

POSTANOWIENIE
z dnia 2 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania w dniu 2 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2022 r. przez wykonawcę: **BSG Sp. z o.o., ul. A. Struga 20, 95-100 Zgierz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejsko Gminny Ośrodek Sportu i Rekreacji w Pisz, ul. Mickiewicza 2, 12-200 Pisz,**

przy udziale wykonawcy: **I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 417/22 po stronie odwołującego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **BSG Sp. z o.o., ul. A. Struga 20, 95-100 Zgierz** kwoty **10 000 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej równowartość kwoty uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miejsko-Gminny Ośrodek Sportu i Rekreacji w Piszcu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „Pzp” pn. „Modernizacja stadionu przyszkolnego przy ul. Mickiewicza w Piszcu – Etap I”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00053006/01 z dnia 10 lutego 2022. W tym samym dniu Zamawiający udostępnił wykonawcom specyfikację warunków zamówienia.

Wykonawca BSG Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 2 pkt 2 Pzp wniósł w dniu 15 lutego 2022 r. odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- sporządzeniu SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki dobór parametrów granicznych, które uniemożliwiają złożenie oferty z nawierzchnią lekkoatletyczną produkcji Odwołującego, jednocześnie naruszając zasadę udzielania zamówienia publicznego zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia,
- sporządzeniu SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwia zaferowanie w zakresie nawierzchni typu Full Pur wyłącznie nawierzchni jednego producenta tj. CONICA AG – produkt CONIPUR, bez uzasadnienia obiektywnymi względami techniczno-użytkowymi,
- opisu kryteriów oceny ofert, w tym w szczególności:
 - a) naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady proporcjonalności oraz związania z przedmiotem zamówienia a także uczciwej konkurencji,
 - b) braku powiązania zastosowanych kryteriów oceny ofert z jakością przedmiotu zamówienia,
 - c) sprzeczności parametrów granicznych OPZ z kryteriami oceny ofert,
 - d) zastosowania kryteriów oceny, których jedynym celem jest premiowanie w odniesieniu do nawierzchni typu Full Pur wyłącznie nawierzchni jednego producenta tj. CONICA AG – produkt CONIPUR.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

- I. W zakresie parametrów granicznych oraz wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia:

- art. 16 pkt 1 i 3 Pzp tj. obowiązku przygotowania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia (kwestionowane parametry przedstawione szczegółowo w uzasadnieniu odwołania),
- art. 17 ust 1 oraz ust. 2 Pzp poprzez zastosowanie w postępowaniu parametrów granicznych nie zapewniających najlepszej jakości, uzasadnionej charakterem zamówienia i nie prowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów,
- art. 99 ust 2 Pzp poprzez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki dobór parametrów, które uniemożliwiają złożenie Odwołującemu oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu,
- art. 99 ust 4 Pzp, poprzez opisanie parametrów granicznych w odniesieniu do nawierzchni typu Full Pur w sposób zbieżny w skutkach z użyciem w opisie zamówienia nazwy własnej systemu nawierzchni CONIPUR M firmy CONICA AG,
- art. 99 ust 2, 4 Pzp, poprzez sformułowanie wymaganego dokumentu dotyczącego nawierzchni w postaci aprobaty ITB, co przy uwzględnieniu treści SWZ powoduje brak możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie w celu uzyskania zamówienia, oferując nawierzchnię systemu TETRAPUR ENZ IIIIM produkcji Odwołującego,

II. W zakresie kryteriów oceny ofert:

- art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, tj. obowiązku przygotowania w postępowania sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny w odniesieniu do kryterium oceny ofert „Parametry techniczne” jak i sposobu oceny ofert w ramach tego kryterium,
- art. 17 ust 1 oraz 2 Pzp, poprzez zastosowanie w postępowaniu w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, kryteriów nie zapewniających najlepszej jakości, uzasadnionej charakterem zamówienia i nie prowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów,
- art. 239 ust 2 Pzp, przy zastosowaniu kwestionowanego kryterium oceny prowadzącego do uznania za najkorzystniejszą oferty, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny,
- art. 241 ust 3 Pzp, poprzez zastosowanie kryterium oceny ofert, które w istocie odnosi się nie do przedmiotu zamówienia, tj. jakościowych cech przedmiotowych produktów, ale do podmiotu oferującego konkretną markę jednego produktu (systemu nawierzchni CONIPUR M firmy CONICA AG),

- art. 99 ust 4 Pzp w zw. z art. 241 ust 1 Pzp, poprzez opisanie kryterium oceny „Parametry techniczne” w sposób zbieżny w skutkach z użyciem w opisie zamówienia nazwy własnej systemu nawierzchni CONIPUR M firmy CONICA AG,
- art. 242 ust. 2 pkt Pzp, poprzez określenie kryterium oceny ofert w sposób, który nie premiuje faktycznie produktu „lepszego”, poprzez opisanie konkretnych parametrów technicznych, a wyłącznie produkt konkretnego producenta, który jest produktem tożsamym z nawierzchnią oferowaną przez Odwołującego, a zatem nie istnieją żadne obiektywne przyczyny dla preferowania przez Zamawiającego konkretnych parametrów nawierzchni CONIPUR i przyznawania za nie dodatkowych punktów w procesie oceny ofert.

Sposób sformułowania kryteriów oceny ograniczył, a praktycznie wykluczył przy uwzględnieniu wagi zastosowanego kryterium, możliwość realnego konkurowania przez wykonawców oferowanymi produktami, poprzez całkowitą dyskryminację nawierzchni systemu TETRAPUR ENZ IIIM produkcji BSG choć nawierzchnia ta jest co najmniej równoważna, a w wielu parametrach lepsza niż faworyzowany system CONICA.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

- zmianę opisu przedmiotu zamówienia w SWZ w sposób umożliwiający zaoferowanie nawierzchni systemu TETRAPUR ENZ IIIM produkcji BSG (zakres żądań odwołania zgodny z uzasadnieniem odwołania) a także usunięcie wymogu dotyczącego aprobaty ITB dla nawierzchni,
- zmianę w zakresie kryteriów oceny ofert w SWZ poprzez modyfikację zasad punktacji w zakresie kryterium „Parametry techniczne” (zakres żądań odwołania zgodny z uzasadnieniem odwołania), względnie jego usunięcia w aktualnym kształcie.

Odwołujący wyjaśnił, że jest zainteresowany zarówno udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia jak również możliwością zaoferowania przez innych wykonawców zamówienia systemu nawierzchni Tetrapur, której jest producentem. W sytuacji, gdy treść SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia jak i kryteriów oceny odnoszących się do nawierzchni została sformułowana w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w szczególności, gdy Zamawiający wadliwie sformułował kryteria i zasady oceny ofert na ich podstawie, Odwołujący faktycznie utracił możliwość uzyskania zamówienia, analogicznie jak ekonomicznie nieuzasadnionym byłoby przy łącznej wadze kwestionowanych kryteriów na poziomie 20% oferowanie w postępowaniu systemu produkcji BSG przez innych wykonawców. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. prawidłowo sformułował treść SWZ, w szczególności w zakresie parametrów granicznych i kryteriów oceny możliwe byłoby złożenie oferty przy zastosowaniu systemu nawierzchni produkcji BGS i realne konkutowanie.

Poprzez wskazane powyżej czynności Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia a także ew. możliwości uzyskania przychodów z zaferowania w postępowaniu przez innych wykonawców nawierzchni jego produkcji. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć oferty, która ma szansę konkurować z systemem CONICA, pomimo pełnej równoważności parametrów tak jakościowych jak i technicznych.

Na wezwanie Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, przekazane wykonawcom w dniu 15 lutego 2022 r. wraz z kopią odwołania, przez publikację na stronie internetowej prowadzonego postępowania, w dniu 17 lutego 2022 r. I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. zgłosiła przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego, stosownie do art. 525 ust. 1- 3 Pzp, po stronie Odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości.

Pismem z dnia 28 lutego 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zamawiający oświadczył, że zgodnie z art. 522 ust. 1 zdanie drugie Pzp, uwzględnił wszystkie zarzuty Odwołującego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert. Wskazał, że wartości i opis kryteriów został dostosowany i uwzględniono wagi proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na fakt, że żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie wydruk zmian wprowadzonych w dniu 28 lutego 2022 r. w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji warunków zamówienia.

Biorąc pod uwagę dokonane powyżej ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz wobec braku zgłoszenia przez wykonawców w ustawowym terminie oraz w trybie, o którym mowa w art. 525 ust. 1-3 Pzp, przystąpienia do

postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, postępowanie niniejsze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego 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 takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższego, postanowiono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła, biorąc pod uwagę treść § 9 ust. 1 pkt 2a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020r., poz. 2437), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący