Sygn. akt: KIO 2213/22

POSTANOWIENIE

z dnia 2 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Uczestnika postępowania w dniu 2 września 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2022 roku przez wykonawcę BSG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Strzelce Opolskie z siedzibą w Strzelcach Opolskich

przy udziale wykonawcy I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Gretasoprt I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwotę 9 000 zł 00 gr (słownie: dziewięciu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu na rzecz Odwołującego: BSG Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejsze postanowienie w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

sygn. akt KIO 2213/22

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Strzelce Opolskie z siedzibą w Strzelcach Opolskich, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym pn. Przebudowa stadionu z dostosowaniem do wybranych dyscyplin lekkoatletycznych oraz budową oświetlenia treningowego. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00286738/01 z dnia 2022-08-01. Wartość zamówienia jest poniżej progów unijnych.

Dnia 23 sierpnia 2022 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w prowadzonym postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), (dalej jako „ustawa Pzp") odwołanie złożył Wykonawca BSG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu (dalej jako „Odwołujący").

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- dokonaniu w dniu 18.08.2022r. zmiany SWZ w zakresie parametrów nawierzchni bieżni lekkoatletycznej poprzez wprowadzenie do niej nowego parametru „Tarcie TRRL" z graniczną wartością górną tego parametru na poziomie ograniczającym uczciwą konkurencję poprzez taki dobór parametrów granicznych, który uniemożliwia złożenie oferty z nawierzchnią lekkoatletyczną produkcji Odwołującego, jednocześnie naruszając zasadę udzielania zamówienia publicznego zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia,

- dokonaniu w dniu 18.08.2022r. zmiany SWZ w zakresie dopuszczalnej zawartości

związków chemicznych w odniesieniu do parametru cyna (SN) na poziomie < 0,0001 mg/l, co w bezzasadny sposób ogranicza dostęp do postępowania,

w konsekwencji, uwzględniając pozostałe zmodyfikowane parametry graniczne nawierzchni bieżni lekkoatletycznej opis zamówienia został dokonany w sposób, który umożliwia zaoferowanie wyłącznie nawierzchni jednego producenta tj. CONICA AG - produkt CONIPUR M bez uzasadnienia obiektywnymi względami techniczno-użytkowymi,

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) 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 w zakresie górnej granicy wartości parametru „Tarcie TRRL" a także poziomu granicznego parametru cyna (SN),

2) art. 17 ust 1 oraz 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,

3) art. 99 ust 2 Pzp poprzez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz parametrów dotyczących nawierzchni w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki ich dobór, które uniemożliwiają złożenie Odwołującemu oferty (bądź zaoferowanie systemu nawierzchni którego jest producentem), która nie podlegałaby odrzuceniu,

4) art. 99 ust 4 Pzp - poprzez opisanie parametrów granicznych w odniesieniu do nawierzchni bieżni które w zbiegu parametrów prowadzą do opisu w sposób zbieżny w skutkach z użyciem w opisie zamówienia nazwy własnej systemu nawierzchni CONIPUR

M firmy CONICA AG,

co przy uwzględnieniu treści SWZ powoduje brak możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie w celu uzyskania zamówienia, oferując nawierzchnię systemu

Tetrapur IIIM produkcji Odwołującego,.

Odwołujący wnosił o :

- uwzględnienie odwołania,

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane odwołaniem,

a także o:

- zmianę opisu przedmiotu zamówienia w SWZ w sposób umożliwiający zaoferowanie nawierzchni systemu Tetrapur IIIM produkcji BSG poprzez dopuszczenie parametru „Tarcie TRRL" w przedziale: 50-62,

- zmianę opisu przedmiotu zamówienia w SWZ w zakresie parametru cyna (SN) i przywrócenia go do pierwotnie zawartego w SWZ na < 0,02 mg/l.

Zamawiający opublikował kwestionowaną odwołaniem zmianę SWZ w dniu 18.08.2022r. wobec czego termin określony w Pzp na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany zarówno udzieleniem mu zamówienia w charakterze wykonawcy bezpośrednio, jak również możliwością zaoferowania przez innych wykonawców systemu nawierzchni, której jest producentem. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Ponadto Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. prawidłowo sformułował treść SWZ w zakresie objętego odwołaniem parametru granicznego tarcie TRRL, możliwe byłoby złożenie oferty przy zastosowaniu systemu nawierzchni produkcji BGS i realne konkurowanie. Analogicznie w odniesieniu do wprowadzonej zmiany wartości parametru cyna SN - pierwotna wartość parametru była zgodna z wartością, jaką posiada produkt Odwołującego, po zmianie już nie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawne oraz uprawdopodobnił możliwość poniesienia szkody. Wykonawca jest podmiotem zainteresowanym udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, chce złożyć ofertę w ogłoszonym postępowaniu. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SWZ formułowania opisu przedmiotu zamówienia, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego Wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

W aktach sprawy ujawniono zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez Wykonawcę I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Gretasoprt I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej. Izba potwierdziła skuteczność złożonego przystąpienia.

Odwołujący, w dniu 1 września 2022 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą na dzień 2 września 2022 roku o godz. 10.00 złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu Wykonawcy, posiadającą stosowne pełnomocnictwa (w aktach sprawy).

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce co najmniej na dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczonego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 9 000,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: