Sygn. akt:KIO 1558/21

POSTANOWIENIE
z dnia 7 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Chudzik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 7 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2021 r. przez wykonawcę: **Sharp Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Rzeszowską w Rzeszowie**,

przy udziale wykonawcy **Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.odrzuca odwołania;

2.kosztami postępowania obciąża Sharp Electronics (Europe) GMBH Spółka z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. 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 1558/21

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

Zamawiający – Politechnika Rzeszowska – prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dzierżawa i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej 15 fabrycznie nowych urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą i wdrożeniem Systemu Obsługi Wydruku.* Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 16 kwietnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00034369.

W dniu 24 maja 2021 r. wykonawca Sharp Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty Konica Minolta Business Polska Sp. z o.o. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konica Minolta oraz dokonania czynności unieważnienia postępowania.

Uzasadniając zachowanie terminu na wniesienie odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający 19 maja 2021 r. opublikował na swojej stronie internetowej wyniki Postępowania, informując wykonawców o wyborze oferty Konica Minolta oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący stwierdził w związku z tym, że o podstawie do wniesienia niniejszego odwołania 19 maja 2021 r.

Wskazując na posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia, Odwołujący wskazał m.in., że jest zainteresowany ponownym przeprowadzeniem postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia, gdyż Zamawiający uniemożliwił mu udział w postępowaniu, przygotowanie rzetelnej oferty oraz realizację zamówienia w sposób zgodny z prawem.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podniósł, że po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania (23 kwietnia 2021 r.) stwierdził, że OPZ został sporządzony z naruszeniem art. 99 ust.4 ustawy Pzp, tj. poprzez przyjęcie przez Zamawiającego parametrów przedmiotu zamówienia prowadzących do stanu, w którym wymagania te mogło spełnić tylko urządzenie Konica Minolta, a żaden z innych producentów urządzeń nie dysponował urządzeniem spełniającym wymagania przyjęte w OPZ.

Ponadto Odwołujący stwierdził, że Załącznik nr 4 (OPZ) do SIWZ zamieszczony przez Zamawiającego na stronie internetowej i pobrany przez Odwołującego ze strony Zamawiającego, jest plikiem typu Word utworzonym przez Pana D. D. . Odwołujący podniósł, że pan D. D. jest członkiem personelu Konica Minolta posługującym się tytułem Regional Key Account Manager (Regionalny Opiekun Klienta), odpowiedzialnym za sprzedaż Konica Minolta m.in. w województwie podkarpackim. Osoba Pana D. jest dobrze znana branżowym dostawcom sprzętu kopiująco-skanującego. Pan D. D. reprezentował Konica Minolta w kontaktach z Zamawiającym związanych z realizacją poprzedniego zamówienia dotyczącego urządzeń kopiująco-skanujących oraz w innych postępowaniach w rejonie podkarpackim. Zdaniem Odwołującego powyższy związek pana D. D. z Konica Minolta przesądza o przygotowaniu OPZ dla niniejszego postępowania przez Konica Minolta.

Odwołujący wskazał, że zgłosił Zamawiającemu w terminie właściwym dla zgłaszania pytań i wniosków o zmianę SIWZ, szereg wniosków o zmianę OPZ w celu doprowadzenia do zmiany OPZ umożliwiającej zaoferowanie innych urządzeń, niż urządzenia Konica Minolta oraz przekazał Zamawiającemu zbiorcze uzasadnienie wniosków o zmianę OPZ powołując się na powyższą okoliczność. W dniu 27 kwietnia 2021 r. Zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania wykonawców, w których odmówił modyfikacji OPZ zgodnie z wnioskami Odwołującego.

Odwołujący podał, że w postępowaniu zostały złożone 3 oferty. Przyznał, że jego oferta nie odpowiadała OPZ w zakresie spełnienia warunków przedmiotowych. Odwołujący będąc zainteresowany uzyskaniem przedmiotu zamówienia, złożył ofertę na sprzęt niezgodny z OPZ i uzyskał status wykonawcy. Niemniej, w postępowaniu wpłynęły tylko 2 oferty na urządzenie, które zostało zidentyfikowane przez Odwołującego jako urządzenie Konica Minolta bizhub C250i będące wzorcem dla autora OPZ. W praktyce po stronie Konica Minolta powstała wyłączność na przedmiot dostawy, albowiem drugi wykonawca DKS Sp. z o.o. zaoferował sprzęt, którego importerem jest Konica Minolta.

Zdaniem Odwołującego, autorstwo OPZ pana D. D., odmowa Zamawiającego zmiany postanowień OPZ dyskryminujących innych producentów niż Konica Minolta i okoliczność złożenia dwóch ofert na sprzęt Konica Minolta bizhub C250i, świadczy co najmniej o tym, że przedmiot zamówienia został celowo opisany w OPZ przez Zamawiającego z naruszeniem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, przy aktywnym udziale Konica Minolta jako przyszłego wykonawcy, a treść OPZ skutecznie wyłączyła konkurencję pomiędzy wykonawcami oferującymi różnych producentów.

Odwołujący podniósł, że niewątpliwie przyjęcie zaproponowanego przez Konica Minolta OPZ do wykorzystania w postępowaniu narusza interes innych wykonawców, w tym Odwołującego, poprzez uniemożliwienie im realnego udziału w postępowaniu i osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia. Konica Minolta poprzez przygotowanie dla Zamawiającego OPZ ograniczającego zbiór możliwych do zaoferowania urządzeń do jednego urządzenia własnej produkcji, dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji w postaci ustalenia przez Zamawiającego warunków przedmiotowych udziału w postępowaniu naruszających art. 99 ust.4 ustawy Pzp. Działania te okazały się skuteczne skoro wpłynęły jedynie dwie oferty na to samo urządzenie odpowiadające OPZ.

Ponadto Odwołujący powołał się na treść art. 108 ust. 1 pkt 6 oraz art. 85 ustawy Pzp, stwierdzając, że niewątpliwe wykazał udział Konica Minolta w przygotowaniu postępowania poprzez opracowanie SIWZ oraz wpływ takiego zaangażowania na wyniki postępowania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 31 grudnia 2020 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o., który zgłosiłprzystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpił.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 nowej ustawy Pzp. Ww. przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Stosownie do art. 515 ust. 2 pkt 2 nowej ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. Art. 515 ust. 3 pkt 2 stanowi, że odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

W ocenie Izby zarzuty odwołania, wbrew ich literalnemu sfomułowaniu, sprowadzają się de facto do kwestionowania opisu przedmiotu zamówienia oraz okoliczności, które towarzyszyły sporządzeniu tego dokumentu, a które – zdaniem Odwołującego – uniemożliwiły mu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Świadczą o tym jednoznacznie wskazane w odwołaniu okoliczności faktyczne, z których Odwołujący wywodzi zarzuty.

Po pierwsze, Odwołujący podniósł, że*po zapoznaniu się z dokumentacją Postępowania, Odwołujący w dniu 23 kwietnia 2021 roku stwierdził, iż OPZ został sporządzony z naruszeniem art. 99 ust.4 Ustawy tj. poprzez przyjęcie przez Zamawiającego parametrów przedmiotu zamówienia prowadzących do stanu, w którym wymaganie te mogło spełnić tylko urządzenie Konica Minolta (...).* Po drugie Odwołujący wskazał, że*Załącznik nr 4 (OPZ) do SIWZ zamieszczony przez Zamawiającego na stronie Postępowania i pobrany przez Odwołującego ze strony Zamawiającego, jest plikiem typu Word utworzonym przez Pana D. D. (...) Pan D. D. jest członkiem personelu Konica Minolta (...)* Dodatkowo, nawet uzasadniając interes w uzyskaniu zamówienia Odwołujący wskazał, że OPZ został sporządzony z naruszeniem art. 99 ust.4 ustawy Pzp, tj. poprzez przyjęcie przez Zamawiającego parametrów przedmiotu zamówienia prowadzących do stanu, w którym wymagania te mogło spełnić tylko urządzenie Konica Minolta, a żaden z innych producentów urządzeń nie dysponował urządzeniem spełniającym wymagania przyjęte w OPZ.

Powyższe twierdzenia Odwołującego świadczą o tym, że zarzuty odwołania są w istocie skierowane wobec postanowień OPZ, a wobec upływu ustawowego terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie, Odwołujący próbuje obecnie zwalczać konsekwencje tych postanowień, formułując zarzuty formalnie skierowane wobec zaniechań poprzedzających wybór oferty najkorzystniejszej.

Nie ulega wątpliwości, że termin na kwestionowanie postanowień OPZ rozpoczął swój bieg w dniu zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, co nastąpiło 16 kwietnia 2021 r. Termin ten, stosownie do art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, upłynął 21 kwietnia 2021 r. Zatem zarzuty odwołania oparte na twierdzeniach o dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepis art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, są spóźnione. Już bowiem w dacie publikacji dokumentów zamówienia Odwołujący mógł powziąć wiedzę na temat wymagań Zamawiającego. Jeżeli w opinii Odwołującego wymagania te zostały określone w sposób naruszający uczciwą konkurencję, wskazujący na konkretnego wykonawcę, powinien on wnieść odwołanie w terminie 5 dni od publikacji tych dokumentów. Odwołujący tego nie zrobił, ograniczając się do przekazania Zamawiającemu wniosków o modyfikację opisu przedmiotu zamówienia. Co więcej, Odwołujący przyznał w odwołaniu, że z treścią OPZ zapoznał się 23 kwietnia 2021 r., a zatem już po upływie terminu na wniesienie odwołania wobec postanowień tego dokumentu, co może wskazywać, że wobec zbyt późnego zapoznania się z dokumentami opublikowanymi na stronie Zamawiającego, Odwołujący próbuje zakwestionować te postanowienia na

obecnym etapie postępowania, pod pozorem podnoszenia zarzutów dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto wskazać należy, że Odwołujący powziął wiedzę o wskazywanym udziale pana D. D. w tworzeniu opisu przedmiotu zamówienia również po publikacji dokumentów zamówienia. Jak bowiem wskazano w odwołaniu, *Odwołujący stwierdził, iż Załącznik nr 4 (OPZ) do SIWZ zamieszczony przez Zamawiającego na stronie Postępowania i pobrany przez Odwołującego ze strony Zamawiającego, jest plikiem typu Word utworzonym przez Pana D. D,* na dowód czego Odwołujący powołał notarialny protokół pobrania pliku oraz notarialne elektroniczne poświadczenie pliku z 23 kwietnia 2021 r. Skoro informacja stanowiąca podstawę zarzutu była dostępna w opublikowanych przez Zamawiającego dokumentach zamówienia, a Odwołujący powziął o niej wiedzę zapoznając się z tymi dokumentami w dniu 23 kwietnia 2021 r. (przy czym przy zachowaniu należytej staranności mógł się z nimi zapoznać już od dnia 16 kwietnia 2021 r.), to również zarzuty odwołania oparte na tej okoliczności należy uznać za spóźnione. Jeżeli już pobranie ze strony internetowej Zamawiającego załącznika nr 4 do SIWZ dawało wiedzę o osobie, która utworzyła plik (z której to okoliczności Odwołujący wywodzi udział wykonawcy Konica Minolta w przygotowaniu zamówienia), to Odwołujący powinien wnieść odwołanie i w tej drodze domagać się modyfikacji OPZ, w terminie liczonym od powzięcia (lub możliwości powzięcia) przez siebie informacji o przewadze ww. wykonawcy.

Niewątpliwie ewentualna przewaga wykonawcy Konica Minolta wynikająca z rzekomego udziału w przygotowaniu postępowania, mogłaby być zniwelowana poprzez zmianę dokumentów zamówienia. Jak bowiem twierdzi sam Odwołujący przewaga ta wyraża się w opisaniu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że tylko produkty Konica Minolta mogły spełnić wymagania Zamawiającego. Zauważenia wymaga również, że zgodnie z art. 85 ust. 1 nowej ustawy Pzp, jeżeli wykonawca doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Jeżeli więc rzeczywiście OPZ ograniczał możliwość zaoferowania urządzeń tylko do jednego producenta, a przedstawiciel wykonawcy Konica Minolta uczestniczył w przygotowaniu tego dokumentu, to wniesienie odwołania po publikacji dokumentów zamówienia mogło doprowadzić do zmiany wymagań wskazujących na konkretnego wykonawcę oraz do przekazania pozostałym wykonawcom ewentualnych informacji, które mogłyby dawać Przystępującemu przewagę.

Tymczasem Odwołujący, dostrzegając rzekomą przewagę wykonawcy Konica Minolta, którą można było zlikwidować przez zmianę SIWZ, zamiast wnieść odwołanie w ustawowym terminie, oczekiwał na upływ terminu składania ofert, a następnie na wybór oferty najkorzystniejszej. Wtedy, z oczywistych względów nie mógł już domagać się zmiany SIWZ, która możliwa jest jedynie do upływu terminu składania ofert. Wobec powyższego żądanie zmiany OPZ Odwołujący zastąpił żądaniem odrzucenia oferty Konica Minolta z uwagi na złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ze wskazaniem również na naruszenie przepisu nakazującego wykluczenie z postępowania wykonawcy, który był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższa zwłoka Odwołującego nie może usprawiedliwiać przywrócenia utraconego terminu na wniesienie odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 nowej ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 z 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym, na podstawie art. 529 ust. 1 nowej ustawy Pzp.

Przewodniczący:.....