

Sygn. akt: KIO 1832/17

POSTANOWIENIE
z dnia 12 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału Stron w dniu 12 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **ENGIE EC Serwis Spółka z o.o., ul. Kulczyńskiego 6, 76-200 Słupsk, Kompano Spółka z o.o., ul. Kijowska 1, 03-378 Warszawa oraz ENGIE Zielona Energia Spółka z o.o., ul. Uniwersytecka 13, 40-007 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gmina Ustka, ul. Piotra Dunina 24, 76-270 Ustka** w trybie dialogu konkurencyjnego pn.: „Kompleksowe oświetlenie Gminy Ustka w latach 2017 – 2022/2023” – (postępowanie znak IG.271.11.2017.MA)

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **ENGIE EC Serwis Spółka z o.o., ul. Kulczyńskiego 6, 76-200 Słupsk, Kompano Spółka z o.o., ul. Kijowska 1, 03-378 Warszawa oraz ENGIE Zielona Energia Spółka z o.o., ul. Uniwersytecka 13, 40-007 Katowice** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 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 Słupsku**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

do postanowienia z dnia 12 września 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1832/17

Zamawiającego - Gmina Ustka, ul. Piotra Dunina 24, 76-270 Ustka prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Kompleksowe oświetlenie Gminy Ustka w latach 2017 – 2022/2023” – (postępowanie znak IG.271.11.2017.MA)

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone w trybie przetargu ograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 11.04.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE po numerem 2017/S 071-135964.

Izba ustaliła ponadto, że w dniu 24.08.2017 r. Zamawiający opublikował treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołanie na powyższą czynność zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum ENGIE EC Serwis Spółka z o.o., ul. Kulczyńskiego 6, 76-200 Słupsk, Kompano Spółka z o.o., ul. Kijowska 1, 03-378 Warszawa oraz ENGIE Zielona Energia Spółka z o.o., ul. Uniwersytecka 13, 40-007 Katowice.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób mogący ograniczać uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez stawianie wymogów, które w sposób nieuzasadniony ograniczają krąg potencjalnych wykonawców mających realny dostęp do uzyskania zamówienia, a także w sposób prowadzący do preferowania spółki ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie względem drugiego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, tj. Odwołującego, poprzez:

a) dopuszczenie przez Zamawiającego w pkt 3 ppkt 3.2 lit. c) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwaney dalej: „SIWZ”) możliwości skorzystania przez wykonawców przy realizacji zamówienia z infrastruktury stanowiącej własność oraz pozostającej we władaniu podmiotu trzeciego - spółki ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie;

b) dopuszczenie przez Zamawiającego w pkt 3 ppkt 2 lit. c) Załącznika nr 4 do SIWZ - Opisu Przedmiotu Zamówienia (zwanego dalej: „OPZ”) możliwości skorzystania przez wykonawców przy realizacji zamówienia z infrastruktury stanowiącej własność oraz pozostającej [we władaniu podmiotu trzeciego - spółki ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, przy czym jak wynika z pkt 3 ppkt 3 lit. a) OPZ, spółka ta jest właścicielem ww. infrastruktury, a wykonawca jest obowiązany samodzielnie uzyskać od tej spółki tytuł prawny umożliwiający realizację zamówienia przy wykorzystaniu tej infrastruktury;

2) art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 k.c. oraz w zw. z art. 5 k.c. poprzez zawarcie w Załączniku nr 3 do SIWZ – Projekt Umowy postanowień wykraczających poza ustawowo dopuszczoną granicę swobody umów i ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy, poprzez dopuszczenie przez Zamawiającego w treści § 1 ust. 3 lit. c) Załącznika nr 3 do SIWZ - Projektu Umowy (zwanego dalej: „Umową”) możliwości skorzystania przez wykonawców przy realizacji zamówienia z infrastruktury stanowiącej: własność L oraz pozostającej we władaniu podmiotu trzeciego - spółki ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, przy czym jak wynika z § 1 ust. 4 lit. a) Umowy spółce tej przysługuje prawo własności oraz prawo posiadania ww. infrastruktury, zaś wykonawca jest obowiązany samodzielnie uzyskać tytuł prawny umożliwiający realizację zamówienia przy wykorzystaniu infrastruktury ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uwzględnienie odwołania oraz
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ oraz Załączników do SIWZ, w tym Formularza cenowego, OPZ oraz Umowy, poprzez wyłączenie z zakresu zamówienia zobowiązania wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia na obszarze, na którym znajduje się infrastruktura stanowiąca własność i pozostająca we władaniu ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, w szczególności:
 - a) w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:
 - pkt 3.2. ppkt c) poprzez jego wykreślenie;
 - pkt 3.3. poprzez wykreślenie frazy „7”;
 - pkt 22.6.3 poprzez jego wykreślenie;

b) w treści Załącznika nr - 2 Formularz Cenowy - pkt 5 tabeli „Obszar świadczenia usługi dla obszaru, na którym należy zapewnić infrastrukturę, w tym punkty oświetleniowe (obecnie znajduje się infrastruktura należąca do ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. ul. Rzemieślnicza 17/19,81-855 Sopot) w zakresie określonym w załączniku nr 7 do SIWZ” poprzez jego wykreślenie;

c) w treści Załącznika nr 3 do SIWZ - Projekt Umowy:

- § 1 ust. 2 poprzez wykreślenie frazy „i nr 7”;

- § 1 ust. 3 lit. c) poprzez jego wykreślenie;

- § 1 ust. 4 lit. a) poprzez wykreślenie frazy: „przy czym dla obszaru określonego w § 1 ust. 3 lit. c dopuszcza się wykorzystanie aktualnie istniejącej infrastruktury, do której prawo własności oraz prawa posiadania przysługuje EN ERGI Oświetlenie Sp. z o.o. ul. Rzemieślnicza 17/19, 81-855 Sopot, z zastrzeżeniem, że uzyskanie tytułu prawnego do korzystania z tej infrastruktury na potrzeby realizacji umowy w całości obciąża wyłącznie wykonawcę (zamawiający nie posiada praw do posiadania tej infrastruktury);

- § 1 ust. 4 lit. e) poprzez jego wykreślenie;

- § 1 ust. 4 lit. h) in fine poprzez wykreślenie frazy: „i c”;

- § 1 ust. 6 poprzez wykreślenie frazy „7”;

- § 4 ust. 2 lit. c) poprzez jego wykreślenie;

d) w treści Załącznika nr 4 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia:

- pkt 3 ppkt 2 lit. c) poprzez wykreślenie frazy „albo zapewni wykorzystanie aktualnie istniejącej infrastruktury będącej we władaniu EN ERGA Oświetlenie Sp. z o.o., ul. Rzemieślnicza 17/19,81-855 Sopot;

- pkt 3 ppkt 3 lit. a) poprzez wykreślenie frazy: „przy czym dla obszaru określonego w pkt 3 ppkt 2 lit c dopuszcza się wykorzystanie aktualnie istniejącej infrastruktury, do której prawo własności oraz prawa posiadania przysługuje ENERGI Oświetlenie Sp. z o.o., ul. Rzemieślnicza 17/19, 81-855 Sopot, z zastrzeżeniem, że uzyskanie tytułu prawnego do korzystania z tej infrastruktury na potrzeby realizacji umowy w całości obciąża wyłącznie wykonawcę (zamawiający nie posiada praw do posiadania tej infrastruktury);

- pkt 3 ppkt 3 lit. e) poprzez jego wykreślenie;

e) Załącznika nr 7 do SIWZ poprzez jego wykreślenie w całości;

3) w zakresie, w jakim dopuszczają one możliwość skorzystania przez wykonawców przy realizacji zamówienia z infrastruktury będącej we władaniu podmiotu trzeciego - spółki ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie poprzez wykreślenie zapisów dopuszczających możliwość posłużenia się w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia z istniejącej infrastruktury należącej do spółki ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie,

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę treść art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba ustaliła, iż termin na wniesienie odwołania został dotrzymany i zostało ono podpisane przez osobę umocowaną do reprezentowania Odwołującego. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia przedmiotowego odwołania.

Izba ustaliła również, w oparciu o oświadczenie Zamawiającego, iż w dniu 05.09.2017 r. przekazał on kopię odwołania wykonawcy ENERGA Oświetlenie Spółka z o.o. oraz zamieścił w tym samym dniu jego kopię na stronie internetowej www.bip.ustka.ug.gov.pl i wywiesił na tablicy ogłoszeń.

Izba następnie ustaliła, że w ustawowym terminie przystąpienie do postępowania odwoławczego nie zgłosił żaden wykonawca.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 11.09.2017 r. (wpływ faksem w dniu 11.09.2017 r. Dzk-KIO-15700/17, wpływy drogą mailową w dniu 11.09.2017 r. Dzk-KIO-15701/17) podpisanym przez p. K. W. – Zastępcę Wójta złożył oświadczenie woli wskazując, iż uwzględnia zarzuty odwołania w całości i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym. Do powyższego pisma została złożona kopia zaświadczenia z dnia 1 grudnia 2014 r. o wyborze na stanowiska Wójta Gminy Ustka p. A. S.-J. oraz pełnomocnictwo udzielone przez ww. osobę na rzecz p. K. W. z dnia 8 grudnia 2014 r. wraz z zarządzeniem z dnia 8 grudnia 2014 r. ustanawiającego p. K. W. Zastępcą Wójta Gminy Ustka.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne, Izba stwierdziła, że postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Tym samym Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp zamawiający, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i nie wniesienia sprzeciwu przez Przystępującego, wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Przewodniczący:

.....