

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 17 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 17 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę: **COVERTECH Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa**,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) na rzecz wykonawcy:

COVERTECH Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa uiszczonej tytułem wpisu 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1447/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie: „Ochronniki słuchu z mikrofonem do komunikacji oraz przyciskiem PTT zakończonym złączem 12 PIN HiRose”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 marca 2024 r. pod numerem 168389-2024. W dniu 15 kwietnia 2024 r. Zamawiający opublikował na portalu zakupowym pytania wykonawców i odpowiedzi do Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz dokonał modyfikacji treści SWZ.

Wykonawca, COVERTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu i zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp w związku z art. 99 ust. 2 i 4 Pzp, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co prowadzi do nieuzasadnionego wyeliminowania większości potencjalnych wykonawców oraz produktów, nie zapewnia najlepszej jakości, uzasadnionej charakterem zamówienia ani nie prowadzi do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów, a także uniemożliwia złożenie Odwołującemu oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie stanowił wyraz prawdziwych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, jednocześnie zgodnych z przepisami ustawy Pzp, a dokładnie poprzez ustanowienie wymogu wymienionego w załączniku nr 2 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) w punkcie 16 tabeli dla typu 1 i typu 2, aby wszystkie zestawy musiały składać się z minimum 4 elementów jednego producenta, w tym ochronnik słuchu i przycisk PTT (podwójny lub pojedynczy) musiały pochodzić od tego samego producenta, podczas gdy pochodzenie wybranych elementów zestawu nie ma żadnego znaczenia dla spełnienia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, nie ma też żadnego wpływu na prawidłowość pracy całego zestawu, a jedynie ogranicza konkurencję do tych producentów, którzy są w stanie zaoferować własne, konkretnie wskazane wyroby w 4 z 6 elementów zestawu (w tym ochronnik słuchu i przycisk PTT), co wskazuje na nieadekwatność i nadmiarowość warunku, który tym samym nie odzwierciedla rzeczywistej, uzasadnionej potrzeby lecz preferencje Zamawiającego, który w ten sposób stara się faworyzować wybrane przez siebie rozwiązanie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby zmienił treść SWZ – załącznik nr 2 w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, dokonana zmianę SWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SWZ, oraz zamieścił zmianę SWZ na stronie internetowej, na której Ogłoszenie o zamówieniu lub SWZ jest udostępniana, przesunął termin składania wniosków o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, tj. na dzień 30 maja 2024 r.

Odwołujący wyjaśnił, że jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia, jednak w sytuacji, gdy treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SWZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w

szczegółności, gdy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej tak sformułowane wymogi, pomimo wyjątkowo bogatego doświadczenia wykonawcy oraz możliwości dostarczenia urządzeń spełniających wymogi Zamawiającego. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach.

W dniu 10 maja 2024 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Zamawiającego do przedłożenia do akt sprawy odpowiedzi na odwołanie w terminie do dnia 15 maja 2024 r. do godz. 15.00.

Zamawiający do dnia wydania niniejszego postanowienia nie złożył odpowiedzi na odwołanie.

Odwołujący w dniu 15 maja 2024 r. złożył pismo procesowe z wnioskiem o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp w związku z wyjaśnieniami treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz modyfikacjami treści SWZ dokonanymi przez Zamawiającego w dniu 14 maja 2024 r. (data publikacji pliku na platformie zakupowej). Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w dniu 14 maja 2024 r. usunął kwestionowany w odwołaniu wymóg, aby ochronnik słuchu i przyciski PTT (podwójny lub pojedynczy) pochodziły od tego samego producenta. Odwołujący oświadczył jednocześnie, że powyższa modyfikacja odpowiada żądaniu odwołania i w związku z powyższym wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego, bowiem dalsze jego prowadzenie stało się zbędne oraz bezprzedmiotowe.

Odwołujący załączył do ww. pisma dowód w postaci pisma Zamawiającego L.dz. FZF- 3339/24przekazanego przez Zamawiającego wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, opublikowanego na platformie zakupowej, zawierającego zmianę i i wyjaśnienia treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym stanowiące zmiany treści SWZ w Załączniku nr 2 do SWZ Opis przedmiotu zamówieniawiążące w prowadzonym postępowaniu. Z treści tego dokumentu wynika jednoznacznie, że:

„Zamawiający informuje, że działając zgodnie z treścią art. 137 ust. 1 ustawy Pzp dokonuje zmiany treści SWZ w Załączniku nr 2 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia:

1. W punkcie 16 danych technicznych dla typu 1 i typu 2 Zamawiający usuwa wymaganie aby ochronnik słuchu i przyciski PTT (podwójny lub pojedynczy) pochodziły od tego samego producenta, a punkt 16 przyjmuje następujące brzmienie:

„16. Wszystkie zestawy muszą składać się z następujących elementów: ochronnik słuchu (Słuchawki), mikrofon, przycisk PTT podwójny (Typ 1) lub PTT pojedynczy (Typ 2), kabel HiRose, adapter HiRose do radiotelefonu, PTT bezprzewodowe (tylko w przypadku 44 zestawów)”.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlegało umorzeniu na podstawie art. art. 568 pkt 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów odwołania Zamawiający dokonał zmiany treści postanowień SWZ z dnia 15 maja 2024 r.(opublikowanych w dniu 14 maja 2024 r. na platformie zakupowej), które były przedmiotem odwołania.

Izba stwierdziła wobec powyższego, że postępowanie odwoławcze stało się bezprzedmiotowe z uwagi na fakt, że treść postanowień SWZ, która stanowiła podstawę do sformułowania zarzutów i wniesienia odwołania, tj.wymogu wymienionego w załączniku nr 2 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) w punkcie 16 tabeli dla typu 1 i typu 2, aby wszystkie zestawy musiały składać się z minimum 4 elementów jednego producenta, w tym ochronnik słuchu i przycisk PTT (podwójny lub pojedynczy) musiały pochodzić od tego samego producenta, przestała istnieć na dzień 14 maja 2024 r. Dokonanie przez Zamawiającego zmiany treści SWZ w prowadzonym postępowaniu przed rozpoznaniem przez KIO wniesionego odwołania powoduje, że czynności, stanowiące substrat zaskarżenia – określone postanowienia SWZ - wobec których zostało wniesione odwołanie, przestały istnieć, co powoduje *de facto* brak substratu zaskarżenia. W tym stanie rzeczy zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Izba nie może bowiem orzekać merytorycznie co do zarzutów przedstawionych w odwołaniu, skoro aktualnie odwołanie dotyczy treści SWZ nieistniejącej, bowiem kwestionowane w odwołaniu wymaganie SWZ zostało przez Zamawiającego usunięte.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 lit.b oraz § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....