

**Sygn. akt: KIO 1075/17**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 13 czerwca 2017 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 13 czerwca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2017 roku przez **ATEM - Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Gminę Daleszyce z siedzibą w Daleszycach**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu na rzecz wykonawcy **Odwolującego ATEM - Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni****

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 Kielcach**.

**Przewodniczący:**

## **Uzasadnienie**

W dniu 29 maja 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **ATEM - Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni**, dalej: „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Wsparcie gospodarki niskoemisyjnej poprzez modernizację oświetlenia ulicznego ZIT KOF na obszarze Gminy Daleszyce*.

Postępowanie prowadzi Zamawiający – Gmina Daleszyce. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 kwietnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 067-126344. Zmiana treści SIWZ oraz ogłoszenia, na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego poprzednio złożonego odwołania, mająca istotny wpływ na złożenie oferty została zamieszczona 17 maja 2017 r.

Odwołujący zarzucał, że Zamawiający swoim postępowaniem polegającym na zmianie opisu przedmiotu zamówienia, do którego zobowiązał się uwzględniając poprzednie odwołanie, przed rozprawą w KIO ma charakter pozorny i nie wyczerpuje zakresu odwołania. Zamawiający tym samym uchybił następującym przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 29 ust. 1, 2 oraz 3 ustawy Pzp poprzez niezasadne i niezgodne z prawem przywołanie w opisie charakterystycznych dla tego produktu cech techniczno-użytkowych sterowania marki Telensa, co w konsekwencji prowadzi do wyeliminowania produktów innych producentów o tej samej funkcjonalności. Wprawdzie nie zostały przywołane wprost nazwy tego producenta oraz zostały dopuszczone inne architektury systemów sterowania ale dalej pozostały zapisy charakterystyczne dla specyfikowanego w SIWZ przed zmianą systemu Telensa.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zmianę treści SIWZ na zgodną z ustawą Pzp, w zakresie określonym w uznaniu treści poprzedniego odwołania, do czego Zamawiający zobowiązał się w KIO.

2) w przypadku braku możliwości zmiany treści na zgodną z Ustawą o unieważnienie postępowania.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ zapisy w treści SIWZ uniemożliwiają lub w istotny sposób utrudniają złożenie korzystnej oferty, wskazując konkretnego dostawcę produktu, co jest sprzeczne z ustawą Pzp. Odwołanie zmierza do zakwestionowania czynności Zamawiającego, jaką jest istotne ograniczenie konkurencji. Ponadto, w związku ze skrajnie nieprecyzyjnym i sprzecznym z ustawą opisem przedmiotu zamówienia w praktyce nie może zostać dokonany właściwy wybór najkorzystniejszej oferty. Postępowanie obarczone jest wadą, która skutkuje brakiem możliwości właściwego, zgodnego z prawem dokonania najkorzystniejszej oferty oraz brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy o zamówienia publiczne. W przypadku potwierdzenia się zarzutów Odwołującego, a w konsekwencji zmiany treści SIWZ na zgodną z ustawą Pzp, ma on szansę na uzyskanie zamówienia, natomiast bez uwzględnienia takie szanse praktycznie nie istnieją. Zarówno Odwołujący jak i interes społeczny może doznać uszczerbku na skutek czynności Zamawiającego, w postaci doprowadzenia do sytuacji, że przy takim opisie przedmiotu zamówienia tylko wybrana firma może pozyskać to zamówienie, czyniąc postępowanie o zamówienie publiczne pozornym pod kątem przepisów ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie nie zgłoszono żadnych przystąpień.

W dniu 9 czerwca 2017 roku Odwołujący przed otwarciem rozprawy wyznaczonej na dzień 12 czerwca 2017 roku złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało podpisane przez osoby umocowane do działania w imieniu wykonawcy.

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 uiszczzonego

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:**