

POSTANOWIENIE

z dnia 5 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **5 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2014 r.

przez wykonawcę: **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa eksploatacji, obsługi oraz konserwacji portowych urządzeń, sieci i instalacji elektroenergetycznych Zarządu Morskiego Portu w Gdańsku SA* (nr postępowania IU/IS/2014/151)

prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na usługi pn. *Usługa eksploatacji, obsługi oraz konserwacji portowych urządzeń, sieci i instalacji elektroenergetycznych Zarządu Morskiego Portu w Gdańsku SA* (nr postępowania IU/IS/2014/151). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 10 grudnia 2014 r. pod nr 2014/S_238-419879. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

19 grudnia 2014 r. Odwołujący – FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie {spółka zwana również dalej w skrócie „FBSerwis”} wniósł – w formie pisemnej – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {zwanej również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 91 ust. 3 – przez ustanowienie w pkt 13.3 oraz 13.4.3 SIWZ” jako jednego z kryteriów oceny ofert kryterium „potwierdzona jakość”, w ramach którego ocenie ma podlegać legitymowanie się przez wykonawcę certyfikatem jakości zgodnie z normą PN-EN ISO 9001:2009 lub nowszą, co w istocie stanowi okoliczność odnoszącą się do właściwości wykonawcy, podczas gdy art. 91 ust. 3 w sposób wyraźny zakazuje stosowania w postępowaniu kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy.
2. Art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz w zw. z art. 91 ust. 1 – przez ustanowienie w pkt 13.3 oraz 14.4.3 SIWZ kryterium oceny ofert w postaci „potwierdzonej jakości”, w ramach którego ocenie ma podlegać legitymowanie się przez wykonawcę certyfikatem jakości zgodnie z normą PN-EN ISO 9001:2009 lub nowszą, co stanowi okoliczność niezwiązaną z usługami stanowiącymi przedmiot zamówienia, gdy tymczasem art. 91 ust. 2 wyraźnie określa, że stosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pozacenowe kryteria oceny ofert muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia; przy czym ustanowienie kryterium oceny ofert nie odnoszącego się do przedmiotu zamówienia narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1), gdyż uzależnia szanse na uzyskanie zamówienia od okoliczności, która nie ma żadnego wpływu na merytoryczną treść oferty, tj. na ostateczny kształt świadczenia wykonawcy, a tym samym nie realizuje podstawowego celu procedury

wyboru oferty, którym jest identyfikacja oferty najkorzystniejszej (art. 91 ust. 1).

3. Art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez ustanowienie w pkt 13.3 oraz 14.4.3 SIWZ kryterium oceny ofert w postaci „potwierdzonej jakości”, w ramach którego ocenie ma podlegać legitymowanie się przez wykonawcę certyfikatem jakości zgodnie z normą PN-EN ISO 9001:2009 lub nowszą, które to kryterium narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż: po pierwsze – nie dopuszcza możliwości wykazania jego spełniania przez wykonawcę, który w swoim przedsiębiorstwie wdrożył system zarządzania jakością alternatywny do określonego w normie PN-EN ISO 9001:2009, ponieważ zamawiający nie dopuścił w tym zakresie rozwiązań równoważnych oraz nie określił kryteriów równoważności; po drugie – stawia w gorszej pozycji (dyskryminuje) wykonawców zagranicznych, którzy wdrażając w swoich przedsiębiorstwach systemy zarządzania jakością ocenili ich zgodność z obowiązującą w miejscu ich siedziby właściwą normą krajową lub normą europejską (EN ISO 9001:2008), nie zaś z polską normą PN-EN ISO 9001:2009; po trzecie – nie określa sposobu, w jaki Zamawiający zamierza zweryfikować spełnianie tego kryterium przez wykonawców deklarujących posiadanie certyfikatu zgodności z normą PN-EN ISO 9001:2009, a Zamawiający w żadnym innym fragmencie SIWZ nie przewidział obowiązku przedstawienia przez wykonawców jakichkolwiek dokumentów potwierdzających ww. okoliczność i tym samym nie będzie miał podstaw, aby takich dokumentów żądać od wykonawców w przyszłości.
4. Art. 43 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 45 ust. 1 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (D.U.U.E L z 2004 r. Nr 134, poz. 1; dalej „dyrektywa sektorowa”) – przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, nieuwzględniającego wymaganego prawem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty, a w konsekwencji naruszenie również przez Zamawiającego obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji między wykonawcami, co uniemożliwia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym Odwołującemu, złożenie ofert, względnie skutkować będzie złożeniem przez nich ofert nierzetelnych i nieprawidłowo skalkulowanych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Zmiany pkt 13.3 oraz 13.4.3 SIWZ polegającej na modyfikacji kryterium „potwierdzonej jakości” w taki sposób, aby kryterium to jednocześnie: a) odnosiło się do przedmiotu zamówienia, tj. do jakości usługi eksploatacji, obsługi oraz konserwacji urządzeń, sieci i instalacji elektroenergetycznych na terenie Portu Morskiego w Gdańsku, wykazując z tą

usługą adekwatny (dostatecznie silny) związek, w szczególności, aby ocenie podlegała zgodność świadczenia wykonawcy z takimi normami jakościowymi, które określają wymagania dotyczące usługi stanowiącej przedmiot zamówienia na poziomie zapewniającym spełnienie obiektywnych potrzeb Zamawiającego; b) nie dotyczyło właściwości wykonawcy i jego ogólnej zdolności świadczenia usług o określonej jakości; c) dopuszczało wykazanie zgodności z wymogami dotyczącymi jakości usługi w odniesieniu do norm, specyfikacji lub innych systemów odniesienia równoważnych do opisanego przez Zamawiającego, przy jednoczesnym sprecyzowaniu kryteriów równoważności, tj. rodzaju i wielkości parametrów technicznych i jakościowych ww. rozwiązań równoważnych; d) nie dyskryminowało wykonawców zagranicznych.

2. Dokonania zmiany SIWZ polegającej na określeniu, że termin składania ofert jest wyznaczony na 31 stycznia 2014 r.

Odwołujący dodatkowo sprecyzował powyższe zarzuty przez wskazanie dodatkowych okoliczności faktycznych i prawnych w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający w piśmie z 29 grudnia 2014 r. poinformował, że 29 grudnia 2014 r. zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wpłynięciu odwołania. Izba ustaliła ponadto, że Zamawiający zamieścił również na swojej stronie internetowej kopię odwołania.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

29 grudnia 2014 r. drogą elektroniczną wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy pzp w całości uwzględnia zarzuty Odwołującego, gdyż zarzuty podniesione w odwołaniu uznaje za zasadne. Zamawiający dodał, że dokona zmiany SIWZ polegającej na wykreśleniu kryterium zakwestionowanego przez Odwołującego oraz odpowiednio dostosuje postanowienia SIWZ i treść ogłoszenia o zamówieniu. Ponieważ będzie to istotna zmiana SIWZ, Zamawiający zamierza również zmienić termin składania ofert, uwzględniając drugi zarzut Odwołującego.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod

warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zamawiający w piśmie z 29 grudnia 2014 r. w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Jednocześnie po stronie Zamawiającego do postępowania nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza kognicją Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy przypomnieć, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 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).

Przewodniczący: