

Sygn. akt: KIO 1272/18

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 lipca 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 4 lipca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2018 r. przez **wykonawcę Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu**

przy udziale **wykonawcy Fabryka Wentylatorów FAWENT S.A. z siedzibą w Chełmie Śląskim**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

przy udziale **wykonawcy Biuro Studiów i Projektów Górniczych Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579, 2018) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Budowa stacji wentylatorów głównych przy szybie Staszic wraz z niezbędną przebudową istniejących obiektów budowlanych - Etap I i II (nr CZOK/03/2018)*”. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 kwietnia 2018 r. za numerem 540088-N-2018. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem były roboty budowlane, jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 z późn. zm. zwanej dalej „ustawą pzp”).

Odwołanie zostało wniesione wobec modyfikacji treści SIWZ z dnia 22 czerwca 2018 r., a mianowicie wobec:

1. zaniechania Zamawiającego polegającego na nie dokonaniu modyfikacji pkt 15.2 SIWZ i §1 pkt [5] projektu umowy, a - w konsekwencji - pozostawieniu reguły, zgodnie z którą wykonawcy, którzy zaoferują rozwiązania techniczne chronione patentem nr PL 219831 nie muszą uwzględniać jego kosztu w cenie ofertowej, gdyż koszt ten poniesie Zamawiający, co ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu i podważa równą pozycję wykonawców, gdyż wykonawcy, którzy zamierzają zaoferować rozwiązania chronione innymi prawami własności intelektualnej [niż patent nr PL 219831] muszą - koszt zastosowania tych rozwiązań - w swoich ofertach uwzględnić;
2. czynności Zamawiającego w postaci modyfikacji - w dniu 22.06.2018 roku - reguły określonej w pkt 4.1.6 Załącznika nr [2] do SIWZ, polegającej na wykreśleniu tekstu w brzmieniu: *Zakres prac obejmuje tylko dostawę i zabudowę urządzeń w roku 2018. Wszelkie podłączenia i uruchomienie do wykonania w 2019 roku*, co nie znajduje obiektywnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego i ma wyłącznie na celu - poprzez rozszerzenie zakresu obowiązków, które należy wykonać w 2018 roku - zniechęcenie wykonawców do oferowania rozwiązań równoważnych;
3. czynność Zamawiającego w postaci modyfikacji - w dniu 22.06.2018 roku - SIWZ z zakresie zmiany treści Załącznika nr [4] do Formularza ofertowego, do którego Zamawiający żąda obecnie dołączenia: kopii dokumentu potwierdzającego zgodę projektanta lub brak zgody projektanta na zastosowanie urządzeń, aparatów i materiałów równoważnych tj. dokumentu,

którego Zamawiający nie ma prawa żądać od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 29 ust. 2 ustawy pzp i art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie usunięcia reguły określonej w pkt 15.2 SIWZ i w §1 pkt [5] projektu umowy, a - w konsekwencji - dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który narusza uczciwą konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców w postępowaniu tj. w sposób premiujący wykonawców, którzy zaoferują rozwiązania chronione patentem nr PL 219831, którego koszt - zgodnie z pkt 15.2 SIWZ i §1 pkt [5] projektu umowy - poniesie Zamawiający, względem wykonawców, którzy zaoferują inne rozwiązania chronione prawami własności intelektualnej i koszty realizacji tych rozwiązań będą musiały zostać przez nich poniesione, uniemożliwiając im złożenie konkurencyjnej oferty w niniejszym postępowaniu;

2) art. 29 ust. 2 ustawy pzp i art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez modyfikację - w dniu 22.06.2018 roku - pkt 4.1.6 Załącznika nr [2] do SIWZ, polegającą na wykreśleniu tekstu w brzmieniu: Zakres prac obejmuje tylko dostawę i zabudowę urządzeń w roku 2018. Wszelkie podłączenia i uruchomienie do wykonania w 2019 roku, co nie znajduje obiektywnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego i ma wyłącznie na celu - poprzez rozszerzenie zakresu obowiązków, które należy wykonać w 2018 roku - zniechęcenie wykonawców do oferowania rozwiązań równoważnych [wymagających uzyskania pozwolenia zamiennego], ograniczając tym samym uczciwą konkurencję i podważając równą pozycję wykonawców w postępowaniu.

3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp i §13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia [dalej: „Rozporządzenie”] w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy pzp, poprzez wprowadzenie - mocą zmiany postanowień SIWZ z dnia 22.06.2018 roku - wymogu dołączenia do załącznika nr [4] do Formularza ofertowego: kopii dokumentu potwierdzającego zgodę projektanta lub brak zgody projektanta na zastosowanie urządzeń, aparatów i materiałów równoważnych tj. dokumentu, którego Zamawiający nie ma prawa żądać od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania modyfikacji pkt 15.2 SIWZ i §1 pkt [5] projektu umowy, poprzez usunięcie reguły zgodnie z którą całkowity koszt wykonania zadania nie musi uwzględniać opłaty licencyjnej

związanej z własnością przemysłową chronioną patentem o nr PL 219831, należąca do ZPiDT Gorprojekt Sp. z o.o., gdyż jej koszt pokryje Zamawiający, tak by pkt 15.2 SIWZ i §1 pkt [5] projektu umowy przybrały - odpowiednio - następujące brzmienie: *W cenie ryczałtowej winien się mieścić całkowity koszt kompletnego wykonania zadania stanowiącego przedmiot zamówienia, w tym również wszystkie inne koszty towarzyszące wykonaniu zadania tj. również koszt opłaty licencyjnej związanej z własnością przemysłową chronioną patentem o nr PL 219831, należąca do ZPiDT Gorprojekt Sp. z o.o. lub wszelkie inne koszty wykonania zamówienia przy pomocy jakichkolwiek praw własności intelektualnej osób trzecich. Wykonawca oświadcza, że jeśli przy realizacji zadania konieczne będzie zastosowanie rozwiązań objętych patentem lub jakimkolwiek prawem autorskim, to przedłoży Zamawiającemu dokumenty potwierdzające uprawnienie do korzystania z tych rozwiązań. Wszelkie koszty związane z wykorzystaniem rozwiązań objętych patentem lub jakimkolwiek prawami autorskimi poniesie Wykonawca.*

- dokonania modyfikacji pkt 4.1.6. Załącznika nr [2] do SIWZ, poprzez przywrócenie pkt 4.1.6 Załącznika nr [2] SIWZ do stanu sprzed zmiany z dnia 22.06.2018 roku tj. tak, by przybrał następujące brzmienie: *4.1.6. Dostawa i zabudowa wyposażenia budynku stacji wentylatorów głównych w zakresie: rozdzielnia 400V RSW; rozdzielnia 500V RMW; szafki przyłączeniowe 500V RWM1 i RWM2; falowniki U1 i U2; transformatory TR1 i TR2 6/0,4kV 630kVA; transformator TR3 0,5/0,4kV 250kVA; szafy sterownicze wentylatorów ST1 i ST2; Prace należy wykonać i przeprowadzić w oparciu i zgodnie z projektem CZOK-822-I E1. Zakres prac obejmuje tylko dostawę i zabudowę urządzeń w roku 2018. Wszelkie podłączenia i uruchomienie do wykonania w 2019 roku.*

- dokonania modyfikacji treści Załącznika nr [4] do Formularza ofertowego, poprzez usunięcie sformułowania: *załącznik: kopia dokumentu potwierdzającego zgodę projektanta lub brak zgody projektanta na zastosowanie urządzeń, aparatów i materiałów równoważnych* i przywrócenie poprzedniej treści w postaci: *Załącznik:— kopie kart katalogowych, kart charakterystyk oraz dokumentacje techniczno ruchowe i inne dokumenty zastosowanych urządzeń i materiałów równoważnych w celu potwierdzenia ich równoważności.*

oraz wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego; w tym kosztów zastępstwa radcowskiego, według rachunków, które zostaną przedłożone podczas rozprawy.

Dnia 2 lipca 2018 r. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Fabryka Wentylatorów FAWENT S.A. z siedzibą w Chełmie Śląskim. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

Dnia 2 lipca 2018 r. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Biuro Studiów i Projektów Górniczych Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

Pismem z dnia 4 lipca 2018 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni wniesione odwołanie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym w sytuacji gdy zamawiający dokona uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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 niniejszej sprawie nie przystąpił w terminie po stronie zamawiającego żaden wykonawca.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy.

Na podstawie § 5 ust. 1 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty 10 000 zł uiszczonej tytułem wpisu.

Postanowienie zostało ogłoszone poprzez jego wywieszenie na tablicy ogłoszeń w trybie § 32 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j.: Dz. U. z 2014r., poz. 964 oraz Dz. U. z 2017r., poz.14).

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....