Sygn. akt: KIO 2190/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 5 lipca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 5 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2024 roku przez wykonawcę Print Flow Solutions M. Sianos spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi
przy udziale wykonawcy DKS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Kowale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę Print Flow Solutions M. Sianos spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Print Flow Solutions M. Sianos spółka komandytowa. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego - wykonawcy Print Flow Solutions M. Sianos spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą równowartość kwoty uiszczonej przez Odwołującego - wykonawcy Print Flow Solutions M. Sianos spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie ponad wysokość wpisu od odwołania wymaganą dla przedmiotowego postępowania, określoną w § 2 ust. 1 pkt 1 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).

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 2190/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), którego przedmiotem są *„Usługi utrzymania ciągłości drukowania, serwisu i zapewnienie funkcjonowania urządzeń drukujących na potrzeby Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi"* (nr referencyjny postępowania ZP/89/2024) (dalej „postępowanie" lub „Zamówienie dodatkowe").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2024/BZP 00362515/01 dnia 12 czerwca 2024 r.

Zamawiający w dokumentacji postępowania wskazał, że wartość zamówienia nie jest równa, ani nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy.

W dniu 24 czerwca 2024 r. Print Flow Solutions M. Sianos spółka komandytowa. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec działań i zaniechań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu polegających na niezastosowaniu przepisu art. 29 Pzp zakazującego Zamawiającemu zaniżania wartości zamówienia i dzielenia zamówienia na odrębne zamówienia, tj. ogłoszenie przez Zamawiającego postępowania pn. "Usługa wydruku wraz z dzierżawą urządzeń i dostawą materiałów eksploatacyjnych dla Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi" dnia 23 lutego 2024 r. w trybie przetargu nieograniczonego – (dalej: Zamówienie podstawowe) i ogłoszenia przez Zamawiającego postępowania pn. "Usługi utrzymania ciągłości drukowania, serwisu i zapewnienie funkcjonowania urządzeń drukujących na potrzeby Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi"

dnia 12 czerwca 2024 r. w trybie podstawowym – (dalej: Zamówienie dodatkowe), co skutkowało zastosowaniem przez Zamawiającego niewłaściwego trybu dla postępowania na Zamówienie dodatkowe i w konsekwencji doprowadziło do nieuprawnionego skrócenia o ponad 3 tygodnie terminu składania ofert, terminu na wniesienie środków ochrony prawnej, a tym samym do ograniczenia konkurencji poprzez opublikowanie ogłoszenia o Zamówieniu dodatkowym wyłącznie w publikatorze o zasięgu krajowym (Biuletyn Zamówień Publicznych) zamiast publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej o zasięgu państw członkowskich Unii Europejskiej. Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż ogłoszenie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie Zamówienia dodatkowego w trybie podstawowym (zamiast w trybie przetargi nieograniczonego) spowodował brak możliwości po stronie Odwołującego rzetelnego skalkulowania oferty i złożenia jej w postępowaniu na Zamówienie dodatkowe, a nadto powoduje ryzyko uszczuplenia majątku Odwołującego wynikającego z zakresu Zamówienia podstawowego, bowiem co do postępowania w zakresie Zamówienia podstawowego Odwołujący złożył dnia 6 maja 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego, mimo że z okoliczności sprawy wynikało, że oferta złożona przez Odwołującego nie podlega odrzuceniu w rozumieniu przepisu art. 226 Pzp, a także zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez DKS Sp. z o. o., mimo że oferta ta jest sprzeczna z wymaganiami określonymi w dokumentacji Postępowania - które to odwołanie w całości zostało uwzględnione przez Zamawiającego, a Krajowa Izba Odwoławcza wydała w tej sprawie orzeczenie o sygn. akt. KIO 1615/24 zwieńczające postępowanie odwoławcze. W wyniku wniesionego w/w odwołania, a następnie jego uwzględnienia przez Zamawiającego, Zamawiający winien wezwać Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych co do postępowania o udzielenie Zamówienia podstawowego i w konsekwencji dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, czego do tej pory zaniechał (na zaniechanie dokonania tej czynności Odwołujący złożył odrębne odwołanie do Prezesa KIO). W świetle tych okoliczności, wszczęcie postępowania o udzielenie Zamówienia dodatkowego w trybie podstawowym uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty oraz spowodowało zmniejszenie zakresu rzeczowego usługi w Zamówieniu podstawowym, co bezpośrednio przekłada się na ryzyko poniesienia straty finansowej przez Odwołującego, wobec czego niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne.

Odwołujący oświadczył, że Informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania Odwołujący powziął w dniu 12 czerwca 2024 r., bowiem tego dnia Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób świadomy nieprawidłowo dokonał czynności szacowania wartości zamówienia, poprzez jego zaniżenie, mając na celu możliwość zastosowania przepisów odnoszących się
do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Gdyby bowiem Zamawiający nie zaniżył wartości zamówienia i traktował Zamówienie podstawowe i Zamówienie dodatkowe jako jedno zamówienie,
to zgodnie obowiązującymi przepisami należałoby zastosować tzw. procedurę unijną, a w związku
z tym 10-cio dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania, który (w zw. z art. 509 ust. 2 Pzp) upływa w dniu 24 czerwca br., został dochowany.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest usługa wydruku wraz z dzierżawą urządzeń i dostawą materiałów eksploatacyjnych (znak sprawy: ZP/27/2024). Do w/w postępowania zostało wniesione odwołanie przez Odwołującego dnia 6 maja 2024 r. wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, które w całości zostało uwzględnione przez Zamawiającego, a także zostało wydane prawomocne orzeczenie w tej sprawie w dniu 27 maja 2024 r. o sygn. akt KIO 1616/24.

Równocześnie Zamawiający wszczął w dniu 12 czerwca 2024 r. postępowanie o udzielenie Zamówienia dodatkowego w trybie podstawowym, którego przedmiotem są usługi utrzymania ciągłości drukowania, serwisu i zapewnienie funkcjonowania urządzeń drukujących na potrzeby Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi (znak sprawy: ZP/89/2024). Zamawiający prowadzi powyższe postępowania jako odrębne zamówienia wbrew ich tożsamości podmiotowej, przedmiotowej i czasowej, a więc wbrew przepisom ustawy Pzp nakładających na zamawiających
w takiej sytuacji obowiązek łączenia zamówień i łącznego dokonywania szacowania ich wartości.

Odwołujący wskazał, że podstawową regułą decydującą czy dane usługi bądź dostawy powinny być oszacowane łącznie i traktowane jako jedno zamówienie, jest możliwość uprzedniego ich zaplanowania. Istotna jest więc wiedza Zamawiającego na temat zamówienia (jego zakresu i przedmiotu) w okresie przygotowania jego udzielenia, a którą to wiedzę Zamawiający ma i miał ogłaszając postępowanie o udzielenie Zamówienia podstawowego. Zgodnie z treścią opinii Urzędu Zamówień Publicznych *"Niedopuszczalny jest podział zamówienia na części i traktowanie jako odrębnych dwóch*

zamówień dotyczących tego samego przedmiotu zamówienia, nieprzewidywanych w momencie przyjęcia planu rzeczowo-finansowego, jeżeli o obydwu zamawiający dysponuje wiedzą w chwili przygotowywania udzielenia któregokolwiek z nich. Tak się stanie, jeżeli Zamawiający nie udzielił całości lub części planowanego zamówienia, a pojawi się konieczność udzielenia podobnego nieplanowanego zamówienia – nie można wówczas wskazać uzasadnienia dla traktowania go jako odrębnego. Zamawiający w momencie udzielania zamówień planowanych wie już bowiem o zamówieniu nieplanowanym dotyczącym tego samego przedmiotu i konieczne jest wówczas ich zsumowanie z wartością wszystkich nieudzielonych zamówień." (opinia UZP: *Szacowanie wartości zamówień a plany zamawiającego dotyczące udzielania zamówień,* www.uzp.gov.pl (dostęp: 8.09.2020 r.). Zgodnie z tą opinią, Zamawiający winien kierować się faktem, że istnieje tożsamość podmiotowa, przedmiotowa i czasowa zamówień, a w związku z tym winien zamówienia połączyć.

Kluczowym w okolicznościach niniejszej sprawy jest wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu o sygn. akt I SA/Op 341/19, zgodnie z którym "*świadomy podział zamówienia na części, dokonany przez zamawiającego z zamiarem uniknięcia stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych, stanowi naruszenie ustawowego zakazu. Przy ocenie, czy doszło do zakazanego podziału zamówienia na części należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, takie jak przewidywalność udzielenia zamówienia, jego rodzaj, właściwość świadczeń, jakie mają być treścią umowy oraz inne elementy charakterystyczne dla przedmiotu zamówienia.* "(Wyrok WSA w Opolu z 20.11.2019 r., I SA/Op 341/19, LEX nr 2759011.).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w sposób świadomy podzielił zamówienie na części mając na celu prawdopodobnie uniknięcie stosowania przepisów co do zastosowania tzw. procedury unijnej ze wszelkimi jej konsekwencjami, o których mowa powyżej, a w związku z tym dokonał szacowania wartości zamówienia w sposób nieprawidłowy poprzez jej zaniżenie. Zastosowanie przez Zamawiającego trybu podstawowego co do udzielenia zamówień publicznych znacząco ograniczyło również konkurencję zawężając zakres potencjalnych wykonawców jedynie do wykonawców o zasięgu krajowym, a nadto wpłynęło (czasowo) na możliwość skalkulowania ofert, w tym przez Odwołującego.

Odwołujący wskazuje, że kluczowe zasady Pzp dotyczące agregacji zamówień, w szczególności: art. 214 Pzp, art. 441 Pzp czy przepisy dotyczące zamówień podobnych i uzupełniających kładą nacisk na łączenie zamówień właśnie w celu zapobiegania eliminacji konkurencji na rynku europejskim, która ma na celu ochronę konkurencji we wszystkich krajach członkowskich Unii Europejskiej. Nadto, takim działaniem Zamawiający ograniczył - w sposób świadomy i celowy - Odwołującemu zakres rzeczowy świadczenia w postępowaniu o udzielenie Zamówienia podstawowego, co stanowi ryzyko poniesienia przez Odwołującego olbrzymiej straty finansowej. Co więcej, wątpliwość Odwołującego potęguje okoliczność, że do postępowania o udzielenie Zamówienia dodatkowego wpłynęła tylko jedna oferta - złożona przez Wykonawcę DKS Sp. z o.o. z siedzibą w Kowalu k. Gdańska, w szczególności z uwagi na fakt, iż oferta ów wykonawcy została pierwotnie najwyższej oceniona w postępowaniu o udzielenie Zamówienia podstawowego, przy czym wybór ten został dokonany wadliwie, o czym wspomniano na wstępie. Występujące okoliczności mogą poszlakowo wskazywać na nieskrywaną przez Zamawiającego chęć udzielenia zamówienia będącego przedmiotem obu ww. zamówień wykonawcy DKS Sp. z o.o. z siedzibą w Kowalu k. Gdańska.

W konsekwencji, Odwołujący wskazuje, że takie działanie Zamawiającego musi spotkać się ze zdecydowaną reakcją Odwołującego, wobec czego, z uwagi na fakt niepołączenia przez Zamawiający w/w zamówień, Odwołujący złoży do sądu stosowny wniosek o zabezpieczenie w postaci zakazu zawarcia umowy co do postępowania o udzielenie Zamówienia dodatkowego. Jednocześnie, jak wskazuje się w doktrynie - niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości, stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych w świetle art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych *(A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 29.).* Wobec powyższego, Odwołujący wskazuje, że rozważy również poinformowanie właściwych organów kontroli o szerokim zasięgu do zbadania legalności działań i zaniechań Zamawiającego.

W świetle podniesionego w niniejszym odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów ustawy Pzp oraz powołanych okoliczności, w ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia powyższej ustawy bezpośrednio wpływa na aktualne zaniechania Zamawiającego, a z tych względów niniejsze odwołanie pozostaje konieczne i uzasadnione.

Dnia 28 czerwca 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca DKS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Kowale wnosząc o oddalenie odwołania.

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

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023

r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), którego przedmiotem są *„Usługi utrzymania ciągłości drukowania, serwisu i zapewnienie funkcjonowania urządzeń drukujących na potrzeby Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi"* (nr referencyjny postępowania ZP/89/2024).

Zgodnie z informacją zawartą w Rozdziale 2 pkt 2.3 SWZ wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w obwieszczeniu Prezesa Urzędu zamówień Publicznych wydanym na podstawie art. 3 ust. 2 ustawy.

Zgodnie z Rozdziałem 8 pkt 8.1.2.SWZ w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się elektronicznie przy użyciu Platformy Zakupowej dostępnej pod adresem: https://platformazakupowa.pl/pn/csk_umed. Analogiczną informację zawarto w pkt 8.2.1 SWZ.

Z kolei w pkt 8.2.2 SWZ Zamawiający wskazał, że wobec nie zaistnienia sytuacji, o których mowa w art. 65 ust. 1, art. 66, art. 69, Zamawiający nie przewiduje innego sposobu komunikowania się niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne:

a) 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

b) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 czerwca 2024 r. Tym samym, mając na uwadze treść art. art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp, termin do wniesienia odwołania na dokonaną w tym zakresie czynność zamawiającego upływał w dniu 17 czerwca 2024 roku.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, jak również treści odwołania, zostało ono wniesione na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu Zamówień Publicznych oraz przekazane Zamawiającemu w dniu 24 czerwca 2024 roku. Odwołujący zatem naruszył termin określony w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp.

W kontekście powyższego Izba pragnie wskazać, iż nie zasługiwało na akceptację stanowisko Odwołującego, zgodnie którym zastosowanie winien mieć termin na wniesienie odwołania przewidziany dla postępowań, których wartość jes równa lub przekracza progi unijne tj. 10 dni. Zgodnie z aktualnie przyjętym orzecznictwem i doktryną, treść SWZ je wiążąca zarówno dla Zamawiającego jak też wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jak zasadni wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej KIO 720/23, wyrok z dnia 30 marca 2023 r. o sygn. KIO 72023 treść SW jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego, a literalne i ścisłe jej egzekwowanie jest jedną podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równeg traktowania wykonawców. Oznacza to, że zarówno Zamawiający, jak i wykonawcy biorący udział w postępowani zobowiązani są do podejmowania czynności w toku postępowania zgodnie z warunkami określonymi w dokumentacji, w tym również do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych do warunków określonych w tejże dokumentacji. Zmian tych warunków może nastąpić w drodze modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego w trybach określonych w ustawie m in w następstwie rozstrzygnięcia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Do czasu dokonania takiej modyfika wiążąca jest dokumentacja postępowania w treści ustalonej przez Zamawiającego. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu zastosowanie miały przepisy odnoszące się do terminu wniesienia odwołania właściwe dla wartośc ustalonej przez Zamawiającego w treści dokumentacji postępowania, zaś Odwołujący pragnąc zakwestionować treś tejże dokumentacji winien wnieść odwołanie w terminie, który wynika z art. art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie. Stosownie do art. 529 ust. 1 ustawy pzp Izba odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie § 8 ust. 1 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).

Przewodniczący: …….....