

POSTANOWIENIE
z dnia 12 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 12 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2016 r. przez wykonawcę: **J. R.-J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Jolimpex J. R.-J., Al. Na Skarpie 19/1, 00-488 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa**

postanawia:

- 1) umarza postępowanie odwoławcze;**
- 2) koszty postępowania odwoławczego znosi wzajemnie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Sukcesywne dostawy artykułów biurowych dla Jednostek Administracji Państwowej”, numer referencyjny: 2016/13, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r., zwanej dalej „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 listopada 2016 r., nr 2016/S 219-398787.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zwana dalej „SIWZ” została udostępniona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 15 listopada 2016 r.

Odwołujący – wykonawca J. R.-J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Jolimpex J. R.-J. z siedzibą w Warszawie – wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ oraz wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, zwanego dalej „Wzór Umowy”, dotyczące następujących wymagań Zamawiającego:

- 1) aby oferowany przedmiot zamówienia był ogólnie dostępny na rynku, bez szczegółowego wskazania jak definiowana, oceniana i weryfikowana będzie ogólnodostępność – pkt 2.2 SIWZ oraz załącznik nr 10 do Wzoru Umowy,
- 2) aby oferowany przedmiot zamówienia był identyfikowalny na stronach internetowych (np. w postaci kodu producenta lub kodu z katalogu dostawcy, opisy i dane techniczne muszą być w języku polskim) – pkt 2.2 SIWZ oraz załącznik nr 10 do Wzoru Umowy,
- 3) aby oferowany przedmiot zamówienia był dostarczony do Zamawiającego w opakowaniu oryginalnym, posiadającym zabezpieczenia stosowane przez producenta – pkt 2.2 SIWZ oraz Załącznik nr 10 do Wzoru Umowy,
- 4) aby oferowany przedmiot zamówienia spełniał wymagania określone w obowiązujących przepisach i normach, bez szczegółowego wskazania tych przepisów i norm – pkt 2.15 SIWZ i odpowiadających mu opisom Wzoru Umowy,
- 5) sposobu odbioru zamówionych artykułów biurowych przez narzucenie wykonawcy nieuzasadnionego i sprzecznego z prawem sposobu odbioru, zgodnie z którym odpowiedzialność za dostarczone artykuły ponosi wykonawca do chwili ich odbioru przez

Zamawiającego, który to odbiór może nastąpić w terminie 2 dni roboczych od dostawy - par. 3 ust. 15 -18 Wzoru Umowy,

- 6) narzucenia wykonawcy nadmiernie uciążliwych warunków realizacji umowy, przez obciążenie wykonawcy kosztami zakupu materiałów biurowych w przypadku niedostarczenia zamówionych artykułów biurowych w terminie 2 dni od dnia otrzymania wezwania od Zamawiającego, z jednoczesnym uprawnieniem Zamawiającego do naliczenia kary umownej określonej we Wzorze Umowy – par. 3 ust. 20 pkt 2 lit. c Wzoru Umowy w związku z par. 6 ust. 1 pkt 4 Wzoru Umowy,
- 7) narzucenia wykonawcy nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia i jego znaczenia dla funkcjonowania jednostek wysokości kar umownych – par. 6 ust. 1 pkt 3 i 4 Wzoru Umowy,
- 8) narzucenia wykonawcy niezgodnych z przepisami prawa zasad określenia skuteczności doręczenia korespondencji wysłanej w formie elektronicznej – par. 12 ust. 8 Wzoru Umowy,

żądając:

- 1) uwzględnienia odwołania w całości,
- 2) nakazania Zamawiającemu wykreślenia kwestionowanych postanowień SIWZ i Wzoru Umowy albo/i ewentualnie nakazanie Zamawiającemu ich zmiany na treść tożsamą lub zbliżoną do treści podanej w uzasadnieniu odwołania,
- 3) zasądzenia od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazał: postępowanie Zamawiającego jest sprzeczne z interesem Jolimpex w uzyskaniu zamówienia oraz prowadzi do poniesienia szkody przez Jolimpex w wyniku naruszenia przez Zamawiającego postanowień Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, Jolimpex mógłby wziąć udział w postępowaniu a jego oferta mogłaby zostać uznana za ofertą najkorzystniejszą, na podstawie której Zamawiający będzie mógł zawrzeć ważną umowę. Aktualne brzmienie SIWZ oraz Wzorca umowy (kwestionowane przez odwołującego) bezprawnie pozbawia Jolimpex możliwości wzięcia udziału w postępowaniu.

Niezgodne z przepisami Pzp czynności Zamawiającego związane z przygotowaniem, rażąco naruszyły następujące przepisy:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców oraz uniemożliwienie zapewnienia porównywalności ofert,
- 2) art. 14 Pzp w zw. z art. 61, art. 353¹, 483 § 1, 548 k.c. przez sformułowanie Wzoru Umowy w sposób naruszający przepisy prawa,

- 3) art. 29 ust. 1 Pzp przez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, użycie niedokładnych i niezrozumiałych określeń, oraz nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawcę,
- 4) art. 30 ust. 1 Pzp przez niewskazanie norm do jakich odnosi się Zamawiający w treści SIWZ, opisując przedmiot zamówienia,
- 5) art. 30 ust. 9 Pzp przez sformułowanie wymagań i cech związanych z przedmiotem zamówienia nieadekwatnych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia,
- 6) art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp przez nie zawarcie w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w zakresie umożliwiającym złożenie ważnej i zgodnej z SIWZ oferty przez wykonawcę, prowadząc do sformułowania treści SIWZ i Wzoru Umowy przez Zamawiającego w sposób niezgodny z prawem oraz Pzp i uniemożliwiający odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu, przez co interes w uzyskaniu zamówienia przez Jolimpex został naruszony.

Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2016 r. w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, oznaczając je: Ad. 1, Ad. 2, Ad. 3, Ad. 4, Ad. 5, Ad. 8, wraz z uwzględnieniem żądań odwołującego związanych z wymienionymi zarzutami.

Jednocześnie poinformował, „że w dniu 5 grudnia 2016 r. dokonał modyfikacji SIWZ w brzmieniu nadanym w treści przedmiotowego pisma, a dowód w postaci kopii pisma i potwierdzenia zamieszczenia przedmiotowej informacji na swojej stronie internetowej dołączony został do niniejszej odpowiedzi na odwołanie.”

W dalszej części pisma zamawiający wskazał, że nie uwzględnił zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które oznaczył: Ad. 6, Ad. 7.

Z porównania odwołania z odpowiedzią na odwołanie (w zakresie zarzutów przedstawionych w odwołaniu) wynika, że zamawiający uwzględnił część zarzutów oznaczonych w odwołaniu punktami 1, 2, 3, 4, 5, 8; nie uwzględnił zarzutów oznaczonych punktami 6, 7 (str. 1 i 2 odwołania).

Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2016 r. pismo, w którym oświadczył, że wycofuje pozostałe zarzuty w związku z częściowym uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego – na podstawie art. 186 ust. 3a Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym (w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca); zniesienie wzajemne kosztów postępowania odwoławczego (art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp) i zwrot w całości wpłaconego wpisu na rachunek bankowy Jolimpex.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, że zamawiający uwzględnił część zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a odwołujący wycofał pozostałe zarzuty – w rozumieniu przepisu art. 186 ust. 3a ustawy Pzp.

Czynności stron nie budziły wątpliwości. W postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie wskazanego art. 186 ust. 3a ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła przepisy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 3a znosi się wzajemnie. W aktualnym stanie prawnym jest to jedyne uregulowanie w zakresie kosztów postępowania odwoławczego, w okolicznościach wskazanych w art. 186 ust. 3a ustawy Pzp. W uzasadnieniu do projektu ustawy - o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych (Druk nr 366 z 24 marca 2016 r.) wskazano: „20. Środki ochrony prawnej. Projekt przewiduje regulację dotyczącą częściowego uwzględnienia zarzutów, w tym wprowadzono regulację dotyczącą ponoszenia kosztów w przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów (projektowane zmiany w art. 186).”

Orzeczenie o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu wynika z § 5 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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) i ma miejsce, gdy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, przy spełnieniu pozostałych wymagań określonych w tych przepisach.

Przewodniczący: