

Sygn. akt KIO 1814/18

Sygn. akt: KIO 1814/2018

POSTANOWIENIE

z dnia 19 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant:

Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 19 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2018 r. przez odwołującego: HP Inc. Polska spółka z o.o. 02-678 Warszawa ul. Szturmowa 2A w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. 03-374 Warszawa ul. Targowa 74

przy udziale wykonawcy: Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. 02-273 Warszawa ul. Muszkietarów 15, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego

po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie

2. kosztami postępowania obciążyć HP Inc. Polska spółka z o.o. 02-678 Warszawa ul. Szturmowa 2A

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez HP Inc. Polska spółka z o.o. 02-678 Warszawa ul. Szturmowa 2A tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017r. poz. 1579 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 lipca 2018 r. pod numerem 2018/S 074-165512.

Odwołanie dotyczy czynności zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2018 r. polegającej na zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „siwz” w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Według odwołującego dzień 30 sierpnia 2018 r. stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienie odwołania na tę czynność w postępowaniu.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2017 poz. 1579 ze zm., dalej: „ustawa PZP”, lub „Prawo zamówień publicznych”), wniesiono odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na:

modyfikacji pkt 5.2.2. Załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, w zakresie minimalnych parametrów dla dostarczanych urządzeń D1, D2, D3, w sposób naruszający uczciwą konkurencję, przez to, że zamawiający udzielając w dniu 30 sierpnia 2018 r. wyjaśnień w trybie art. 38 ust. 2 ustawy PZP do treści SIWZ wykluczył w sposób nieuzasadniony swoimi wymaganiami technologię druku Page/Wide dla dostarczanych urządzeń D1, D2, D3, dopuszczając wyłącznie technologię Laser/LED

- co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art 7 ust 1 i ust 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 i ust 2 ustawy PZP.

I. Z powyższych względów odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. zmiany siwz w pkt 5.2.2. Załącznika nr 1 do siwz Opis przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie w pkt 5.2.2 Załącznika nr 1 do siwz technologii wydruku PageWide, obok technologii Laser/LED dla urządzeń D1, D2 i D3;

2. zmiany treści Rozdziału XXI pkt 1 siwz poprzez wydłużenie terminu składania ofert w Postępowaniu o nie mniej niż 14 dni od dnia zmiany treści siwz, o której mowa w punkcie 1 powyżej.

III. Ponadto, odwołujący wnosi o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu. Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania odwołujący powziął w dniu 30 sierpnia 2018 r., kiedy zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania 148-156, 161-163, 169-173 do treści siwz. Odpowiedzi te doprowadziły do zmiany treści siwz. Odwołujący stoi na stanowisku, że termin na wniesienie odwołania na treść siwz, w przypadku jego modyfikacji powinien być liczony od daty udzielonych wyjaśnień, które do takiej zmiany siwz doprowadziły.

Podobnie wypowiada się w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza:

1) postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO

723/15:

„Zatem termin na wniesienie odwołania wobec zmienionych postanowień siwz należy wnieść w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia zmienionej treści postanowień na stronie internetowej
2) postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1810/13: Jeżeli odwołujący wiąże początek biegu terminu na wniesienie odwołania z datą modyfikacji SIWZ, to ta modyfikacja musi być związana z podnoszonymi zarzutami w taki sposób, że przed dokonaniem modyfikacji przez zamawiającego podniesienie zarzutu objętego odwołaniem byłoby niemożliwe.”

Odnosząc się do powyższych postanowień, bez wątpienia w przedmiotowym postępowaniu treść SIWZ została zmodyfikowana, a jak wynika z samych już zarzutów Odwołującego, treść

niniejszego odwołania dotyczy wyłącznie dokonanej przez zamawiającego modyfikacji SIWZ. Tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy PZP został dochowany.

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu danego zamówienia, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwej zmiany siwz w postępowaniu w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP HP Inc. może ponieść szkodę. Powyższe odwołujący uzasadnia okolicznością, że wskazana czynność zamawiającego uniemożliwia złożenie oferty w postępowaniu, a w konsekwencji uzyskanie zamówienia i jego zrealizowanie. Wykonawca wykazuje, iż w następstwie ww. czynności wymaganych przepisami Prawa zamówień publicznych może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na zaniechaniu możliwości złożenia oferty w postępowaniu, a następnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji niezyskaniu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Postępowanie zostało wszczęte przez zamawiającego w dniu 23 lipca 2018 r. Zgodnie z pkt 5.2.2. Załącznika nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, w ówczesnym brzmieniu zamawiający zastrzegł minimalne parametry dostarczanych urządzeń, spośród których wymagana technologią wydruku dla urządzeń D1, D2 i D3 była technologia Laser/LED.

W dniu 17 sierpnia 2018 r., Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy PZP i uwzględniając następujące pytanie nr 22 jednego z wykonawców do treści SIWZ dopuścił technologię wydruku pigmentowego PageWide, obok technologii Laser/LED:

„Pytonie nr 22:

Dotyczy parametru: Technologia wydruku dla urządzeń 01,02,03.

Z uwagi na to, że Zamawiający dopuszcza dowolność w doborze technologii druku laser lub LED zwracamy się z prośbą o umożliwienie złożenia oferty w oparciu o technologię druku pigmentowego PageWide. Technologia PageWide zapewnia porównywalną jakość, cechując się niższym kosztem eksploatacji oraz cichą, szybką pracą urządzeń. Urządzenia są proekologiczne i oprócz dużo niższego zużycia energii, nie emitują w porównaniu do technologii laser/LED szeregu zanieczyszczeń. Dopuszczając technologię PageWide ograniczą Państwo w swojej strukturze, szereg negatywnych czynników jakie może nieść technologia laser czy LED.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza oferowaną technologię pod warunkiem spełnienia przez wszystkie dostarczone urządzenia wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego.”

W dniu 30 sierpnia 2018 r., na skutek pytania jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ (pytanie nr 170), Zamawiający ponownie zmodyfikował pkt 5.2.2. Załącznika nr 1 do SIWZ, udzielając odpowiedzi w brzmieniu:

„Zamawiający postanawia sprostować odpowiedź na pytanie 22 informując jednocześnie, że w celu zachowania konkurencyjności w prowadzonym postępowaniu, dopuszcza w ramach realizacji dostaw wyłącznie urządzenia drukujące w technologii Laser/LED

Zgodnie z pytaniem nr 170 do treści SIWZ, który stał się podstawą ww. modyfikacji SIWZ:

1. modyfikacja treści SIWZ poprzez uwzględnienie technologii druku pigmentowego PageWide obok technologii Laser/LED skutkowałą naruszeniem art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy PZP, gdyż jej skutkiem było uprzywilejowanie producenta HP w obu kryteriach oceny ofert, zarówno jeżeli chodzi o kryterium cenowe (waga 90 %) jak i kryterium poza cenowe minimalnej prędkości Urządzeń D1, D2 i D3 dla wydruku jednej strony mono (waga 10 %);
2. dopuszczenie technologii druku pigmentowego PageWide obok technologii Laser/LED spowodowało sytuację, w której już przed dniem składania ofert znany jest wykonawca, który otrzyma maksymalną ilość punktów w obu kryteriach oceny ofert „co tak na dobrą sprawę powoduje zamknięcie realnej konkurencji”.

Zamawiający uznając zasadność ww. zarzutów dokonał zmiany SIWZ w sposób opisany powyżej, tj. wykluczając możliwość złożenia oferty uwzględniającej technologię druku pigmentowego PageWide.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż Zamawiający modyfikując treść SIWZ w dniu 17

sierpnia 2018 r. dopuścił technologię wydruku pigmentowego PageWide obok technologii Laser/LED, a nie zamiast niej. Niezasadny jest więc zarzut wykonawcy zawarty w pytaniu nr 170 do treści SIWZ, jak i wyjaśnienia zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2018 r., jakoby dopuszczenie także innej technologii wydruku stanowiło ograniczenie konkurencyjności w postępowaniu. Wręcz przeciwnie, takie działanie zamawiającego było urzeczywistnieniem podstawowej zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Przede wszystkim należy zauważyć, iż zarzut wykonawcy zawarty w pytaniu nr 170 SIWZ, który stał się przyczyną kwestionowanej niniejszym odwołaniem czynności zamawiającego, co do ograniczenia konkurencji na skutek dopuszczenia technologii PageWide byłby skuteczny jedynie wówczas, gdy jego skutkiem byłoby wyeliminowanie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Naruszeniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w żadnej mierze nie może być rozszerzenie technologii wydruku wymaganej przez zamawiającego. To, iż stosowana w urzędzeniu technologia wydruku Laser/LED w ocenie jednego z wykonawców ma wpływ na to, że urządzenie to jest droższe i wolniejsze niż urządzenie, gdzie zastosowana została technologia PageWide nie oznacza, iż zamawiający miał prawo i obowiązek dostosować swoje wymagania, tak aby wyeliminować z uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy oferują w swoich urządzeniach rozwiązania technologiczne, co prawda, czyniące zadość parametrom oczekiwanym przez zamawiającego i oferujące te same funkcje, tylko ze względu, na to że inny wykonawca nie jest w stanie złożyć w postępowaniu korzystniejszej oferty.

Absurdalny i w sposób oczywisty nie zasługujący na uwzględnienie jest zatem pogląd wykonawcy, powtórzony i przyznany przez zamawiającego, w świetle którego rozszerzenie dopuszczalnych technologii wydruku doprowadzić miałyby do ograniczenia konkurencji.

W dalszym ciągu uzasadnienia odwołania odwołujący przedstawiał merytoryczne uzasadnienie zarzutów i żądań powołując się w tym zakresie na szereg orzeczeń w sprawie.

Zamawiający pismem z dnia 17 września 2018 roku złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie.

Działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, zamawiający ustosunkowując się do treści odwołania z dnia 10.09.2018 r. wniesionego przez odwołującego w postępowaniu, wobec podniesionych zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wnosi o:

- odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, a w przypadku nieuwzględnienia ww.

wniosku, o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

uzasadnienie

1. braki formalne odwołania

(1) Brak możliwości rozpoznania odwołania - zgodnie z treścią art. 187 ust. 1 Odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli nie zawiera braków formalnych. Jednym z ustawowo definiowanych braków formalnych jest wniesienie odwołania po upływie terminu określonego

w ustawie Pzp

(2) Odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie — odrzucenie odwołania (zaistnienie przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 3) — Zgodnie z treścią art. 182 ust. 2 pkt 1) Ustawy Pzp Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (jak ma to miejsce w przedmiotowym Postępowaniu), wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Z treści odwołania należy wnioskować, że odwołujący

kwestionuje zasadność sporządzenia przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia.— przywołuje bowiem, że czynności zamawiającego w toku postępowania poza naruszeniem ogólnej normy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, naruszają art. 29 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp, tj. w istocie przedmiotem zarzutu jest czynność opisu przedmiotu zamówienia- „Art. 29

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

przy czym jednocześnie odwołujący nie podnosi zarzutu naruszenia przez zamawiającego

przykładowo art.-38 ust. 2 lub art. 38 ust 4 ustawy Pzp.

Na podstawie ustalonej chronologii zdarzeń w Postępowaniu należałoby -potwierdzi& następujące zaistniałe fakty:

- czynność opublikowania ogłoszenia o zamówienia oraz publikacji SIWZ - 23.07.2018 r. (termin na wniesienie odwołania wobec powyższej treści SIWZ upływał w dniu 2.08.2018 r.);

- wyjaśnienie do treści SIWZ na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, potwierdzające dopuszczenie oferowanej przez Wykonawców technologii pod warunkiem spełnienia przez wszystkie dostarczane urządzenia wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego - 17.08.2018 r.;

- opublikowanie aktualnego na dzień 21.08.2018 Zał. nr 1 do SIWZ oraz Zał. nr 2 do Umowy

- OPZ, określającego w pkt 5.2.2 Minimalne parametry dostarczonych urządzeń - nie zawiera zmian w zakresie Technologii wydruku — wymagana technologia to Laser/LED — 21.08.2018r. - sprostowanie (uściślenie rozumienia) odpowiedzi z 17.08.2018 r. i przekazanie informacji o dopuszczeniu w ramach realizacji dostaw wyłącznie urządzeń drukujących w technologii Laser/LED. W istocie w tym zakresie następuje potwierdzenie pierwotnego brzmienia SIWZ - 30.08.2018 r.

- opublikowanie aktualnego na dzień 30.08.2018r. Zał. nr 1 do SIWZ oraz Zał. nr 2 do Umowy — OPZ, określającego w pkt 5.2.2 Minimalne parametry dostarczonych urządzeń - nie zawiera zmian w zakresie Technologii wydruku - nadal wymagana technologia to Laser/LED — 30.08.2018 r.

W konsekwencji na podstawie powyższego następstwa czasowego. należy zauważyć, że: - w jakimkolwiek momencie prowadzonego postępowania zamawiający nie dokonywał modyfikacji treści SIWZ na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp — brak przeprowadzenia zmian w zakresie pkt 5.2.2 OPZ w zakresie technologii wydruku; ocena (interpretacja), iż nastąpiła modyfikacja SIWZ, była wyłączną oceną Wykonawcy zadającego pytanie nr 170. W ocenie zamawiającego zmiana SIWZ na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp nie miała miejsce w tym zakresie w toku prowadzonego postępowania, dlatego wystarczające (w celu uściślenia rozumienia treści SIWZ) było wyjaśnienie w odpowiedzi na pytanie nr 170;

- w ocenie zamawiającego uściślenie w odpowiedzi na pytanie nr 170, w żadnym razie nie prowadzi do zmiany i treści SIWZ poprzez wykreślenie technologii druku pigmentowego PageWide, albowiem zamawiający takiej zmiany nie wprowadził do treści SIWZ i nie zmodyfikował jej w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp;

- wobec braku modyfikacji treści pkt 5.2.2 OPZ, złożone odwołanie dotyczy w istocie treści SIWZ, w tym opisu technologii wydruku, która była znana Wykonawcom już w dniu publikacji treści SIWZ tj. w dniu 23.07.2018 r. Termin wniesienia odwołania dot. treści SIWZ i wymogu w zakresie technologii Laser/LED upływał w dniu 2.08.2018 r.;

- przypisywanie wyjaśnieniom zamawiającego z dnia 30.08.2018 r. (udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 170) waloru modyfikacji SIWZ jest nieprawidłowe i prowadziłoby w pytanie do obejścia przepisów prawa dot. terminów wnoszenia środków odwoławczych wg. ustawy Pzp, przy czym nawet gdyby przyjąć, że udzielenie wyjaśnień mogło stanowić jakąkolwiek modyfikację treści SIWZ to modyfikacja ta przywracała stan pierwotny treści SIWZ, który w terminie do 2.08.2018 r. nie był przez jakiegokolwiek wykonawcę kwestionowany;

(3) W konsekwencji obecnie podejmowane czynności odwołującego zmierzają jedynie do obejścia przepisów prawa umożliwiając odwołującemu niezgodne z przepisami (albowiem po upływie ustawowych terminów) przywrócenie terminu i wniesienie odwołania na czynności

Zamawiającego, które potencjalnie mogły być przedmiotem postępowania odwoławczego, ale na wcześniejszym etapie. Zasadność powyższych twierdzeń Zamawiającego potwierdza ukształtowane w tym względzie orzecznictwo KIO — „ Termin wyznaczony w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz.

2164 ze zm.) na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny wpływ powoduje wygaśnięcie tego uprawnienia. Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie odpowiednio stosowanego przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych pozostawia taki spóźniony zarzut bez rozpoznania.” — wyrok KIO z dnia 20.07.2015 r., sygn. akt KIO 1402/15 lub bardziej dobitnie dla przedmiotowej sprawy orzeczenie (wyrok KIO z dnia 3.12.2014 r., sygn. akt KIO 2422/14) — „Okoliczność, że odwołujący zamiast wniesienia odwołania wobec tych postanowień SIWZ, które mu nie odpowiadały, występuje o zmianę postanowień SIWZ, nie uzasadnia reaktywowania dziesięciodniowego terminu do kwestionowania postanowień SIWZ, które znane były od dnia przekazania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu tego dokumentu a także wzoru umowy.” lub w wyroku z dnia 13.03.2013 r., sygn. akt KIO 444/13 „Termin na wniesienie odwołania (w świetle dyspozycji art. 182 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) ma charakter zawity i jego bezskuteczny wpływ powoduje wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Wykonawca jako profesjonalista ubiegający się o udzielenie zamówienia ma obowiązek (wnosząc środki ochrony prawnej) działania z należytą starannością, tak aby w postępowaniu realizowana była zasada szybkości i efektywności postępowania tak aby zapobiegać ewentualnemu zbędnemu, a w niektórych wypadkach celowemu przedłużaniu procedur przetargowych, gdyż działania wykonawców zmierzające do przedłużania procedury nie leżą również w interesie publicznym. ”

Jednoznaczne, w tym względzie będzie również odwołanie się do postanowienia KIO z dnia 9.08.2013 r., sygn. akt. KIO 1810/13 (które notabene przywołuje sam Odwołujący): Jeżeli Odwołujący wiąże początek biegu terminu na wniesienie odwołania z datą modyfikacji SIWZ, to ta modyfikacja musi być związana z podnoszonymi zarzutami w taki sposób, że przed dokonaniem modyfikacji przez Zamawiającego podniesienie, zarzutu, objętego odwołaniem byłoby niemożliwe” — powyższe jednoznacznie potwierdza — Odwołujący mając na względzie fakt, iż opublikowana treść SIWZ nie dopuszczała technologii wydruków pigmentowego PageWide i nie została w ustawowym terminie zakwestionowana w drodze środków odwoławczych (co teoretycznie mogłoby mieć miejsce), to tym samym podejmowane późniejsze próby włączenia Zamawiającego w dyskurs dotyczący tego zakresu i sposobu opisu przedmiotu zamówienia, nie może przywrócić ustawowo zawitego terminu.

W konsekwencji w efekcie powyższych okoliczności faktycznych, doszło w ocenie Zamawiającego do uchybienia terminu z uwagi na to, że czynności mogące stanowić podstawę odwoławczą były znane Odwołującemu na wcześniejszym etapie prowadzonego postępowania. Brak skorzystania na wcześniejszym etapie z przysługujących środków ochrony prawnej nie może obecnie uzasadniać skuteczności złożenia odwołania, z uwagi na bezskuteczny wpływ tych terminów, co obecnie powinno prowadzić do odrzucenia odwołania.

2. ODDALENIE ODWOŁANIA Z UWAGI NA JEGO BEZZASADNOŚĆ

Zamawiający wskazuje również całkowitą bezzasadność merytorycznej argumentacji zawartej w odwołaniu. Szczegółowe stanowisko, w tym względzie Zamawiający przedstawi na dalszym etapie postępowania odwoławczego, zgodnie z uprawnieniami wynikającymi z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie sprawy zamawiający wnosi jak w petitum niniejszego pisma.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie dotyczy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia a dokładnie opisu przedmiotu zamówienia, którego zapis w SIWZ zał. nr 1 OPZ pkt. 5.2.2 zawiera w tytule „minimalne parametry dostarczanych urządzeń” w wierszu „technologia wydruku” - laser/LED.

Odwołanie dotyczy zapisu: technologia wydruku - laser/LED z wnioskiem o rozszerzenie o page wide.

Przy czym zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania.

Ustalono następujący przebieg postępowania:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 lipca 2018 r. pod numerem 2018/S 074-165512.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. zmiany siwz w pkt 5.2.2. Załącznika nr 1 do siwz Opis przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie w pkt 5.2.2 Załącznika nr 1 do siwz technologii wydruku PageWide obok technologii Laser/LED .

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego w dniu 23 lipca 2018 r.

Zgodnie z pkt 5.2.2. Załącznika nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, w ówczesnym brzmieniu zamawiający zastrzegł minimalne parametry dostarczanych urządzeń, spośród których wymaganą technologią wydruku dla urządzeń D1, D2 i D3 jest technologia Laser/LED.

W dniu 17 sierpnia 2018 r., zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp i uwzględniając następujące pytanie nr 22 jednego z wykonawców do treści SIWZ dopuścić technologię wydruku pigmentowego PageWide, obok technologii Laser/LED:
„Pytanie nr 22:

Dotyczy parametru: Technologia wydruku dla urządzeń 01,02,03.

Z uwagi na to, że zamawiający dopuszcza dowolność w doborze technologii druku laser lub LED zwracamy się z prośbą o umożliwienie złożenia oferty w oparciu o technologię druku pigmentowego PageWide. Technologia PageWide zapewnia porównywalną jakość, cechując się niższym kosztem eksploatacji oraz cichą, szybką pracą urządzeń. Urządzenia są proekologiczne i oprócz dużo niższego zużycia energii, nie emitują w porównaniu do technologii laser/LED szeregu zanieczyszczeń. Dopuszczając technologię PageWide ograniczą Państwo w swojej strukturze, szereg negatywnych czynników jakie może nieść technologia laser czy LED.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza oferowaną technologię pod warunkiem spełnienia przez wszystkie dostarczone urządzenia wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego.”

W dniu 30 sierpnia 2018 r., na skutek pytania jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ (pytanie nr 170), Zamawiający co do pkt 5.2.2. Załącznika nr 1 do SIWZ, udzielił następującej odpowiedzi:

„Zamawiający postanawia sprostować odpowiedź na pytanie 22 informując jednocześnie, że w celu zachowania konkurencyjności w prowadzonym postępowaniu, dopuszcza w ramach realizacji dostaw wyłącznie urządzenia drukujące w technologii Laser/LED

Zgodnie z pytaniem nr 170 do treści SIWZ, który stał się podstawą ww. modyfikacji SIWZ:

3. modyfikacja treści SIWZ poprzez uwzględnienie technologii druku pigmentowego PageWide obok technologii Laser/LED skutkowałą naruszeniem art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy PZP, gdyż jej skutkiem było uprzywilejowanie producenta HP w obu kryteriach oceny ofert, zarówno jeżeli chodzi o kryterium cenowe (waga 90 %) jak i kryterium poza cenowe minimalnej prędkości Urządzeń D1, D2 i D3 dla wydruku jednej strony mono (waga 10 %);
4. dopuszczenie technologii druku pigmentowego PageWide obok technologii Laser/LED spowodowało sytuację, w której już przed dniem składania ofert znany jest wykonawca, który otrzyma maksymalną ilość punktów w obu kryteriach oceny ofert „co tak na dobrą sprawę powoduje zamknięcie realnej konkurencji”.

Zamawiający uznając zasadność ww. zarzutów dokonał zmiany SIWZ w sposób opisany powyżej, tj. wykluczając możliwość złożenia oferty uwzględniającej technologię druku pigmentowego PageWide - w dniu 30 sierpnia 2018 roku.

Odwołujący w dniu 10 września 2018 roku wniósł odwołanie licząc dzień 30 sierpnia jako początek biegu terminu do wniesienia odwołania.

Przywołał na tę okoliczność następujące orzeczenia:

1) postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 723/15:

„Zatem termin na wniesienie odwołania wobec zmienionych postanowień siwz należy wnieść w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia zmienionej treści postanowień na stronie internetowej

2) postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1810/13: Jeżeli odwołujący wiąże początek biegu terminu na wniesienie odwołania z datą modyfikacji SIWZ, to ta modyfikacja musi być związana z podnoszonymi zarzutami w taki sposób, że przed dokonaniem modyfikacji przez zamawiającego podniesienie zarzutu objętego odwołaniem byłoby niemożliwe.”

Przywołując powyższe orzeczenia zaistniałą sytuację skwitował następująco:

Odnosząc się do powyższych postanowień, bez wątplenia w przedmiotowym postępowaniu treść SIWZ została zmodyfikowana, a jak wynika z samych już zarzutów Odwołującego, treść niniejszego odwołania dotyczy wyłącznie dokonanej przez zamawiającego modyfikacji SIWZ. Tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy PZP został dochowany.

Odwołujący w tak przedstawionej sytuacji formalnej i prawnej pominął okoliczność z kolei przywołaną przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie jako i na rozprawie a mianowicie: opublikowane aktualne na dzień 21.08.2018 Zał. nr 1 do SIWZ oraz Zał. nr 2 do Umowy — OPZ, określające w pkt 5.2.2 Minimalne parametry dostarczonych urządzeń - nie zawiera zmian w zakresie Technologii wydruku — wymagana technologia to Laser/LED — 21.08.2018r. - sprostowanie (uściślenie rozumienia) odpowiedzi z 17.08.2018 r. i przekazanie informacji o dopuszczeniu w ramach realizacji dostaw wyłącznie urządzeń drukujących w technologii Laser/LED.

Odwołujący do tej kwestii ani w odwołaniu ani na posiedzeniu Izby z udziałem stron i przystępującego odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie, co do złożonego w niej wniosku o odrzucenie odwołania, nie odniósł się co do opublikowania po wyjaśnieniu z dnia 17.08.2018 roku pkt 5.2.2. zał. Nr 1 do SIWZ w niezmienionej treści to jest takiej jak w dniu 23 lipca 2018 r. to jest dnia w którym ogłoszono postanowienia SIWZ.

W konsekwencji braku zmiany w dniu 21.08.2018 roku brzmienia pkt 5.2.2. zał. Nr 1 do SIWZ w zakresie dopuszczenia tylko technologii laser/led bez wzmiankowanej w dniu 17.08.2018 r. page wide sytuacja już w tym dniu oznaczała, że zamawiający utrzymał w mocy postanowienia pierwotne tak jak 23 lipca 2018r. to jest w dacie ogłoszenia postanowień SIWZ w związku z ogłoszeniem o postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby odwołujący nie dochował należytej staranności oczekując zgody zamawiającego na dopuszczenie technologii page wide przez zadawanie pytań a nie przez złożenie odwołania w terminie ustawowym. Po pierwsze odwołanie przy dochowaniu należytej staranności powinien złożyć już w terminie z uwzględnieniem daty ogłoszenia postanowień SIWZ, w których zamawiający nie dopuścił technologii page wide tylko laser/led. W przedmiotowej sytuacji obowiązuje odwołującego art.182 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp. skutkiem którego termin na wniesienie odwołania upłynął 2 sierpnia 2018 roku. Powoływanie się na uzyskanie prawa do złożenia oferty w technologii page wide z dniem 17.08.2018 roku jest nieuprawnione. Odpowiedź zamawiającego jest niejednoznaczna, ponieważ wynika z niej, że „Zamawiający dopuszcza oferowaną technologię pod warunkiem spełnienia przez wszystkie dostarczone urządzenia wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego”. Taka

odpowiedź na pierwsze wrażenie wszystko gwarantuje ale profesjonalny wykonawca praktycznie oceniając sytuację to wprowadza ona same niewiadome określając je jako „wszystkie dostarczone urządzenia wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego”. Otrzymując taką odpowiedź wykonawca staje przed samymi niewiadomymi co do stanowiska zamawiającego. Niemniej trudno cokolwiek zarzucić zamawiającemu, który udziela odpowiedzi po uprawomocnieniu się postanowień SIWZ, ponieważ odpowiedź udzielana jest po znacznym upływie terminu na wniesienie odwołania (termin odwołania na postanowienia SIWZ to 2 sierpnia 2018r. a odpowiedź zamawiającego na pytania to 17 sierpnia 2018r.). Reasumując z odpowiedzi zamawiającego nie wynika jaką technologię dopuszcza a konkretnie jaką technologię uważa za zaoferowaną oraz jakie ma na myśli pozostałe wymagania SIWZ, które technologia oferowana ma spełnić. Tak niejednoznacznie, szeroko udzielona odpowiedź powinna wzbudzić tylko i wyłącznie wątpliwości co do stanowiska zamawiającego a tym bardziej gdy w dniu 21 sierpnia 2018 roku opublikował zał. Nr 1 wraz z pkt 5.2.2. „Minimalne parametry dostarczonych urządzeń” gdzie w zakresie technologii niezmiennie do daty ogłoszenia postanowień SIWZ z dnia 23 lipca 2018 roku podaje technologię wydruku Laser/Led. Nie ma tutaj znaczenia przywoływana na posiedzeniu Izby reguła zamieszczona na końcu udzielonych odpowiedzi, że „Wprowadzone powyżej wyjaśnienia i zmiany do SIWZ i jej załączników stają się niniejszym dla Wykonawców obowiązujące” z uwagi na opisaną powyżej ich niejednoznaczność a tym bardziej na brak rozszerzenia technologii wydruku o page wide w opublikowaniu Zał. Nr 1 po zmianach w dniu 21 sierpnia 2018 roku.

Słusznie zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że przywołane orzeczenia Izby wskazują na rację wniosku o odrzucenie odwołania.

I tak:

1) postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 723/15:

„Zatem termin na wniesienie odwołania wobec zmienionych postanowień siwz należy wnieść w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia zmienionej treści postanowień na stronie internetowej”.

Zatem odwołujący powinien wnieść odwołanie od zmienionej treści postanowień to jest licząc 10 dni od dnia 21 sierpnia 2018 roku czyli do 31 sierpnia 2018 roku. Bowiern skoro uważał, że w dniu 17 sierpnia 2018 roku zamawiający dopuścił page wide a w opublikowanym po zmianach zał. Nr 1 w dniu 21.08.2018 roku nie znalazł się page wide to powinien nawet od tej daty wnieść odwołanie.

2) postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1810/13: Jeżeli odwołujący wiąże początek biegu terminu na wniesienie odwołania z datą modyfikacji SIWZ, to ta modyfikacja musi być związana z podnoszonymi zarzutami w taki sposób, że przed dokonaniem modyfikacji przez zamawiającego podniesienie zarzutu objętego odwołaniem byłoby niemożliwe.”

Przywołanie tego postanowienia również odbiera prawo odwołującemu do skutecznego zaskarżenia czynności zamawiającego z dnia 30.08.2018 roku to jest w dniu 10 września 2018 r., ponieważ w dniu 23 lipca 2018 roku jak również w dniu 21 sierpnia 2018 roku odwołującemu przysługiwało prawo do zaskarżenia postanowień co do technologii wydruku określonego jako laser/led bez możliwości page wide. Tym samym należy stwierdzić, że przed dokonaniem wyjaśnień w dniu 30.08.2018 r. (wykluczającym page wide) było możliwe podniesienie zarzutu wobec niedopuszczalności page wide.

Izba kwitując powyższe rozważania potwierdza zawity czyli nieprzywracany termin zaskarżenia w tym wypadku postanowień SIWZ licząc termin na wniesienie odwołania od daty publikacji postanowień SIWZ a nie od daty zadania pytania. W ocenie Izby przyznanie odwołującemu prawa do zaskarżenia postanowień SIWZ opublikowanych w dniu 23 lipca 2018 roku dopiero w dniu 10 września 2018 roku wobec obowiązywania 10 dniowego terminu na wniesienia odwołania jest niedopuszczalne i stanowiłoby nadużycie prawa.

W związku z powyższym na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 w zw. z art.182 ust.2 pkt 1 ustawy

Pzp. orzeczono jak w sentencji orzeczenia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. i § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. z dnia 7 maja 2018r. poz.972) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł. uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: