

Sygn. akt: KIO 1830/17

POSTANOWIENIE
z dnia 13 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Monika Szymanowska
Klaudia Szczytowska - Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **13 września 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 września 2017 r.** przez wykonawcę **KORONA JV Sp. z o.o. ul. Przy Bażantarni 11, 02-793 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Oficerska 16a, 10-218 Olsztyn**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **KORONA JV Sp. z o.o. ul. Przy Bażantarni 11, 02-793 Warszawa** kwoty **15 000 zł 00 gr** (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 (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 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 Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa polietekrolitu do zagęszczania i odwadniania osadów o nazwie handlowej PREASTOL K 255 I; prod. Ashland Deutschland GmbH Enviromental and Prozess Solutions CPV 24.54.20.00”, Znak sprawy: PZP-372/TL-46/17, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 160 - 331520 z 23.08.2017 r., przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Oficerska 16a, 10-218 Olsztyn zwane dalej: „Zamawiającym”. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwane dalej: „SIWZ” oraz ogłoszenia o zamówieniu w dniu 23.08.2017 r.

W dniu 04.09.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) KORONA JV Sp. z o.o., ul. Przy Bażantarni 11, 02-793 Warszawa zwana dalej: „KORONA JV Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” wniosła odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 04.09.2017 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- dokonania niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia,
- dokonania opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków jego realizacji w sposób naruszający uczciwą konkurencję,
- ustanowienia pozornej równoważności względem produktu referencyjnego,
- wprowadzenia do projektu umowy (załącznik do SIWZ) postanowień dotyczących listy kwalifikowanych wykonawców, pomimo zaniechania ustanowienia systemu kwalifikowania wykonawców. Skutkowało to naruszeniem przez Zamawiającego:

I.art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp, poprzez nieuzasadnione specyfiką zamówienia posłużenie się w opisie przedmiotu zamówienia nazwą handlową oraz nazwą producenta polielektrolitu, a w konsekwencji dokonanie niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia przez pominięcie wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a to:

1. zaniechanie dokonania opisu osadów, które mają zostać poddane zagęszczaniu lub odwodnieniu,

2. zaniechanie podania informacji o maszynach na jakich Zamawiający dokonywać będzie zagęszczania i odwadniania osadów,
3. zaniechanie dopuszczenia prób technicznych, celem jak najlepszego dopasowania polielektrolitu do rodzaju osadów,
4. zaniechanie podania stopnia odwodnienia osadu jaki Zamawiający zamierza otrzymać po procesie zagęszczania/odwadniania osadu,
5. zaniechanie określenia ilości zawiesiny (mg/dcm³), którą winien zawierać filtrat pochodzący z procesu zagęszczania/odwadniania,
6. zaniechanie wskazania parametru oczekiwanej wydajności polielektrolitu, a to ilości polielektrolitu, która winna być zużyta w celu otrzymania 1 tony suchej masy osadu,
7. opisanie parametrów technicznych polielektrolitu w sposób niezgodny z właściwościami fizyko-chemicznymi polielektrolitów oraz ich przeznaczeniem, a to:
 - w szczególności temperatury krzepnięcia i lepkości produktu przez wskazanie z góry określonych wartości, podczas gdy zgodnie ze specyfiką polielektrolitów (zobrazowaną w specyfikacjach technicznych produktów) parametry ww. cech są określane widełkami/zakresami (min. ... do max. ...), a parametry poszczególnych partii wyprodukowanych polielektrolitów mogą się od siebie różnić, w określonych z góry zakresach (w granicy normy producenta), co pozostaje jednakże bez wpływu na skuteczność działania preparatów i ich wydajność, powyższe z jednej strony nie daje Zamawiającemu gwarancji uzyskania najlepszych efektów zdanych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów (których jednakże w SIWZ nie wskazano), z drugiej natomiast uprzywilejowuje wykonawców oferujących produkt PREASTOL K 255 L, prod SOLENIS LLC, 500 Hercubs Drive, Wilmington, DE 19808, USA (dawna nazwa Ashland Deutschland GmbH Enviromental and Prozess Solutions będąca w obrocie prawnym do 31.07.2014), a pozostałym wykonawcom uniemożliwia należyte skonstruowanie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia.
8. Opisanie parametrów technicznych polielektrolitu w sposób niezgodny z właściwościami fizyko-chemicznymi polielektrolitów oraz ich przeznaczeniem, a to dopuszczenie dla parametrów typu: gęstość nasypowa, lepkość przy koncentracji (1,0% i 0,3%) oraz wartość pH przy stężeniu, wartości w przybliżeniu, tj. „ok. ...” podczas gdy przedmiot zamówienia winien zostać opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a tymczasem użycie pojęcia „około” nie daje wykonawcom pewności, jakie parametry ich produktów Zamawiający uzna za wystarczająco bliskie pożądanym parametrom, natomiast Zamawiającemu pozwala na zupełną dowolność w ocenie zgodności parametrów zaoferowanego produktu z wymaganiami SIWZ.

II. art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp w zw. z art. 36 ust 1 pkt 3 i 16 Pzp w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp, poprzez niczym nieuzasadnione określenie przedmiotu zamówienia, w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, a to:

1. narzucenie wykonawcom obowiązku dostarczenia oświadczenia producenta PRAESTOL K 255 L (prod. SOLENIS LLC) o prawie do jego sprzedaży przez wykonawcę na terytorium Polski, a w konsekwencji uniemożliwienie potencjalnym wykonawcom zaoferowania produktów o innych właściwościach, innych producentów niż ww. wymieniony, które jednakowoż byłyby odpowiednie do celów założonych przez Zamawiającego i umożliwiły osiągnięcie pożądaných efektów technologicznych,

2. postawienie niepopartego względami technologicznymi ani użytkowymi wymogu, iż polielektrolit nie może mieć terminu trwałości krótszego niż 12 miesięcy, podczas gdy tak określona trwałość cechuje tylko jeden produkt na rynku - PREASTOL K 255 L i przez to ogranicza konkurencję, a Zamawiający nie ma rzeczywistej potrzeby przechowywania polielektrolitu przez okres przekraczający 2 do 6 miesięcy (trwałość pozostałych polielektrolitów na runku), ponieważ przewidział w przetargu sukcesywne dostawy preparatu - „w zależności od potrzeb Zamawiającego”, w tym 6 dostaw w ciągu pierwszych 12 miesięcy i 6 dostaw w ciągu kolejnych 12 miesięcy,

3. poprzez żądanie od wykonawców posiadania dla polielektrolitu deklaracji zgodności producenta z normami, podczas gdy polielektrolity nie są objęte dyrektywami Nowego Podejścia, a tym samym nie mają do nich zastosowania normy zharmonizowane, w konsekwencji czego nie ma podstaw prawnych do wystawienia przez producenta deklaracji zgodności UE/WE,

4. poprzez żądanie od wybranego wykonawcy dostarczenia wraz z produktem międzynarodowego listu przewozowego, co tym samym w sposób nieuzasadniony wyklucza z grona potencjalnych oferentów wszystkich przedsiębiorców, którzy dostarczać będą Zamawiającemu polielektrolit z terenu Polski, mogąc tym samym wystawić krajowy list przewozowy, a nie międzynarodowy list przewozowy [wystawiany gdy przewóz rozpoczyna się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej].

III. z daleko idącej ostrożności, jeżeli powyższe zarzuty nie znalazłyby uznania Izby, Odwołujący zarzuca naruszenie przepisów art. 29 ust. 3 Pzp w z art. 29 ust. 2 Pzp zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp, przez wyłącznie pozorne dopuszczenie możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych do oczekiwanego produkty o nazwie PREASTOL K 255 L, przez ustanowienie wymogu identyczności wszystkich parametrów produktu referencyjnego i równoważnych, podczas gdy równoważność winna polegać na określeniu progów pewnych rzeczywiście istotnych z punktu widzenia Zamawiającego funkcjonalności, a to stopnia wydajności polielektrolitu i efektu technologicznego, które zapewnić miałyby produkty równoważne i referencyjny.

IV. art. 134a i n. Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, przez wprowadzenie do projektu umowy sankcji związanych z zakwalifikowaniem lub pozostawieniem wykonawców na Liście Kwalifikowanych Wykonawców, pomimo braku ustanowienia systemu kwalifikowanych wykonawców w przewidzianej do tego celu procedurze, co wprowadza wykonawców w błąd

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania zapisów ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ poprzez:

1. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, w tym w szczególności rezygnację z odgórnego narzucania parametrów technicznych właściwości funkcjonalno-chemicznych polielektrolitów, a w miejsce tego uzupełnienie przedmiotu zamówienia o:

- opis osadów, które mają zostać poddane zagęszczaniu lub odwodnieniu [w szczególności: % suchej masy osadu podawanego na maszynę (osad uwodniony), % zawartość części organicznych w osadzie przefermentowanym],
- informacje o rodzaju i warunkach pracy maszyn na jakich Zamawiający dokonywać będzie zagęszczania i odwadniania osadów oraz o ilości (m³/godz.) osadu podawanego na maszynę,
- minimalny stopień odwodnienia osadu jaki Zamawiający zamierza otrzymać po procesie zagęszczania/odwadniania osadu (w procentach),
- określenie maksymalnej ilości zawiesiny (mg/dm³), którą winien zawierać filtrat pochodzący z procesu zagęszczania/odwadniania (stężenie zawiesiny w odcieku),
- wskazanie parametru oczekiwanej wydajności polielektrolitu, a to maksymalnej ilości polielektrolitu, która winna być zużyta w celu otrzymania 1 tony suchej masy osadu,
- dopuszczenie prób technologicznych, celem doboru polielektrolitu do właściwości występującego u Zamawiającego osadu (przykładowo: dopuszczenie oferentów do poboru próbek osadu, celem wykonania przez oferentów badań laboratoryjnych, a następnie umożliwienie wykonawcom wykonania próby technicznej na maszynach Zamawiającego, celem wykazania zgodności polielektrolitu z opisem przedmiotu zamówienia]; Zamawiający winien zapewnić takie same warunki do przeprowadzenia prób technologicznych wszystkim wykonawcom, na każdym etapie postępowania, tak aby uzyskiwane wyniki były porównywalne a procedura zgodna z art. 7 ust. 1 Pzp,

2. wykreślenie z dokumentacji przetargowej (SIWZ i ogłoszenie] odniesień do nazwy handlowej PREASTOL K 255 L i producenta tego produktu, tj. SOLENIS LLC oraz produktów równoważnych,

3. dopuszczenie wizji lokalnej wraz z możliwością dokonania próby technicznej,

4. skrócenie terminu ważności polielektrolitu z 12 miesięcy do maksymalnie 6 miesięcy,

5. zaniechanie żądania od wykonawców przedłożenia deklaracji zgodności producenta wyrobu z normami oraz oświadczenia, że przedmiot zamówienia posiada ww. deklarację,
6. zmianę § 4 ust 1 projektu umowy, przez rezygnację z „międzynarodowego listu przewozowego”, a w jego miejsce wpisanie „listu przewozowego”,
7. zmianę § 2 ust. 3 projektu umowy, przez jego wykreślenie. Odwołanie zostało podpisane przez P.Z. ujawnionego w załączonym do odwołania wydruku KRS-u i umocowanego do samodzielnej reprezentacji.

Zamawiający w dniu 05.09.2017 r. (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpień nie miały miejsca.

W dniu 11.09.2017 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości i stwierdził, że dokona zmiany SIWZ zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu oraz przepisami Pzp. Jednocześnie także stwierdził, że lista o której mowa we wzorze umowy nie odnosi się do systemu kwalifikowania wykonawców, o którym mowa w Pzp. Przedmiotowy zapis wynika z wewnętrznych obowiązujących u Zamawiającego standardów – Zintegrowanego Systemu Zarządzania. Zapis w projekcie umowy (załącznik do SIWZ) dotyczy Listy kwalifikowanych wykonawców zostanie doprecyzowany. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez P.Z. W. Pancer osobę ujawnioną w załączonym do odpowiedzi na odwołanie wydruku KRS-u i umocowaną do samodzielnej reprezentacji.

Izba, biorąc pod uwagę uwzględnienie w całości odwołania, oraz brak zgłoszonych przystąpień po stronie Zamawiającego, uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1830/17 na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....