

Sygn. akt: KIO 182/12

POSTANOWIENIE
z dnia 7 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron **w dniu 7 lutego 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **ASSECO POLAND SA, 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, 02-591 Warszawa, ul. Stefana Batorego 5,**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ASSECO POLAND SA, 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** kwoty **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego – na usługę rozbudowy SI CEPIK w zakresie CEP-S, dostosowanie systemu do wymogów Ustawy o kierujących pojazdami oraz inicjatyw od użytkowników końcowych, zostało wszczęte przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, 02-591 Warszawa, ul. Stefana Batorego 5 zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 11-017440 w dniu 18/01/2012 r.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 13 stycznia 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 stycznia 2012 r. pod numerem 2012/S 11-017440.

Wykonawca Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 27 stycznia 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 stycznia 2012 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- wykreślenie z Sekcji 11.1.5) ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu zdania: „*W ramach wynagrodzenia wynikającego z Umowy Wykonawca, w terminie realizacji zamówienia (do dnia 30.06.2015) zobowiązany jest uwzględnić opublikowane w tym okresie zmiany przepisów prawa dotyczących Systemu oraz zrealizować usługi w zakresie dostosowania i modyfikacji Systemu do tych zmian*”, ewentualnie;

- dokonanie zmiany Sekcji 11.1.5) ppkt 2 w sposób, który określi zakres przedmiotu zamówienia w części dotyczącej realizacji usług w zakresie dostosowania i modyfikacji Systemu do zmian w przepisach prawa dotyczących Systemu jakie zostaną opublikowane do dnia 30.06.2015 r. w sposób zgodny z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący pokreślił, iż w sekcji 11.1.5) ppkt 2 ogłoszenia dotyczącej przedmiotu zamówienia Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał: *„W ramach wynagrodzenia wynikającego z Umowy Wykonawca, w terminie realizacji zamówienia (do dnia 30 czerwca 2015) zobowiązany jest uwzględnić opublikowane w tym okresie zmiany przepisów prawa dotyczących Systemu oraz zrealizować usługi w zakresie dostosowania i modyfikacji Systemu do tych zmian”*.

Zdaniem Odwołującego cytowana treść ogłoszenia wskazuje, że do obowiązków wykonawcy należeć będzie: uwzględnienie w trakcie obowiązywania umowy opublikowanych w tym okresie zmian przepisów prawa dotyczących Systemu Informatycznego Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców (dalej: „System”), a tym samym zrealizowanie usług w zakresie dostosowania i modyfikacji Systemu do tych zmian.

Zdaniem Odwołującego analiza treści ogłoszenia o zamówieniu wskazuje, iż wskazany powyżej zakres zamówienia wynikający z sekcji 11.1.5) ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu jest niezależny od zakresu zamówienia wynikającego z sekcji 11.1.5) ppkt 1 ogłoszenia. Mając na uwadze okoliczność w której będąca przedmiotem odwołania treść ogłoszenia o zamówieniu stanie się następnie elementem opisu przedmiotu zamówienia należy stwierdzić, iż już na obecnym etapie postępowania zasadne jest stwierdzenie, iż treść tego ogłoszenia jest niezgodna z art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji z zasadami udzielania zamówień publicznych wynikającymi z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasadą równego traktowania oraz uczciwej konkurencji. Z treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż przedmiot zamówienia należy opisywać: w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zdaniem Odwołującego, przedmiot zamówienia opisany w ten sposób, iż w ramach wynagrodzenia wynikającego z Umowy wykonawca zobowiązany jest zrealizować usługi w zakresie dostosowania i modyfikacji Systemu do wszelkich opublikowanych w okresie realizacji umowy (do dnia 30 czerwca 2015 r.) tj. nie dających się przewidzieć w momencie składania oferty zmian w przepisach prawa dotyczących tego Systemu pozostaje w sprzeczności ze wskazaną powyżej normą art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Przy takim opisie przedmiotu zamówienia, Odwołujący nie jest w stanie skalkulować wynagrodzenia, które

byłoby ekwiwalentne do takiego zakresu zamówienia. W konsekwencji trudno wyobrazić sobie, aby oferty składane przez wykonawców były porównywalne, co następnie może uniemożliwić wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zauważył, iż przy uwzględnieniu przyjętego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert jakim jest wyłącznie „cena” treść ogłoszenia w zakresie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny wskazuje, iż wynagrodzenie za wykonanie zamówienia ma charakter ryczałtowy. Tym samym bez względu na ostateczne koszty wykonawcy z tytułu realizacji usług w zakresie dostosowania i modyfikacji Systemu do wszelkich opublikowanych w okresie realizacji umowy (do dnia 30 czerwca 2015 r.) zmian w przepisach prawa przysługiwać mu będzie wyłącznie wskazane w ofercie „z góry” określone wynagrodzenie. Równocześnie Odwołujący nie ma żadnych podstaw aby założyć, że w treści SIWZ, np. w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny oferty lub w projekcie umowy pojawiają się zapisy zmieniające wynikający z ogłoszenia o zamówieniu sposób kalkulacji ceny w zakresie przedmiotowych usług. Zmiana taka byłaby ponadto niedopuszczalna w świetle wskazanego wyżej art. 38 ust.4b ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, wynikający z ogłoszenia o zamówieniu zakres zobowiązania wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia za wykonanie którego przysługiwać mu będzie wynagrodzenie ryczałtowe narusza wyrażoną w art. 487 § 2 kodeksu cywilnego zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej. Treść tego przepisu w powiązaniu z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przesądza, iż trudno mówić o ekwiwalentności świadczeń w sytuacji w której wykonawca kalkulując cenę swojej oferty nie jest w stanie odnieść jej do dającego się przewidzieć zakresu usług. Sprzeczność przyjętego przez Zamawiającego sposobu określenia/opisu przedmiotu zamówienia z przepisami ustawy Pzp znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 2 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 184/10 oraz wyrok z dnia 14 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 812/09, KIO/UZP 833/09).

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności Odwołujący stwierdził, iż dla zapewnienia w toku postępowania zasad równego traktowania oraz uczciwej konkurencji konieczne jest dokonanie zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie sekcji 11.1.5) ppkt 2. Pozostawienie ogłoszenia w obecnej treści, a tym samym ukształtowanie przedmiotu zamówienia oraz zasad kalkulacji ceny oferty w sposób wynikający z treści tego ogłoszenia utrudnia wykonawcom złożenie oferty, a ewentualnie złożone oferty będą nieporównywalne.

Zamawiający wezwał w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie.

W dniu 7 lutego 2012 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron w przedmiotowej sprawie.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Zamawiający potwierdził, iż uwzględnił wszystkie zarzuty odwołania i uczyni zadość żądaniom Odwołującego.

Mając powyższe na względzie Izba stwierdziła, że skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości oraz postanowił zgodzić się z zarzutami Odwołującego, stwierdzić należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty i istnieją podstawy do umorzenia postępowania na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, wobec dokonanych przez Izbę ustaleń, że:

1. Zamawiający przed otwarciem rozprawy uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz potwierdził na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, iż uczyni zadość żądaniom Odwołującego,
2. po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca

Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie § 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. Nr 41, poz. 238) jednocześnie orzekając w

tym zakresie o konieczności dokonania zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

.....