

Sygn. akt: KIO 315/17

POSTANOWIENIE
z dnia 30 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Lubomira Matczuk – Mazuś
Izabela Niedziałek – Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 7 marca 2017 r. i 30 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17.02.2017 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: FOXYTECH sp. z o.o., NINGBO SANXING MEDICAL&ELECTRIC Co. Ltd., ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego -**TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków,**

przy udziale wykonawcy **APATOR SA., ul. Gdańska 4a/lok. C4, 87-100 Toruń** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. zasądzić na rzecz zamawiającego -**TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków** od odwołującego – **Konsorcjum: FOXYTECH sp. z o.o., NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC Co. Ltd., ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica** kwotę w wysokości **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
3. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – **Konsorcjum: FOXYTECH sp. z o.o., NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC Co. Ltd., ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica** kwoty **13.500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - FOXYTECH sp. z o.o., NINGBO SANXING MEDICAL&ELECTRIC Co. Ltd. z siedzibą w Świdnicy [Odwołujący] w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp] przez Zamawiającego - TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie – Oddział Gliwice, którego przedmiotem jest „Dostawa statycznych bezpośrednich 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej (Zadanie nr 1 oraz Zadanie nr 2”. Zdaniem wnoszącego odwołanie w tym postępowaniu zostały naruszone przepisy ustawy Pzp, a mianowicie: (1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi z uwagi na jego niewłaściwą interpretację i wykluczenie Odwołującego z postępowania w części nr 1 i 2 z powodu podania rzekomo nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, pomimo tego, że wykonawca nie złożył (wskutek podania lub zatajenia) jakichkolwiek nieprawdziwych informacji; (2) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wyjaśnienia okoliczności omyłkowego braku przetłumaczenia pełnej treści Certyfikatu badania typu WE: 0120/SGS0253 oraz Certyfikatu badania typu WE: 0120/SGS0254, w sytuacji braku informacji pozwalających na przyjęcie, że wykonawca jest winny poważnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy Dyrektywy; (3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z rzekomo zatwierdzonym w certyfikacie MID wzorem, a także zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnego tłumaczenia certyfikatów MID. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia: czynności wyboru oferty Apator w części nr 1 i 2 postępowania, jako najkorzystniejszych oraz czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie tych części; (2) ewentualnie wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie okoliczności omyłkowego braku przetłumaczenia pełnej treści certyfikatów MID oraz znaczenia nie przetłumaczonych fragmentów certyfikatów MID; (3) ewentualnie wezwania - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w części nr 1 i 2 do złożenia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z rzekomo zatwierdzonym w certyfikacie MID wzorem lub pełnego tłumaczenia certyfikatów MID; (4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego - zgodnie z wymaganiami art. 185 ust.2 ustawy Pzp - zgłosił wykonawca APATOR SA., z siedzibą w Toruniu wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie [pismo z dnia 6.03.2017 r.] wniósł o jego oddalenie, wskazując w szczególności na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 1942/16 i KIO 1952/16, który zapadł jego zdaniem w analogicznym postępowaniu (bliźniaczym) do aktualnie prowadzonego postępowania, a którego przedmiotem (znak: 20167TD-CN/CN-UZA/02780/S) była również dostawa statycznych bezpośrednich liczników energii elektrycznej w ilości: 187 216 sztuk liczników 1-fazowych oraz 154 719 sztuk liczników 3-fazowych.

Wnoszący odwołanie wykonawca na posiedzeniu w dniu 7 marca 2017 r. podtrzymał złożony w piśmie z dnia 28 lutego 2017 r. wniosek o odroczenie rozprawy podnosząc, że rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej na które wskazuje Zamawiający w analogicznym postępowaniu (bliźniaczym) do aktualnie prowadzonego zostało przez niego zaskarżone do Sądu Okręgowego w Krakowie i w sprawie tej [sygn. akt: XII Ga 1019/16] ma być ogłoszony wyrok w dniu 8 marca 2017 r., który może się okazać istotny dla niniejszej sprawy.

Izba, uwzględniając odpowiednio § 27 ust.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz.964 ze zm.), postanowiła uwzględnić wniosek Odwołującego i odroczyć termin posiedzenia na dzień 30 marca 2017 r.

Wnoszący odwołanie wykonawca w piśmie z dnia 22 marca 2017 r. [złożonym do akt sprawy także w tej dacie] oświadczył, że cofa odwołanie wniesione w piśmie z dnia 17 lutego 2017 r.

Zamawiający w piśmie z dnia 22 marca 2017 r. złożonym do akt sprawy w dniu 23 marca 2017 r. wskazując na § 5 ust.1 pkt 3 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania wniósł o przyznanie – na podstawie załączonej faktury - kosztów postępowania od Odwołującego na jego rzecz w kwocie 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając na uwadze stan faktyczny sprawy, Izba postanowiła o umorzeniu tego postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym Odwołujący do czasu zamknięcia rozprawy może cofnąć odwołanie.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 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. 3544 ze zm.), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego w wysokości 15.000 zł.

Izba postanowiła jednocześnie uwzględnić wniosek Zamawiającego o zasądzeniu na jego rzecz od Odwołującego kwoty 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, o którym stanowi § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. W niniejszej sprawie Izba miała na uwadze zmianę jego przepisów wynikającą z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2016 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, w tym jego § 5 ust.1 pkt 3 zgodnie z którym Izba: „3) zasądza koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego lub wnoszącego sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy”. Ponadto zgodnie z § 2 rozporządzenia zmieniającego „Do odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przed dniem wejścia w życie niniejszego rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe.” Przepisy zmieniającego rozporządzenia zostały opublikowane w Dzienniku Ustaw z dnia 9 stycznia 2017 r., a zatem do tego odwołania [wniesionego w dniu 17 lutego 2017 r.] i zgodnie z § 3 tego rozporządzenia, które weszło w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia – miał zastosowanie wskazany § 5 ust.1 pkt 3 w jego nowym brzmieniu. Izba nie zgodziła się z argumentacją z Odwołującego, że cofnął on odwołanie na więcej niż jeden dzień przed wyznaczonym posiedzeniem KIO. Dla rozstrzygnięcia w tej sprawie kluczowe znaczenie ma data 7 marca 2017 r., albowiem wskazywany dzień 30.03.2017 r. to termin odroczonego posiedzenia.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....

.....

.....