

Sygn. akt: KIO 1735/21

## POSTANOWIENIE

z dnia 15 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **15 lipca 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **9 czerwca 2021 r.** przez wykonawcę: **I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Dobre Miasto, ul. Warszawska 14, 11-040 Dobre Miasto**

przy udziale wykonawcy **EVERSPORT Sp. z o.o., ul. Kiersnowskiego 12/20, 03-161 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) kwoty uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy **I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza.**

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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

W dniu 09.06.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza zwana dalej: „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S.” albo „Odwołującym” wniosła odwołanie na postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SWZ”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie podstawowym na: *„Rozbudowa stadionu lekkoatletycznego, piłkarskiego wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu i infrastrukturą techniczną przy ul. Olsztyńskiej 14 w Dobrym Mieście”,* zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 04.06.2021 r. pod pozycją nr 2021/BZP 00073415/01 przez: Gmina Dobre Miasto, ul. Warszawska 14, 11-040 Dobre Miasto zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze. zm., zwana dalej „NPzp” albo „ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r.” albo „ustawy Pzp z 2019”.

Odwołanie złożono od czynności i zaniechań czynności przez Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który całkowicie eliminuje możliwość złożenia ofert przez jakichkolwiek Wykonawców, którzy nie zaoferują tylko jednej nawierzchni producenta CONICA, tj.:

- naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący rozwiązania konkretnego producenta,
- sporządzeniu SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję poprzez taki dobór parametrów, który charakteryzuje konkretne rozwiązanie konkretnego producenta i konkretny produkt, co uniemożliwia Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty, pomimo posiadania nawierzchni syntetycznej bieżni gwarantującej uzyskanie przez wybudowany stadion kategorii VA,
- braku wskazania rozwiązań równoważnych tj. opisanie parametrów technicznych jakie Zamawiający ewentualnie uzna za równoważne w stosunku do wymaganych, a definiujących jedną konkretną nawierzchnię.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 16 ust. 1 NPzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania Wykonawców i zachowaniem uczciwej konkurencji,
- art. 17 ust. 1 pkt 1 NPzp poprzez niezapewnienie najlepszej jakości w zakresie przedmiotu zamówienia,
- art. 99 ust. 4 NPzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, który jednoznacznie definiuje konkretny produkt a tym samym konkretny krąg podmiotów, które mogą złożyć ofertę, co utrudnia uczciwą konkurencję, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, który wskazuje i premiuje charakterystyczne rozwiązania konkretnego producenta,
- art. 99 ust. 6 ustawy poprzez brak zdefiniowania kryteriów w celu oceny równoważności.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ poprzez zmianę wymaganych zakresów parametrów nawierzchni i dopuszczenie rozwiązań równoważnych, które nie będą musiały być rozwiązaniami identycznymi jak produkt CONIPUR M firmy CONICA AG - w tym w szczególności zmianę zakresów parametrów w taki sposób, aby mieściły się w nich następujące wartości dla parametrów:
  - a) wytrzymałość na rozciąganie (MPa) - poprzez dopuszczenie nawierzchni z wartością 0,83 MPa,
  - b) wydłużenie w chwili zerwania (%) - poprzez dopuszczenie nawierzchni z wartością 128%,
  - c) redukcja siły w temp. 23°C (%) – poprzez dopuszczenie nawierzchni z wartością 39%,
  - d) współczynnik tarcia – poprzez dopuszczenie nawierzchni z wartością 61,
  - e) odporność na ścieranie – poprzez dopuszczenie nawierzchni z wartością 2,00 g f) tarcie/poślizg:
    - - nawierzchnia sucha – poprzez dopuszczenie nawierzchni z wartością 90,
    - - nawierzchnia mokra – poprzez dopuszczenie nawierzchni z wartością 61,
  - h) odporność nawierzchni na działanie butów z kolcami:
    - - wytrzymałość na rozciąganie – poprzez dopuszczenie nawierzchni z wartością 0,87.MPa
    - - wydłużenie w chwili zerwania - poprzez dopuszczenie nawierzchni z wartością 135 %,
  - i) odporność po sztucznym starzeniu:
    - - wytrzymałość na rozciąganie – poprzez dopuszczenie nawierzchni z wartością 0,88 MPa,
    - - wydłużenie w chwili zerwania - poprzez dopuszczenie nawierzchni z wartością 166 %,
  - j) zmiana barwy po sztucznym starzeniu – poprzez dopuszczenie nawierzchni z wartością 3-4,
  - k) mrozoodporność/zmiana masy po badaniu – poprzez dopuszczenie nawierzchni z wartością 0,25%;

3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 5-dniowego terminu, w zakresie czynności z dnia 4 czerwca 2021 r. opublikowania postanowień SWZ na stronie internetowej Zamawiającego.

Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania (w tym samym dniu co odwołanie – emailem) wraz z załącznikami Zamawiającemu.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ustalono, że odwołanie wniesiono zostało w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało więc braków formalnych i podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Zamawiający w dniu 11.06.2021 r. (na stronie internetowej Zamawiającego) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.06.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) EVERSPORT Sp. z o.o., ul. Kiersnowskiego 12/20, 03-161 Warszawa zwane dalej: „EVERSPORT Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 14.06.2021 r. udzielonego przez P.Z. osobę ujawnioną i umocowaną do samodzielnej reprezentacji zgodnie dokumentami rejestrowymi. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: EVERSPORT Sp. z o.o.

W dniu 13.07.2021 r. (e-mailem podpisanym podpisem elektronicznym) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości. Stwierdził, że: *„uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, które zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 9 czerwca 2021 r. przez odwołującego wykonawcę – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. . Zamawiający, zgodnie z art. 522*

*ust. 1 zdanie drugiej ustawy Pzp, dokona modyfikacji SWZ, zgodnie z żądaniami Odwołującego się zawartymi w odwołaniu. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca Eversport Sp. z o.o., dlatego zamawiający wnosi, aby Krajowa Izba Odwoławcza rozważyła możliwość umorzenia postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 1735/21 na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, o ile Przystępujący po stronie Zamawiającego nie wnieśli sprzeciwu. Zamawiający przekazał Uwzględnienie odwołania uczestnikom postępowania odwoławczego w formie elektronicznej, Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oraz zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania.”. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Burmistrza Miasta Dobre Miasto.*

W dniu 14.07.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) EVERSPORT Sp. z o.o. złożyło – ustosunkowanie się do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości. W jego ramach Odwołujący oświadczył, że nie będzie wnosił sprzeciwu od tej czynności Zamawiającego. Pismo zostało podpisane tak jak przystąpienie.

W dniu 15.07.2021 r. na mocy zarządzenia z 23.06.2021 r. odbyło się posiedzenie z udziałem stron oraz uczestnika postępowania.

Na posiedzenie nikt się nie stawił, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia. Dowód zawiadomienia w aktach sprawy.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 1 oraz art. 568 pkt 3 NPzp – należało umorzyć.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatowi postawionemu w odwołaniu.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający uznał w całości słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie w całości, natomiast Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego podmiot, który mógłby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, nie skorzystał z przysługującego mu prawa, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 2 NPzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,

2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy, którzy nie skorzystali z prawa do wniesienia sprzeciwu

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący:**

.....