

Sygn. akt KIO 2412/23

POSTANOWENIE
z dnia 29 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 29 sierpnia 2023 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **AMAZEMET Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Artystyczny im. Magdaleny Abakanowicz w Poznaniu** przy udziale wykonawcy **3D Lab Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: **AMAZEMET Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
3. zasądza od wykonawcy **AMAZEMET Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Uniwersytetu Artystycznego im. Magdaleny Abakanowicz w Poznaniu** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 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 2412/23

Uzasadnienie

Uniwersytet Artystyczny im. Magdaleny Abakanowicz w Poznaniu (dalej „zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup drukarki 3D drukującej w proszku metalowym wraz z modułem pre-processingu w postaci atomizera do metalu do laboratorium obróbki metalu jako wyposażenia prototypowni UAP”,

nr referencyjny: UAP/WRPO_4/2023. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) - dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 30 czerwca 2023 r. pod numerem 2023/S 124-391792.

W dniu 14 sierpnia 2023 r. wykonawca **AMAZEMET Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, polegających na wadliwym zredagowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
2. art. 99 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jego wartości i celów;
3. art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję poprzez ustalenie parametrów zamawianego produktu wskazującego konkretnego producenta, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów;
4. art. 32 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedochowanie należytej staranności w celu ustalenia całkowitej wartości

zamówienia w związku z art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie powtórzenia czynności przeprowadzenia postępowania zamawiającemu, powtórzenia ustalenia wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym dokonania modyfikacji warunków zamówienia, w sposób opisany w treści uzasadnienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że zamawiający przekazał kopię odwołania innym wykonawcom i wezwał do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca **3D Lab Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej „przystępujący”).

Ponadto, Izba ustaliła, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 30 czerwca 2023 r. pod numerem 2023/S 124-391792. W tym też dniu zamawiający opublikował SWZ wraz z załączonym do niej opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ (dalej „OPZ”).

Izba ustaliła ponadto, że treść SWZ, wraz z OPZ w zakresie w jakim odwołujący kwestionuje treść tych dokumentów, ulegały następnie zmianie, a terminy w jakich zamawiający dokonał poszczególnych modyfikacji SWZ, przedstawia poniższa tabela.

L.p.	Treść dokumentacji postępowania będąca przedmiotem zaskarżenia	Data udostępnienia/ dokonanej zmiany na stronie internetowej postępowania
1	Pkt 2 OPZ: „Okrągły kształt platformy roboczej”	30 czerwca 2023 r.
2	Pkt 3 OPZ: „Regulowana średnica plamki lasera w przedziale od 40 µm do 120 µm”	30 czerwca 2023 r.
3	Pkt 7 OPZ: „Waga drukarki nie większa niż 500 kg” po modyfikacji: Pkt 7 OPZ: „Waga drukarki nie większa niż 550 kg”	30 czerwca 2023 r. Treść po modyfikacji pkt 7 OPZ udostępniona 28 lipca 2023 r.
4	Pkt 27 tiret 19 OPZ: „waga każdego z modułów nie większa niż 700 kg	Treść po modyfikacji pkt 27 tiret 19 OPZ udostępniona 28 lipca 2023 r.
5	Pkt 15 OPZ: „Dedykowane oprogramowanie z licencją dożywotnią (komercyjną) z otwartymi parametrami umożliwiającymi parametryzację procesu druku 3D oraz nowych stopów metali spoza listy producenta. Warunkiem koniecznym jest posiadana funkcja DoE (Design of Experiment) wspomagająca szybkie testowanie wielu parametrów podczas jednego procesu druku 3D wraz z możliwością analizy zdjęć metalograficznych wykonanych wydruków w celu doboru najoptymalniejszych parametrów druku.” po modyfikacji: Pkt 15 OPZ: „Dedykowane oprogramowanie z licencją dożywotnią (komercyjną) z otwartymi parametrami umożliwiającymi parametryzację procesu druku 3D oraz nowych stopów metali spoza listy producenta. Warunkiem koniecznym jest posiadana funkcja DoE (Design of Experiment) wspomagająca szybkie testowanie wielu parametrów podczas jednego procesu druku 3D.”	30 czerwca 2023 r. Treść po modyfikacji pkt 15 OPZ udostępniona 28 lipca 2023 r.

6	<p>Rozd. V. pkt 2 SWZ: „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje należycie co najmniej 2 (dwie) dostawy skonfigurowanych urządzeń w postaci atomizera i drukarki 3D do metalu zaimplementowanych w uczelniach, jednostkach badawczych, instytutach 30 czerwca 2023 r. 4 badawczych, instytutach B+R lub innych jednostkach prowadzących prace badawcze i rozwojowe.”</p> <p>po modyfikacji: Rozd. V. pkt 2 SWZ: „O udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp): Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje należycie co najmniej 1 (jedną) dostawę skonfigurowania urządzeń w postaci atomizer i drukarki 3D do metalu zaimplementowanych w uczelniach, jednostkach badawczych, instytutach badawczych, instytutach B+R lub innych jednostkach prowadzących prace badawcze i rozwojowe.”</p>	<p>30 czerwca 2023 r. Treść po modyfikacji Rozd. V. pkt 2 SWZ udostępniona 31 lipca 2023 r.</p>
7	<p>W dokumentacji Postępowania Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych.</p> <p>W ramach wyjaśnień dotyczących treści SWZ wskazał co następuje: „Jednocześnie Zamawiający podtrzymuje zakaz składania ofert częściowych – odrębnie na drukarkę 3D do metalu oraz odrębnie na atomizer do metalu, z uwagi na konieczność zachowania gwarancji kompatybilności procesu.”</p>	<p>30 czerwca 2023 r. Treść wyjaśnień treści SWZ udostępniona 28 lipca 2023 r</p>
8	<p>Rozd. XIII pkt. 1 SWZ: „Wykonawca będzie związany ofertą od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert, przez okres 90 dni, tj. do dnia 01.11.2023 r.”</p>	<p>Treść po modyfikacji Rozdz. XIII pkt. 1 SWZ udostępniona 31 lipca 2023 r.</p>
9	<p>Rozd. IV SWZ: „Termin wykonania przedmiotu zamówienia: najpóźniej do dnia 31.10.2023 r. w związku z realizacją unijnego projektu RPWP.01.01.00-30-0006/19 finansującego niniejsze zamówienie publiczne.”</p>	<p>30 czerwca 2023 r.</p>

Dalej, Izba ustaliła, że pismem z dnia 1 sierpnia 2023 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ, w tym w zakresie dotyczącym powyższych zapisów SWZ. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytania, gdyż jak wskazał, powyższy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do niego po terminie wskazanym w przepisach ustawy Pzp. Pismem z dnia 4 sierpnia 2023 r. zamawiający poinformował odwołującego, że nie udzielił odpowiedzi na zadane w toku postępowania pytania. W tym samym dniu dokonał czynności otwarcia ofert. W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu swoje oferty złożyło trzech wykonawców, w tym odwołujący i przystępujący.

Izba na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Stosownie do art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, który to przepis ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie, odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2, wnosi się w terminie 10 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 równa albo przekracza progi unijne.

W ocenie składu orzekającego informacje stanowiące podstawę uzasadnienia faktycznego postawionych zarzutów opisanych w pkt od 1 do 3, wniesionego w dniu 14 sierpnia 2023 r. odwołania, mogły zostać sformułowane przez odwołującego odpowiednio od dnia 30 czerwca 2023 r. (dla zarzutów opisanych w tabeli l.p. 1, 2 i 9), od dnia 28 lipca 2023 r. (dla zarzutów 3, 4, 5 i 7) oraz od dnia 31 lipca 2023 r. (dla zarzutów 6 i 8), gdyż są to daty w których zamawiający opublikował treść dokumentów zamówienia na swojej stronie internetowej, lub też dokonał zmian w treści SWZ.

W konsekwencji uznać należało, że zarzuty jakie w odwołaniu postawił odwołujący są spóźnione, bowiem są to zarzuty, które mógł zgłosić w terminie 10 dni od dnia publikacji przez zamawiającego na jego stronie internetowej treści SWZ lub zmian w jej treści. Terminy te upływały zatem: dla zarzutów opisanych w tabeli l.p. 1, 2 i 9 - 10 lipca 2023 r., dla zarzutów opisanych w tabeli l.p. 3, 4, 5 i 7 - 7 sierpnia 2023 r., z kolei dla zarzutów wskazanych w tabeli l.p. 6 i 8 - 10 sierpnia 2023 r.

Okoliczność, że odwołujący, zamiast wniesienia odwołania wobec treści SWZ, w terminach przewidzianych w ustawie Pzp, skierował do zamawiającego pismo z wnioskiem o dokonanie modyfikacji jej treści, nie powoduje, że wydłuża się termin na wniesienie odwołania. Nie uzasadnia oczekiwania dla „przywrócenia” terminu do kwestionowania treści SWZ również fakt,

że zamawiający dopiero w dniu 4 sierpnia 2023 r. tj. w dacie składania ofert, poinformował odwołującego, iż oczekiwana przez niego modyfikacja SWZ nie zostanie dokonana. Treść SWZ i modyfikacje dokonane przez zamawiającego znane były uczestnikom postępowania w datach wskazanych w tabeli.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że termin na wniesienie odwołania rozpoczął swój bieg od dnia 4 sierpnia 2023 r. W tym dniu nie doszło bowiem do żadnej czynności, od której można byłoby złożyć odwołanie. Jedyne działania zamawiającego, mające miejsce w tym dniu, to czynność techniczna polegająca na dokonaniu otwarcia ofert, a także fakt przekazania informacji, że nie zostaną udzielone odpowiedzi na zadane przez odwołującego pytania do SWZ. Odwołujący nie czyni żadnych zarzutów, ani względem czynności otwarcia ofert, ani też nie podnosi okoliczności, że zamawiający niezasadnie nie udzielił odpowiedzi na zadane pytania, podnosi wyłącznie zastrzeżenia względem treści SWZ.

Zarzutem spóźnionym jest również zarzut opisany w pkt 4 petitum odwołania, a odnoszący się do szacowania wartości zamówienia. Również w tym zakresie termin na wniesienie odwołania należało liczyć od daty publikacji SWZ, a zatem od dnia 30 czerwca 2023 r. Należy zauważyć, że odwołujący kwestionuje całe postępowanie przetargowe, prowadzone na podstawie oszacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia.

Reasumując, o wszystkich czynnościach będących przedmiotem odwołania, odwołujący dowiedział się w dniach od 30 czerwca 2023 r. do 31 lipca 2023 r. co oznacza, że odwołanie złożone przez odwołującego w dniu 14 sierpnia 2023 r. wniesione zostało z uchybieniem terminów opisanych w ustawie Pzp, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi (art. 515 ustawy Pzp), a ich dochowanie ma kluczowe znaczenie dla kwestionowania decyzji zamawiającego. Z drugiej strony, tak przyjęte przez prawodawcę terminy na wniesienie odwołania (w tym przypadku 10 dni od czynności zamawiającego) oraz ich stanowczy (prekluzyjny) charakter mają na celu sprawne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podnoszenie zarzutów w terminach późniejszych co do informacji zawartych w dokumentach zamówienia znanych od daty ich publikacji, mogłoby doprowadzić do paraliżu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego też, aby zamawiający mogli udzielać zamówień, a wykonawcy kwestionować ich decyzje ustawodawca określił terminy na te czynności, jak również przewidział ustawowe przesłanki odrzucenia odwołania, gdy podmiot składający odwołanie działa w sposób niemieszczący się w regulacjach ustawowych.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 1 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: