

Sygn. akt: KIO 3493/23

POSTANOWENIE
z dnia 6 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 6 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2023 r. przez wykonawcę **IBC Advisory Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie ul. Mokotowska 1, 00-640 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych** w Warszawie, Al. Jana Pawła II 13, 00-828 Warszawa

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz odwołującego tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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 3493/23

Uzasadnienie

Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Badania potrzeb osób niepełnosprawnych w Polsce”, numer referencyjny: ZP/31/23. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 17 listopada 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2023/BZP 00501358.

Wykonawca IBC Advisory S.A. wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieuzasadniony, nieproporcjonalny i niejasny, w części:

- dotyczącej wymagania wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem związanym z wykonaniem usług finansowanych/ współfinansowanych ze środków publicznych oraz w zakresie obowiązku przedstawienia na żądanie Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia, przy uwzględnieniu wymagań określonych przez Zamawiającego,
- dotyczącej wymagania wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem zespołem badawczym, którego skład tworzą osoby, posiadające wymagane kwalifikacje w tym doświadczenie związane z wykonaniem badań finansowanych/ współfinansowanych ze środków publicznych,
- dotyczącej wymagania, aby wskazane przez wykonawcę w Wykazie Usług badania dotyczyły badań, których wyniki są jawne lub możliwe do uzyskania na drodze dostępu do informacji publicznej.

-dotyczącej wymagania, przedstawienia przez wykonawcę na żądanie Zamawiającego dokumentów (np. wyników badań, raportów), pozwalających Zamawiającemu jednoznacznie ocenić, czy metodologia przyjęta w tych badaniach była adekwatna do wymagań określonych przez Zamawiającego;

2)art. 240 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłowe określenie jakościowych kryteriów oceny ofert w zakresie: kryterium - Sposób dotarcia do respondentów wraz z pozyskaniem danych kontaktowych - „MR” oraz kryterium - Dodatkowe pytania badawcze z ich uzasadnieniem „P”, wyrażające się w niejednoznacznym i niezrozumiałym opisie poszczególnych kryteriów, prowadzącym do dowolnej oceny ofert;

3)art. 16 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady przejrzystości oraz uczciwej konkurencji w związku z:

-niezasadnym, nieproporcjonalnym i niejasnym określeniem warunków udziału w postępowaniu, które nie mają racjonalnego uzasadnienia, a w konsekwencji, wprowadzającym nieuprawnione ograniczenie potencjalnego grona wykonawców zdolnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia oraz

-nieprawidłowym opisem jakościowych kryteriów oceny ofert, który pozostawia Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian w ogłoszeniu o zamówieniu (oraz odpowiednich postanowień SWZ), tj.:

1) w Sekcji V - KWALIFIKACJA WYKONAWCÓW pkt 5.4.) Nazwa i opis warunków udziału w postępowaniu ppkt 2.4.1:

i.usunięcie warunku, określonego w lit. b) w brzmieniu „każda z wykazanych usług była finansowana/współfinansowana ze środków publicznych”,

ii.usunięcie zastrzeżenia - zawartego w uwagach - w tirecie czwartym, zdaniu pierwszym w brzmieniu „Wszystkie wymagane usługi muszą dotyczyć badań, których wyniki są jawne lub możliwe do uzyskania na drodze dostępu do informacji publicznej.”

iii.zmianę zastrzeżenia – zawartego w uwagach – w tirecie czwartym, zdaniu drugim, poprzez wprowadzenie postanowienia: „W przypadku jeżeli wyniki badań nie będą możliwe do uzyskania na drodze dostępu do informacji publicznej, Wykonawca, na żądanie Zamawiającego, przedłoży niezbędne dokumenty, pozwalające na weryfikację, czy rodzaj badań zrealizowanych w ramach wymaganych usług, w tym przyjęte metody badania, odpowiada wymaganiom, określonym w ppkt 2.4.1.”

2)w Sekcji V - KWALIFIKACJA WYKONAWCÓW pkt 5.4.) Nazwa i opis warunków udziału w postępowaniu ppkt 2.4.2.1 zmianę warunku, określonego w lit. b) w tirecie drugim, poprzez usunięcie fragmentu następującej treści: „finansowane/ współfinansowane było ze środków publicznych”,

3)w Sekcji V - KWALIFIKACJA WYKONAWCÓW pkt 5.4.) Nazwa i opis warunków udziału w postępowaniu ppkt 2.4.2.2 zmianę warunku, określonego w lit. b) w tirecie drugim, poprzez usunięcie fragmentu następującej treści: „finansowane/ współfinansowane było ze środków publicznych”,

4)w Sekcji V - KWALIFIKACJA WYKONAWCÓW pkt 5.4.) Nazwa i opis warunków udziału w postępowaniu ppkt 2.4.2.3:

I.zmianę warunku, określonego w lit. b) w tirecie drugim, poprzez usunięcie fragmentu następującej treści: „finansowane/ współfinansowane było ze środków publicznych”,

II.usunięcia zastrzeżenia zawartego w uwagach w tirecie drugim, zdaniu pierwszym w brzmieniu „Wszystkie wymagane usługi muszą dotyczyć badań, których wyniki są jawne lub możliwe do uzyskania na drodze dostępu do informacji publicznej.”

III.zmianę zastrzeżenia zawartego w uwagach w tirecie drugim, zdaniu drugim, poprzez wprowadzenie postanowienia: „W przypadku jeżeli wyniki badań nie będą możliwe do uzyskania na drodze dostępu do informacji publicznej, Wykonawca, na żądanie Zamawiającego, przedłoży niezbędne dokumenty, pozwalające na weryfikację, czy rodzaj badań zrealizowanych przez osoby wskazane w punkcie 2.4.2., w tym przyjęte przez nich metody badania, odpowiadały wymaganiom przypisanym poszczególnym osobom, które będą pełnić określone w pkt 2.4.2. funkcje w zespole badawczym.”

5) W rozdziale XVII Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag kryteriów i sposobu oceny oferty SWZ (ppkt 2.2 oraz ppkt 2.3):

I.w zakresie kryterium – Sposób dotarcia do respondentów wraz z pozyskaniem danych kontaktowych - „MR” – doprecyzowanie opisu kryterium, poprzez przedstawienie szczegółowych wytycznych w zakresie rozumienia adekwatnego sposobu dotarcia do respondentów, przy uwzględnieniu „wszystkich wymogów metodologicznych”,

II.w zakresie kryterium – Dodatkowe pytania badawcze z ich uzasadnieniem „P” – doprecyzowanie opisu kryterium, poprzez wyjaśnienie, jak należy rozumieć sposób oceny pytania badawczego, przyjmując ocenę „użyteczności pytania z punktu widzenia osiągnięcia celów badania”.

Żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W piśmie złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 grudnia 2023 r. Zamawiającywniósł o oddalenie odwołania oraz poinformował, że wprowadził w tym dniu zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ, żądane przez Odwołującego w pkt 1 ppkt i., pkt 2, pkt 3, pkt 4 ppkt I, pkt 5, przedstawiając dowody w tym zakresie w postaci ogłoszenia o zmianie SWZ wraz z dowodem przesłania oraz zmiany SWZ.

W piśmie złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 grudnia 2023 r. Odwołujący oświadczył, że wobec dokonania przez Zamawiającego zmian w zakresie opisanym w zarzucie nr 1 tiret 1 i 2 oraz w zarzucie nr 2 i 3 wycofuje podniesione zastrzeżenia zawarte w zarzucie nr 1 tiret 3 i 4 oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego wobec stwierdzenia, że dalsze postępowanie odwoławcze w ww. zakresie stało się zbędne (bezzprzedmiotowe).

Na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący podtrzymał stanowisko zaprezentowane w piśmie z 5 grudnia 2023 r., czego konsekwencją jest wycofanie żądań wskazanych pkt 1 ii, iii oraz pkt 4 ppkt II III. Zamawiający poparł wniosek Odwołującego o umorzenia postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W analizowanym postępowaniu 5 grudnia 2023 r. Zamawiający dokonał z zmian ogłoszenia i SWZ zgodnie z żądaniami przedstawionymi przez Odwołującego w odwołaniu w pkt 1 ppkt i., pkt 2, pkt 3, pkt 4 ppkt I, pkt 5. W konsekwencji w tym zakresie czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, utraciła swój byt. Tym samym nie istnieje substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać merytorycznie odwołanie i wypowiedzieć się w przedmiocie oceny, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze w przypadku cofnięcia odwołania.

W analizowanym postępowaniu 5 grudnia 2023 r. Odwołujący cofnął zarzuty w zakresie, w jakim Zamawiający nie dokonał zmian w dokumentach zamówienia.

W związku z powyższym postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Z tych względów Izba postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia

2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). W ocenie Izby wprowadzenie przez Zamawiającego przed otwarciem rozprawy znaczącej części żądanych przez Odwołującego zmian SWZ oraz wycofanie przez Odwołującego pozostałych zarzutów odwołania uzasadnia przyjęcie, iż wobec braku wyraźnego przepisu rozporządzenia, który by określał, jak należy w takim przypadku orzec o kosztach postępowania, do rozliczenia kosztów postępowania na zasadach analogii zastosowanie znajduje przepis § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia

Przewodniczący: