

Sygn. akt KIO 2610/17

POSTANOWIENIE
z dnia 27 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 27 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2017 r. przez odwołującego - **PRZEDSIĘBIORSTWO PROJEKTOWO-WDROŻENIOWE "KOLTECH" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ** Racibórz 47-400 ul. Gospodarcza 2 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Intercity Spółka Akcyjna Warszawa 02-305 ul. Aleje Jerozolimskie 142A,**

przy udziale wykonawcy: **Fabryka Obrabiarek RAFAMET S.A. Kuźnia Raciborska 47-420 ul. Staszica 1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego - **PRZEDSIĘBIORSTWO PROJEKTOWO-WDROŻENIOWE "KOLTECH" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ** Racibórz 47- 400 ul. **Gospodarcza 2** kwoty **13.500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy) stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - Przedsiębiorstwo Projektowo-Wdrożeniowe "KOLTECH" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz.1579), (ustawa Pzp), którego przedmiotem jest: „Dostawa tokarki podtorowej wraz z modernizacją stanowiska pomiarowego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: Numer: 2017/S 133-272941.

Zamawiający - PKP Intercity Spółka Akcyjna z Warszawy - zdaniem Odwołującego, naruszył:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp oraz w zw. z art. 29 ust. 3 Pzp i art. 30 ust. 4 i ust. 5 Pzp z uwagi na przyjęcie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i w ślad za tym podlega odrzuceniu, w sytuacji gdy rozwiązanie techniczne zaoferowane przez Odwołującego jest rozwiązaniem równoważnym względem rozwiązań opisanych w SIWZ, a okoliczność ta została przez Odwołującego stosownie wykazana na etapie składania oferty, względnie mogła być przedmiotem dodatkowego wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 29 ust. 3 Pzp i art. 30 ust. 4 Pzp i w zw. z art. 65 Kc z uwagi na przyjęcie, że SIWZ nie dopuszczała zaoferowania rozwiązań równoważnych w zakresie materiału, z którego ma być wykonany korpus i łożen zamawianego urządzenia, co skutkowało przyjęciem, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ w sytuacji, gdy wykładnia zapisów SIWZ dokonana na zasadach art. 65 Kc potwierdza, że Zamawiający dopuścił zaoferowanie rozwiązań równoważnych w zakresie, o którym mowa;

3) art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza.

Ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Izba uznała, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dopuszczono rozwiązań równoważnych lub nie dopuszczono ich w zakresie materiału, z którego ma być wykonany korpus i łoże urządzenia lub jeśli ze specyfikacji wynikać miałyby, że korpus lub łoże ze stali nie jest rozwiązaniem równoważnym,

4) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp z uwagi na zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, że czynności Zamawiającego w postępowaniu są obarczone niemożliwymi do usunięcia wadami, uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wady te polegają na zaniechaniu dopuszczenia zaoferowania w postępowaniu rozwiązań równoważnych względem wymogów opisanych przez Zamawiającego w SIWZ w sytuacji, gdy rozwiązania równoważne do opisanych w SIWZ w zakresie materiałów, z których może być wykonany korpus i łoże urządzenia gwarantują osiągnięcie co najmniej takich samych właściwości

urządzenia, jak te opisane w SIWZ, a nadto w sytuacji, gdy taki opis przedmiotu zamówienia narusza zasadę równego traktowania wykonawców preferując w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego urządzenia produkowane przez konkretnych wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy Fabryka Obrabiarek „RAFAMET” S.A., z siedzibą w Kuźni Raciborskiej [RAFAMET], unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym ewentualnie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższych żądań: unieważnienia postępowania jako objętego wadą niemożliwą do usunięcia, która uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Fabryka Obrabiarek „RAFAMET” S.A., z siedzibą w Kuźni Raciborskiej [RAFAMET] wnosząc o oddalenie odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 20.12.2017 r.) Zamawiający w zakresie zarzutu naruszenia: (1) art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 30 ust. 4 Pzp, a także (2) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp – w zakresie w jakim dotyczą opisu przedmiotu zamówienia, wniósł o ich nierozpatrywanie. Podniósł, że wykonawca w ich uzasadnieniu kwestionuje postanowienia będące częścią opublikowanej w lipcu 2017 r. specyfikacji, co jest tym samym spóźnione. Wskazał, że dotyczy to w szczególności informacji zawartych na str. 8-12 odwołania (do pkt 2) oraz str. 14 odwołania.

Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego, informując Odwołującego, że zarzuty wskazane dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, będącego częścią opublikowanej w lipcu 2017 r. specyfikacji, a mianowicie art. 29 ust. 2 i 3, art. 30 ust. 4 Pzp, zostały podniesione po terminie wymaganym art. 182 ust.1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Także wobec odpowiedzi udzielonej w dniu 9/08/2017 na pytanie 1 w procedurze wyjaśnień ewentualna „wada postępowania” mogła zostać ujawniona wobec spornego wymagania dla materiału z których mogły być wykonywane elementy tokarki, najpóźniej w dacie udzielonej odpowiedzi. Tym samym także podnoszony zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp w odwołaniu z dnia 8/12/2017 jest zarzutem podniesionym po terminie wymaganym art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe ustalenie powoduje, że nie jest możliwe rozpoznanie przez Izbę tych zarzutów na rozprawie.

Odwołujący oświadczył, że w pozostałym zakresie zarzuty nie są przez niego podtrzymane.

Izba stwierdza, że postępowanie odwoławcze w stanie faktycznym sprawy oraz z uwagi na złożone przez wykonawcę oświadczenie podlega umorzeniu na podstawie art. 187 ust.8 zdanie pierwsze ustawy Pzp. Izba ponadto, zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie 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 Nr 41, poz. 238 ze zm.), orzekła również o zwrocie na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego w wysokości 15.000 zł.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....