Sygn. akt: KIO 3112/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 19 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Aleksandra Kot

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 19 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę R. Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: INTERPLASTIC R. Ż. z siedzibą w Tuchomiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejską Arenę Kultury i Sportu sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy R. Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: INTERPLASTIC R. Ż. z siedzibą w Tuchomiu kwoty 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3112/24

Uzasadnienie

Miejska Arena Kultury i Sportu sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Zamawiający” lub „MAKiS”) prowadzi na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „Dostawa wraz z pierwszym montażem i demontażem sportowej podłogi modułowej” (Numer referencyjny: MAKiS/D/1/2024, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 sierpnia 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00464971/01.

26 sierpnia 2024 r. wykonawca R. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: INTERPLASTIC R. Ż. z siedzibą w Tuchomiu (dalej: „Odwołujący” lub „INTERPLASTIC”) wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj: czynności opisania przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz dokonanie zmian w OPZ:

a) usunięcie z rozdziału Definicja fragmentu postanowienia „suszonych w piecu (bez przyspieszenia tego procesu podciśnieniowo degradującego strukturę drewna), układanych w układzie przesuniętych paneli”;

b) zmianę postanowienia „Panele muszą być łączone ze sobą ze wszystkich stron za pomocą systemu flexi-lock lub podobnego i muszą mieć co najmniej 3 elementy mocujące” na „Panele muszą być łączone za pomocą systemu łączenia paneli zgodnego z instrukcją producenta”;

c) zmianę postanowienia „Panele muszą mieć połączoną z nimi warstwę sklejki o grubości ok. 12 mm jako podparcie dla wierzchniej warstwy z litego drzewa” na „Panele muszą mieć połączoną z nimi warstwę sklejki/legarów ze sklejki o grubości między 12 a 20 mm jako podparcie dla wierzchniej warstwy z litego drzewa”;

d) zmianę postanowienia „Całkowita wysokość konstrukcji, w tym 10 mm zintegrowanego podkładu z poliuretanowej pianki elastycznej wtórnie spienianej,

musi wynosić 44 mm” na „Całkowita wysokość konstrukcji, w tym zintegrowany podkład z poliuretanowej pianki musi wynosić 44 mm”;

e) zmianę tabeli zawartej na str. 2 OPZ zgodnie z tabelą przedstawioną w treści odwołania;

f) zmianę postanowienia „Dostarczona podłoga musi posiadać klasyfikację A3 zgodnie z normą EN 14904 A3 poziom 1” na „Dostarczona podłoga musi posiadać minimum klasyfikację A3 zgodnie z normą EN 14904” ewentualnie „Dostarczona podłoga musi posiadać klasyfikację A3 lub A4 zgodnie z normą EN 14904”;

g) zmianę postanowienia „Podłoga będzie spełniać wymagania oficjalnych przepisów koszykówki co potwierdzi certyfikat FIBA poziom 1 oraz numer licencji FIBA, pozytywną opinię Polskiego Związku Piłki Siatkowej oraz certyfikat PZKosz. W przypadku zgłoszenia przez wyżej wskazane organizację sportowe uwag co do prac wykonanych przez Wykonawcę dla Zamawiającego lub użytych w ich toku materiałów, Wykonawca będzie zobowiązany do dostosowania przedmiotu umowy lub sposobu wykonania przedmiotu zamówienia do wymagań każdej z wyżej wymienionych organizacji” na „Podłoga będzie spełniać wymagania oficjalnych przepisów koszykówki co potwierdzi certyfikat FIBA poziom 1”;

h) zmianę postanowienia „Podłoga będzie spełniać wymagania „Oficjalnych przepisów IHF 2020” oraz posiadać certyfikat IHF” na „Podłoga będzie posiadać certyfikat IHF”;

i) zmianę postanowienia „Boisko zostanie zaprojektowane za pomocą systemu modułowych paneli drewnianych i będzie miało powierzchnię ok. 726 m^2, w tym ok. 22 m szerokości i 33 m długości” na „Boisko zostanie zaprojektowane za pomocą systemu modułowych paneli drewnianych i będzie miało powierzchnię ok. 726 m^2, w tym ok. 22 m szerokości i ok. 33 m długości” ewentualnie „Boisko zostanie zaprojektowane za pomocą systemu modułowych paneli drewnianych i będzie miało ok. 22 m szerokości i ok. 33 m długości”;

j) zmianę postanowienia „Wymiar pojedynczego panelu to 2100-2400 mm długość x 500-700 mm szerokości” na „Wymiar pojedynczego pełnego panelu to 1800-2400 mm długości x 400-700 mm szerokości”;

k) zmianę postanowienia „Górna warstwa (strona kontaktowa) będzie wykonana z litego drewna o minimalnej grubości 22 mm, suszona w piecu i pokryta warstwami lakieru poliuretanowego z suszeniem UV, w tym dwoma końcowymi warstwami lakieru przeciwzarysowaniowego specjalnie do użytku sportowego. Pod warstwami lakieru zostaną fabrycznie naniesione linie boiska do koszykówki, a także logotypy, obramowanie boiska i kolory trumien zgodnie z projektem dostarczonym przez zamawiającego. Nie dopuszcza się malowania linii i logotypów na wierzchnich warstwach lakieru” na „Górna warstwa (strona kontaktowa) będzie wykonana z litego

drewna o minimalnej grubości 22 mm, pokryta warstwami lakieru poliuretanowego z suszeniem UV. Przed warstwą wykończeniową lakieru zostaną naniesione linie boiska do koszykówki, a także logotypy, obramowanie boiska i kolory trumien zgodnie z załączonym projektem, który stanowi załącznik do OPZ. Nie dopuszcza się malowania linii i logotypów na wierzchnich warstwach lakieru”;

l) zmianę postanowienia „Warstwa 12 mm sklejki będzie gwarantowała odpowiednią stabilność systemu, a także służyła jako zabezpieczenie elementów łączących panele” na „Warstwa 12-20 mm sklejki/legarów ze sklejki będzie gwarantowała odpowiednią stabilność systemu, a także służyła jako zabezpieczenie elementów łączących panele”;

m) zmianę postanowienia „Elastyczna pianka jako element umieszczony pod 12 mm warstwą sklejki opisaną powyżej w celu zapewnienia systemowi parametrów zgodnych z wymaganiami sportowymi. Ten element musi być na stałe przymocowany do panelu” na „Elastyczna pianka jako element umieszczony pod 12-20 mm warstwą sklejki/legarów ze sklejki opisanych powyżej w celu zapewnienia systemowi parametrów zgodnych z wymaganiami sportowymi. Ten element musi być na stałe przymocowany do panelu”;

n) zmianę terminu realizacji umowy na 35 dni od daty zawarcia umowy.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego wykonawcy ERZET-PODŁOGI sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej (dalej: „ERZET-PODŁOGI”) z uwagi na to, że wykonawca ten zgłosił przystąpienie po upływie terminu, o którym mowa w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp „Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje”. Izba – na podstawie informacji z dnia 30 sierpnia 2024 r. przekazanej przez MAKiS – ustaliła, że Zamawiający przesłał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 27 sierpnia 2024 r. za pośrednictwem platformy e-zamowienia.gov.pl. Skoro zatem MAKiS w dniu 27 sierpnia 2024 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego, to 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia upływał z końcem dnia 30 sierpnia 2024 r. Tymczasem zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę ERZET-PODŁOGI zostało doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 r. za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1640 ze zm.). W tym miejscu zasadnym jest podkreślenie, że termin na zgłoszenie przystąpienia jest terminem zawitym, a zatem nie podlega wydłużeniu ani przywróceniu. Uchybienie terminowi do zgłoszenia przystąpienia

skutkuje nieskutecznością przystąpienia. Liczy się bowiem data wniesienia przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej tj. data, w której Prezes Izby to przystąpienie otrzyma (zob. „Prawo zamówień publicznych” - komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 1356). Ze względu na powyższe koniecznym jest uznanie, że przystąpienie wykonawcy ERZET-PODŁOGI do postępowania odwoławczego jest nieskuteczne, gdyż zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z 12 września 2024 r. Odwołujący – w związku ze zmianami w treści dokumentacji zamówienia dokonanymi przez Zamawiającego – wniósł o umorzenie postępowania w zakresie zarzutów, których dotyczyły wnioski określone w ust. 3 lit. a)-m) petitum odwołania (z uwagi na odpadnięcie substratu zaskarżenia na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp) oraz wycofał odwołanie w zakresie zarzutu, którego dotyczył wniosek określony w ust. 3 lit. n) petitum odwołania (termin realizacji zamówienia). INSTERPLASTIC wskazał, że 11 września 2024 r. MAKiS dokonał szeregu zmian w dokumentacji postępowania. W związku z tymi zmianami doszło do odpadnięcia tzw. substratu zaskarżenia w zakresie zarzutów wskazanych w ust. ust. 3 lit. a)-m) petitum odwołania. Odwołujący podniósł, że mając to na uwadze dalsze postępowanie w tym zakresie stało się zbędne i tym samym podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast INTERPLASTIC wycofał odwołanie w zakresie jednego z zarzutów (dotyczącego terminu realizacji zamówienia).

Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, „Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (…) 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne”. Zbędność postępowania odwoławczego wynika z faktu, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, nie istnieje na dzień rozpoznawania przedmiotowej sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skład orzekający na podstawie dokumentacji postępowania zamieszczonej na stronie internetowej prowadzonego Postępowania ustalił, że MAKiS w dniu 11 września 2024 r. dokonał zmian postanowień OPZ, których brzmienie było kwestionowane przez INTERPLASTIC, zgodnie z wnioskami określonymi w ust. 3 lit. a)-m) petitum odwołania. Tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Innymi słowy ustał tzw. substrat zaskarżenia niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 10

sierpnia 2023 r. o sygn. akt KIO 2263/23 „(…) Jeżeli więc dojdzie do zajścia w sprawie okoliczności, których wystąpienie negatywnie wpływa na możliwość zbadania sprawy co do meritum, a dalsze procedowanie staje się bezcelowe, proces powinien zostać umorzony z powodu zbędności wydania wyroku. Inaczej mówiąc, pojęcie zbędności jako przyczyny umorzenia postępowania odwoławczego, związane jest z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością dalszego prowadzenia postępowania odwoławczego, więc jego wynik nie powinien mieć charakteru rozstrzygnięcia merytorycznego, a powinien być jedynie jego formalnym zakończeniem (…)”. W ocenie składu orzekającego w rozpoznawanej sprawie doszło właśnie do takiej sytuacji. Zmiana SWZ spowodowała bowiem, że zarzuty odwołania straciły swoją aktualność. Reasumując, Izba działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp uznała, że zaszła przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów, których dotyczyły wnioski określone w ust. 3 lit. a)-m) petitum odwołania, gdyż w okolicznościach tej sprawy dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Natomiast z uwagi na to, że na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu. Powyższe skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie zarzutu, którego dotyczył wniosek określony w ust. 3 lit. n) petitum odwołania.

Ponadto, Izba wskazuje, że jak wynika z treści art. 520 ust. 2 ustawy Pzp cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 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. z 2020 r. poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, a przez art. 574 ustawy Pzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu od odwołania, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia. Izba uznała, że w okolicznościach tej sprawy zachodzą przesłanki do zwrotu uiszczonego wpisu w całości, analogicznie jak ma to miejsce w sytuacji wskazanej w treści § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia.

Przewodnicząca: ……