

Sygn. akt: KIO 215/17

POSTANOWIENIE
z dnia 7 luty 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 7 lutego 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2017 roku przez wykonawcę **PACHEMTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Brenntag Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie Koźlu**, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowania odwoławcze;**
 - a) nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu na rzecz **Odwolującego PACHEMTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku****

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 31 stycznia 2017 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. art. 180 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych /t.j.Dz.U.2015r., poz.2164 ze zm./ zwanej dalej „ustawą Pzp” odwołanie złożył wykonawca **PACHEMTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku**, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn.: „Czynności obsługowo-eksploatacyjne rurociągów kopalnianych w latach 2017 - 2019 dla PGNiG SA w Warszawie Oddział w Zielonej Górze”, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 ustawy Pzp prowadzi Zamawiający **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie**.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 21 stycznia 2017 roku, nr: 2017/S 015-024528 (data wysłania ogłoszenia: 17 stycznia 2017 roku). Specyfikację istotnych warunków zamówienia zamieszczono na stronie www Zamawiającego w dniu 23 stycznia 2017 roku. Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołanie wniesiono wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) Pzp i art. 22d ust. 1 Pzp poprzez wskazanie w pkt 6.12.3. lit. e SIWZ/III.1.1 pkt 2) i III. 1.3) ogłoszenia o zamówieniu, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełnią warunek udziału w postępowaniu w zakresie „*posiadania zdolności technicznych i zawodowych*” tj.: „*Uzyskają pozytywną opinię Instytutu Nafty i Gazu - Państwowego Instytutu Badawczego w Krośnie, potwierdzającą te środki chemiczne, których Wykonawca będzie używał w celu świadczenia usługi, spełniają wymagania określone przez Zamawiającego i mogą być stosowane w jego instalacjach. Opinia zostanie sporządzona i wydana Wykonawcy po przeprowadzeniu testów laboratoryjnych i polowych zgodnie z „Procedurą przeprowadzenia testów laboratoryjnych i polowych”, z uwagi na to, że przedmiotowe żądanie Zamawiającego nie dotyczy kwestii zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w rozumieniu w/w przepisów i w granicach określonych w przepisach Pzp, a w istocie odnosi się do właściwości proponowanego produktu;*
2. art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 25 ust. 2 Pzp i w zw. z § 2 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz.1126

ze zm.) poprzez żądanie od wykonawcy w pkt 8.12.7 SIWZ/Sekcji II 1.1.3) pkt 5 lit. e) ogłoszenia o zamówieniu, przedłożenia dokumentów niewymienionych w w/w Rozporządzeniu tj. pozytywnej opinii Instytutu Nafty i Gazu - Państwowego Instytutu Badawczego w Krośnie, potwierdzającej że środki chemiczne, których wykonawca będzie używał w celu świadczenia usługi, spełniają wymagania określone przez Zamawiającego i mogą być stosowane w jego instalacjach;

(na wypadek gdyby w/w zarzuty określone w pkt 1 i 2 się nie potwierdziły)

3. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez sformułowanie reguł określających „Procedurę testów” - zwłaszcza Harmonogramu poboru próbek (Załącznik nr A do SIWZ - Procedura testów) tj. szczegółowych wymogów w zakresie warunków udziału w postępowaniu (zob. pkt 6.1.2.3. lit. e SIWZ) - pozyskania opinii Instytutu Nafty i Gazu-Państwowego Instytutu Badawczego w Krośnie, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wbrew zasadzie przejrzystości, w szczególności poprzez sformułowanie reguł przebiegu poboru próbek w sposób niejednoznaczny, tj. w szczególności poprzez brak wskazania jednoznacznie okresu czasu, jaki wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia będzie miał na dobór i dostarczenie Zamawiającemu środków chemicznych do testów laboratoryjnych, nieuwzględnienie rzeczywistego czasu potrzebnego do przeprowadzenia testów na potrzeby doboru środków chemicznych oraz sformułowanie reguł przebiegu poboru próbek w sposób rodzący ryzyko nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

4. art. 43 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie reguł określających „Procedurę testów” - zwłaszcza Harmonogramu poboru próbek (Załącznik nr A do SIWZ - Procedura testów) tj. szczegółowych wymogów w zakresie warunków udziału w postępowaniu (zob. pkt 6.1.2.3. lit. e SIWZ)-pozyskania opinii Instytutu Nafty i Gazu-Państwowego Instytutu Badawczego w Krośnie w taki sposób, iż wzięcie udziału w obowiązkowych testach przez wykonawcę oraz pozyskanie stosownej opinii, uniemożliwi mu złożenie oferty w oznaczonym przez Zamawiającego terminie składania ofert, co jednocześnie godzi w zasadę uczciwej konkurencji, która nakazuje określić termin składania ofert w sposób uwzględniający w szczególności specyfikę zamówienia, a jednocześnie zapewniający zainteresowanym złożenie ofert w wymaganym terminie;

(niezależnie od powyższych zarzutów określonych w pkt 1-4)

5. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia, tj. poprzez wskazanie w pkt 4.7 lit e Załącznika nr 1 do Projektu Umowy - Specyfikacja techniczna (który zgodnie z treścią pkt 3.3. SIWZ jest dokumentem opisującym przedmiot zamówienia), że wykonawca zobowiązany jest do wykorzystania własnego sprzętu komputerowego z oprogramowaniem do wykonywania czynności w zakresie nadzoru nad monitoringiem korozji (w szczególności: laptop, czytnik, oprogramowanie), co biorąc pod uwagę okoliczność, iż nabycie właściwego oprogramowania jest nierealne do czasu rozpoczęcia

świadczenia usługi oraz okoliczność, iż Zamawiający posiada właściwe oprogramowanie do monitorowania korozji, a także fakt, iż dotychczasowy wykonawca przedmiotowych usług również posiada właściwe (wymagane przez Zamawiającego) oprogramowanie świadczy, że opis przedmiotu zamówienia został sformułowany w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego oraz w sposób wręcz ograniczający, a nie tylko mogący utrudniać uczciwą konkurencję, a także z naruszeniem zasady proporcjonalności i przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) usunięcia pkt 6.1.2.3. lit. e SIWZ/II1.1.1 pkt 2) i 111.1.3) ogłoszenia o zamówieniu w zakresie kwestionowanych treści oraz pkt 8.12.7 SIWZ/zapisu w Sekcji II1.1.3) pkt 5 lit. e) ogłoszenia o zamówieniu (konsekwentnie wyeliminowanie treści załącznika nr A do SIWZ - Procedura testów i załącznika nr B do SIWZ - Wniosek - Oświadczenie w sprawie udziału w procedurze testowania środków chemicznych) oraz uregulowania kwestii przeprowadzenia procedury testów w sposób zgodny z przepisami ustawy pzp,

(na wypadek gdyby zarzuty wskazane w pkt 1 i 2 powyżej się nie potwierdziły)

2) zmiany treści załącznika nr A do SIWZ - Procedura testów Harmonogramu poboru próbek, tj. tiret drugi poprzez wskazanie, Ze wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma obowiązek dobrać i dostarczyć środki chemiczne do testów laboratoryjnych w terminie określonym przez zamawiającego licząc od dnia poboru próbek (konkretna ilość dni, nie mniejsza niż 30 dni), przy czym powyższe przedłużenie musi dotyczyć także sytuacji, w których na dzień rozstrzygnięcia sprawa termin 14 -dni na dostarczenie próbek od momentu złożenia wniosku już upłynął,

3) zmiany terminu składania ofert poprzez wskazanie daty kalendarzowej z uwzględnieniem wydłużenia okresu badań próbek przez Wykonawcę o czym mowa w pkt 2 powyżej, tj. m.in. do dnia 7 kwietnia 2017 roku (przy uwzględnieniu stanu z dnia rozstrzygnięcia sprawy).

(niezależnie od zarzutów określonych w pkt 1-4 powyżej)

4) zmiany treści pkt 4.7 lit e Załącznika nr 1 do umowy - Specyfikacja techniczna poprzez wprowadzenie następującego brzmienia: „Wykonawca zobowiązany jest do wykorzystania własnego sprzętu komputerowego do wykonywania czynności w zakresie nadzoru nad monitoringiem korozji (w szczególności: laptop, czytnik). Oprogramowanie dostarczy zamawiający.”

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie do postępowania odwoławczego zgłoszono przystąpienie po stronie Zamawiającego. Przystąpienie złożył wykonawca Brenntag Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu. Przystąpienie uznano za skuteczne.

Odwołujący w dniu 2 lutego 2017 roku przed otwarciem rozprawy 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 najdalej idące.

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 uiszczonego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, to jest kwotę 13 500 tysięcy 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:

.....