sygn. akt KIO 633/23

POSTANOWIENIE
z dnia 16 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 16 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2023 r. przez wykonawcę **G.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Holsters HPE Polska G.S. w Kielcach** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji w Warszawie,**
przy udziale wykonawcy „**UMO" Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **G.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Holsters HPE Polska G.S. w Kielcach** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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:……

sygn. akt KIO 633/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Komenda Główna Policji w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z dziedziny obronności i bezpieczeństwa prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Dostawa policyjnych kasków ochronnych z osłoną twarzy w ilości 3 800 szt. w ramach zamówienia podstawowego oraz do 3 200 szt. w ramach zamówienia opcjonalnego", numer postępowania 23/Cut/23/RG/PMP. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 lutego 2023r. r. pod numerem 2023/S 040-114606.

W dniu 6 marca 2023 r. wykonawca G.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Holsters HPE Polska G.S. w Kielcach wniósł odwołanie:

1) **wobec treści dokumentów zamówienia,** tj. wobec sporządzenia przez Zamawiającego dokumentów zamówienia, w tym Opisu Przedmiotu Zamówienia i SWZ wbrew wynikającym z Ustawy wymogom, by przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a postępowanie o udzielenie zamówienia było przygotowane i przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny,
2) **od niezgodnych z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego** – Komendy Głównej Policji polegających na braku opublikowania na stronie internetowej Zamawiającego od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pełnej i kompletnej dokumentacji zamówienia tj. poprzez nieopublikowanie od dnia 24 lutego 2023 r. do dnia 3marca 2023 r. (piątek) istotnego dla wykonawców załącznika nr 9 do SWZ -„Protokołu zgodności wzoru wyrobu z opisem przedmiotu zamówienia" regulującego zasady, na jakich Zamawiający przeprowadzać będzie ocenę techniczną i jakościową oferowanego przedmiotu zamówienia, czym m.in. uniemożliwił zadawanie pytań do SWZ w tym zakresie.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisu:

1) **art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, w odniesieniu do niedokładnych i niezrozumiałych określeń, w tym do kryteriów ocennych, zależnych m.in. od indywidualnych lub subiektywnych właściwości/ wrażeń użytkownika, w odniesieniu do następujących kryteriów: Część I pkt 4 ppkt 3) OPZ, Część I pkt 4 ppkt 8) OPZ, Część I pkt 4 ppk 11) OPZ, Część I pkt 4 ppkt 14) OPZ, Część I pkt 4 ppkt 16) OPZ, Część I pkt 4 ppkt 19) OPZ, Część I pkt 4 pp 21) OPZ, Część I pkt 4 ppkt 28) OPZ, Część I pkt 6 OPZ, Część II pkt 2) ppkt 2) tiret 2, 3 i 6, a poprzez to również w odniesieniu do następujących punktów Załącznika nr 9: pkt 1.2, 1.4, 1.8, 1.11, 1.13, 1.15, 4.1.
Opisanie w powyższy sposób przedmiotu zamówienia powoduje, że ocena w tym zakresie może być całkowicie

dowolna, mało przejrzysta i nietransparentna, a to godzi w zasadę równego traktowania wykonawców oraz powoduje, że nie można uznać, by postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przygotowane i mogło być prowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również w sposób przejrzysty.

2) art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 106 ust. 3 PZP poprzez:

a) brak ustalenia w SWZ jakichkolwiek zasad, procedur czy wytycznych, na jakich Zamawiający przeprowadzać będzie ocenę techniczną i jakościową oferowanego przedmiotu zamówienia,

b) brak przyznania wykonawcom możliwości wzięcia czynnego udziału w testach oferowanego przedmiotu zamówienia,

co stanowi ograniczenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz powoduje, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przygotowane i jest prowadzone w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, jak również nie jest prowadzone w sposób przejrzysty oraz proporcjonalny,

3) art. 133 ust. 1 PZP poprzez brak zapewnienia przez Zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania pełnego dostępu do specyfikacji warunków zamówienia, od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej tj. poprzez nieopublikowanie od dnia 24 lutego 2023 r. do dnia 3 marca 2023r. (piątek) istotnego dla wykonawców załącznika nr 9 do SWZ -„Protokołu zgodności wzoru wyrobu z opisem przedmiotu zamówienia" regulującego zasady, na jakich Zamawiający przeprowadzać będzie ocenę techniczną i jakościową oferowanego przedmiotu zamówienia, co spowodowało, że Odwołujący utracili możliwość złożenia wiążącego Zamawiającego wniosku o wyjaśnienie treści SWZ (w zakresie dotyczącym nieopublikowanego Załącznika nr 9) i zadawania pytań o zasady przeprowadzenia testów wzoru przedmiotu zamówienia, co godzi w zasadę równego traktowania wykonawców oraz powoduje, że nie można uznać, by postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przygotowane i mogło być prowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również w sposób przejrzysty.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia i zredagowania go w sposób precyzyjny, a także usunięcia niedokładnych i niezrozumiałych określeń, w tym kryteriów ocennych, zależnych m.in. od indywidualnych lub subiektywnych właściwości/ wrażeń użytkownika, o których mowa w Części I pkt 4 ppkt 3) OPZ, Części I pkt 4 ppkt 8) OPZ, Części I pkt 4 ppkt 11) OPZ, Części I pkt 4 ppkt 14) OPZ, Części I pkt 4 ppkt 16) OPZ, Części I pkt 4 ppkt 19) OPZ, Części I pkt 4 ppkt 21) OPZ, Części I pkt 4 ppkt 28) OPZ, Części I pkt 6 OPZ, Części II pkt 2) ppkt 2) tiret 2, 3 i 6 oraz pkt 1.2, 1.4, 1.8, 1.11, 1.13, 1.15, 4.1 Załącznika nr 9;

2) ewentualnie **nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ poprzez** usunięcie z OPZ zakwestionowanych kryteriów, a zawartych w Części I pkt 4 ppkt 3) OPZ, Części I pkt 4 ppkt 8) OPZ, Części I pkt 4 ppkt 11) OPZ, Części I pkt 4 ppkt 14) OPZ, Części I pkt 4 ppkt 16) OPZ, Części I pkt 4 ppkt 19) OPZ, Części I pkt 4 ppkt 21) OPZ, Części I pkt 4 ppkt 28) OPZ, Części I pkt 6 OPZ, Części II pkt 2) ppkt 2) tiret 2, 3 i 6 oraz pkt 1.2, 1.4, 1.8, 1.11, 1.13, 1.15, 4.1 Załącznika nr 9;

3) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ poprzez określenie w treści specyfikacji zasad, procedur lub wytycznych, na jakich Zamawiający przeprowadzać będzie ocenę techniczną i jakościową oferowanego przedmiotu zamówienia, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ poprzez przyznanie wykonawcom możliwości wzięcia udziału w testach oferowanego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2023 r. (pismo z dnia 15 marca 2023 r.) wnosił o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP z uwagi na fakt, że dalsze postępowanie stało się zbędne, a z daleko posuniętej ostrożności cofał w całości odwołanie ze skutkiem na dzień 17 marca 2023 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca „UMO" Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce, ul. Sienkiewicza 61, 05-220 Zielonka.

Izba stwierdziła, ze ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2023 r. (pismo z dnia 16 marca 2023 r.) wnosił wnoszę o oddalenie odwołania w całości z uwagi na brak substratu zaskarżenia oraz niezasadność podnoszonych zarzutów.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę G.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Holsters HPE Polska G.S. w Kielcach, ul. Długa 15, 25-650 Kielce, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba zważa, że Zamawiający w dniu 13 marca 2023 r. dokonał modyfikacji SWZ (informacja o modyfikacji SWZ dołączona do odpowiedzi do odwołania) w ten sposób, że:

- dokonał zmian w Specyfikacji Technicznej (załącznik nr 2 do SWZ) w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego w zakresie: Część I pkt 4 ppkt 3) OPZ, Część I pkt 4 ppkt 8) OPZ, Część I pkt 4 ppkt 11) OPZ, Część I pkt 4 ppkt 14 OPZ, Część I pkt 4 ppkt 16) OPZ, Część I pkt 4 ppkt 19) OPZ, Część I pkt 4 ppkt 21) OPZ, Część I pkt 4 ppkt 28) OP Część I pkt 6 OPZ,

- usunął załącznik nr 9 do SWZ,

- zmienił Rozdział VII ust. 1 pkt b) SWZ (dotyczący oceny wzoru oferowanego wyrobu), w ten sposób, że:
„ b. Wzór oferowanego wyrobu – policyjnego kasku ochronnego z osłoną twarzy w rozmiarze XL .
UWAGA:
Wzór oferowanego kasku musi zostać złożony przed terminem składania ofert w Biurze Finansów KGP, 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 36/38, pokój 435, tel. 72 47 601 32 04, w godz. 8.30 – 15.30 (od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy) oraz oznakowane w poniższy sposób……Wzór kasku musi zostać zabezpieczony w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z jego zawartością. Wzór kasku musi spełniać wszystkie parametry podane w Załączniku nr 2 do SWZ (Specyfikacja Techniczna nr 7/U/BLP/KGP/2019 Część nr I Część nr II oraz karta zmiany nr 2/U/BLP/KGP/2020 do Specyfikacji).
Niezgodność wzoru z opisem przedmiotu zamówienia spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp. Wykonawca, realizując zamówienie, dostarczy kaski takie same jak wskazany we wzorze kasku składanym wraz z ofertą. Zgodnie z art. 77 ustawy Pzp Zamawiający zwraca wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek, złożone przez nich wzory. Zamawiający nie zwróci Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, złożonego przez niego wzoru, gdyż zostanie on potraktowany jako załącznik do umowy (i przez czas jej obowiązywania traktowany będzie jako wyrób wzorcowy).
Ocena techniczna i jakościowa wszystkich wzorów złożonych przez Wykonawców zostanie przeprowadzona w siedzibie Zamawiającego. Ocenie podlegać będą wszystkie parametry kasku określone w OPZ - Załączniku nr 2 do SWZ (Specyfikacja Techniczna nr 7/U/BLP/KGP/2019 Część nr I i Część nr II oraz karta zmiany n 2/U/BLP/KGP/2020 do Specyfikacji).”
W związku powyższym, w ocenie Izby, kwestionowana treść SWZ zawiera modyfikację sposobu oceny parametrów podanych w Załączniku nr 2 do SWZ (Specyfikacja Techniczna nr 7/U/BLP/KGP/2019 Część nr I i Część nr II oraz karta zmiany nr 2/U/BLP/KGP/2020 do Specyfikacji Technicznej), jak również usunięcie załącznika nr 9 do SWZ spowodowało że zarzuty stały się bezprzedmiotowe.

Izba zważa, że powyższe czynności Zamawiającego pozostawały w związku z zarzutami odwołania i stanowiły zarazem podstawę główną zarzutów odwołania. Oznacza to, że czynności, wobec których zostało wniesione odwołanie utraciły swój byt. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Pzp. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 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. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….