przeciwnej oraz dojazdu na posiedzenie – mógł cofnąć wniesione odwołanie w terminie do dnia 4 sierpnia 2019 r. do godz. 24.00, zgodnie z zasadami Kodeksu cywilnego.

Ponadto, Odwołujący do pisma z dnia 2 sierpnia 2019 r. załączył wydruk z poczty elektronicznej z dnia 2 sierpnia 2019 r. z godz. 17:48 z informacją o cofnięciu odwołania przesłaną na adres mailowy b..g.@woda.radom.pl. Jest to adres mailowy osoby uprawnionej do kontaktów z wykonawcami, wskazany zarówno na str. 3 ogłoszenia opublikowanego na stronie internetowej Zamawiającego, jak również w pkt I.1 ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 133-328085 w dniu 12 lipca 2019 r. Zatem, nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający zapoznał się z informacją o cofnięciu odwołania w dniu 5 sierpnia 2019 r. w godzinach porannych.

Przewodniczący: