

POSTANOWIENIE

z dnia 1 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron **1 marca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **22 lutego 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **POLLIGHT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Ożarów* (nr postępowania BIII.271.14.2018)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Ożarów**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz POLLIGHT sp. z o.o. 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 2018 r. poz. 1986 ze zm.) 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

Zamawiający Gmina Ożarów prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Ożarów* (nr postępowania BIII.271.14.2018). Ogłoszenie o tym zamówieniu 17 stycznia 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_012 pod poz. 023251. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

22 lutego 2019 r. Odwołujący POLLIGHT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Pollight”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} dokonanej 12 lutego 2019 r. w zakresie „Szczegółowej specyfikacji technicznej oraz funkcjonalnej szafek oświetleniowych”, stanowiącej uzupełnienie „Załącznika nr 9: Opis przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez wprowadzenie dodatkowego wymagania dotyczącego opraw parkowych: *Kształt oprawy w formie walca o wymiarach: wysokość maksymalnie 200 mm mierzona wraz z uchwytem montażowym, średnica maksymalnie 550 mm*, stanowiącego w istocie wymóg nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, który to wymóg, jako obiektywnie nieuzasadniony, uniemożliwia określonym podmiotom złożenie oferty i udział w przedmiotowym postępowaniu, mając na względzie okoliczność, że oprawy lamp parkowych o przywoływanych wyżej parametrach może zaoferować tylko jeden podmiot działający na rynku dostaw i montażu systemów oświetleniowych.
2. Art 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez wprowadzenie dodatkowego wymagania dotyczącego opraw parkowych: *Wszystkie oprawy, mają pochodzić od jednego producenta oraz mają być malowane na identyczny kolor z palety RAL – wymaganie należy spełnić łącznie z oprawami ulicznymi*, stanowiącego w istocie wymóg nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę proporcjonalności

warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, który to wymóg, jako obiektywnie nieuzasadniony, uniemożliwia określonym podmiotom złożenie oferty i udział w przedmiotowym postępowaniu, mając na względzie okoliczności, że oprawy lamp parkowych o przywoływanych wyżej parametrach może zaoferować tylko jeden podmiot działający na rynku dostaw i montażu systemów oświetleniowych oraz nie istnieją jakiegokolwiek uzasadnione podstawy do sformułowania przez Zamawiającego wymagań co do tożsamości producenta opraw ulicznych i parkowych, jako że nie przemawiają za tym zarówno względy estetyczne, funkcjonalne, jak i konserwatorskie.

3. Art. 29 ust. 2 w zw. z art 7 ust. 1 – przez wprowadzenie dodatkowego wymagania dotyczącego opraw parkowych: *Zespół optyki i źródeł światła chroniony płytą poliwęglanową odporną na promieniowanie UV o wytrzymałości min. IK09*, stanowiącego w istocie wymóg nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, który to wymóg, jako obiektywnie nieuzasadniony, uniemożliwia określonym podmiotom złożenie oferty i udział w przedmiotowym postępowaniu, mając na względzie okoliczność, że ze względu na wysokość zawieszenia oprawy oraz stopień odporności na uderzenie mechaniczne wystarczające byłoby zastosowanie przedmiotowej oprawy o wytrzymałości na poziomie IK08, co jest praktyką przyjętą na gruncie innych postępowań prowadzonych w analogicznych sprawach.
4. Art. 7 ust 1, art. 25 ust. 1 pkt 2 i art 29 ust 1 i 2 – przez stawianie wykonawcom nazbyt wygórowanych wymagań, nieproporcjonalnych do potrzeb Zamawiającego, a także poprzez nieuzasadnione preferowanie wykonawców dysponujących oprawami parkowymi i ulicznymi wyprodukowanymi przez tego samego producenta i do tego w konkretnym narzuconym przez Zamawiającego kształcie, będącego jedynym takim producentem na rynku tj. firmy Philips, podczas gdy nie ma żadnych przeciwwskazań, aby produkty innych producentów, istniejące i dostępne na rynku, a nie posiadające wszystkich wymaganych funkcjonalności wprowadzonych przez Zamawiającego do SIWZ 12.02.2019 r., mogły zostać zastosowane przy realizowaniu przez wykonawców przedmiotu zamówienia.
5. Art 7 ust. 1 – przez przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, z naruszeniem zasady proporcjonalności wymagań stawianych wykonawcom, nieprzystających do potrzeb Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 315/19

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian specyfikacji w zakresie „Szczegółowej specyfikacji technicznej oraz funkcjonalnej szafek oświetleniowych”, stanowiącej uzupełnienie „Załącznika nr 9: Opis przedmiotu zamówienia”:

1. Usunięcia postanowienia z pkt 1. listy zarzutów.
2. Usunięcia postanowienia z pkt 2. listy zarzutów.
3. Zmiany brzmienia postanowienia z pkt 3. listy zarzutów na następujące: *Zespół optyki i źródeł światła chroniony płytą poliwęglanową odporną napromieniowanie UV o wytrzymałości min. IK08.*

Ponadto w odwołaniu sprecyzowano powyższe zarzuty przez podanie okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Pismem z 26 lutego 2019 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 25 lutego 2019 r. opublikował kopię odwołania na swojej stronie internetowej.

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

28 lutego 2019 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów z pkt 2 i 3 listy zarzutów, natomiast nie uznaje zarzutu z pkt 1 listy zarzutów.

1 marca 2019 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego, w którym oświadczył, że po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie wycofuje zarzut z pkt 1 listy zarzutów wraz z powiązaniem z nim żądaniem oraz wnosi na podstawie art. 186 ust. 3a pzp o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i orzeczenie o kosztach postępowania zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 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.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

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, względnie uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i cofnięcia pozostałych zarzutów przez

odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W ocenie Izby w tej sprawie zaistniała sytuacja odpowiadająca hipotezie przywołanego przepisu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Natomiast Odwołujący wycofał *de facto* odwołanie w pozostałym zakresie (zarzuty z pkt 4. i 5. listy zarzutów nie miały charakteru samoistnego w stosunku do zarzutów z pkt 1.-3. listy zarzutów)

Wobec powyższego, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron tego postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie części zarzutów odwołania i wycofanie odwołania w pozostałym zakresie nastąpiły 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 2 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: