

POSTANOWIENIE
z dnia 24 października 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

Wobec cofnięcia w dniu 23 października 2019 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2019 roku, przez Wykonawcę **ADD Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Enea Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**

przy udziale Wykonawcy **UAB „ELGAMA – ELEKTRONIKA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wilnie (Republika Litewska)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2036/19 po stronie Odwołującego

postanawia:

- 1) **umarza postępowanie odwoławcze,**
- 2) **nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego ADD Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Enea Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa specjalnych liczników energii elektrycznej - postępowanie nr: RPUZ/P/0597/2019/DN/NU„ zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 października 2019 roku 2019/S 189-460809. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 11 października 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę: ADD Polska Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej Odwołującym) w którym Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych przez naruszenie przepisów ustawy przez obrazę przepisów art. 9a ust.1 Pzp w związku z art. 25 ust 1 pkt 2 Pzp i § 13 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 112.6 ze zm.), art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 58 § 1 i § 2 w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego (dalej „Kc”) w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp, w związku z art. 7 ust, 1 Pzp ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z zasadami określonymi Prawem zamówień publicznych, a w szczególności z naruszeniem, zasad, uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz proporcjonalności, reguł wyznaczania terminów składania ofert, określenie wymagań, przedmiotu zamówienia i warunków realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż ten naruszył następujące przepisy Pzp i Kc:

- 1) art. 9a ust. 1 Pzp w związku z art. 25 ust 1 pkt 2 Pzp zgodnie z którymi: *„Wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert; zamawiający uwzględnił złożoność zamówienia oraz, w przypadku ofert, czas potrzebny na sporządzenie ofert, z zachowaniem określonych w ustawie minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczanie do, udziału w postępowaniu lub ofert”* oraz *„W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi*

lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego spełnianie przez oferowane dostawy usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego” w związku z § 13 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.) zgodnie z którymi: „W celu potwierdzenia ,że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

- 2) certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia;*
- 3) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym”;*

poprzez żądanie certyfikatu i raportów, o których mowa w pkt 6.13 lit a tiret 2,5 i 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w terminie niemożliwym do ich pozyskania

(w aktualnym terminie składania ofert), co spowodowało, w wyniku naruszenia reguł wyznaczania terminu składania ofert;

- 2) art 29 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż: „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a stąd taki który utrudnia zrozumienie intencji i wymagań Zamawiającego oraz powoduje brak możliwości ustalenia jego jednoznacznego zakresu i parametrów, które ma spełniać, a tym samym należyte przygotowanie oferty;*
- 3) art. 29, ust 2 Pzp, który stanowi, iż: „ Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny, zawierający wymagania, które może spełnić tylko jeden Wykonawca;*
- 4) art. 58 § 1 i 2 Kc, które stanowią: „Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście, ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego” w zw. z art. 5 Kc o treści: „Nie można czynić ze swego prawa*

użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony” w zw. z art 14 ust. 1, Pzp w brzmieniu: „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej” w związku z art. 7 ust 1 poprzez określenie warunków udziału w przetargu (warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia) w sposób naruszający powołane przepisy w taki sposób, że może je spełnić tylko jeden Wykonawca, tym samym czyniąc ogłoszony przetarg nieograniczony pozornym; jednocześnie Zamawiający dokonał ustalenia warunków przetargu nadużywając swoich praw do określenia warunków przetargu w sposób uzasadniający obiektywne potrzeby Zamawiającego i postępując z naruszeniem zasad współżycia społecznego;

- 5) art. 7 ust. 1 Pzp, w świetle którego: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”* poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania, w szczególności ze względu na wskazane powyżej naruszenia.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę wadliwych prawnie, a w szczególności nieuzasadnionych, nieprecyzyjnych, nieproporcjonalnych i dyskryminujących postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w zakresie warunku udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia i warunków realizacji zamówienia (zawartych w SIWZ, w tym we wzorze umowy), tj.:

- poprzez wprowadzenie zmian określonych w treści uzasadnienia a ponadto o:
- zwrot kosztów postępowania zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092) oraz rozporządzeniem 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).

W dniu 14 października 2019 r. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie Wykonawca UAB „ELGAMA – ELEKTRONIKA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wilnie (Republika Litewska) wnosząc o uwzględnienie odwołania.

W dniu 23 października 2019 r. Odwołujący, przed otwarciem rozprawy złożył pismo – Wniosek w sprawie cofnięcia odwołania, w którym oświadczył, że cofa w całości odwołanie oraz wnosi o zwrot z 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

W tym stanie rzeczy Izba – zgodnie z przepisem art. 187 ust. 8 zd. pierwsze ustawy PZP – postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

Ponadto zgodnie z art. 187 ust. 8 zd. drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 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 poz. 972) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego w wysokości 15 000 zł 00 gr.

Przewodniczący: