

Sygn. akt: KIO 1408/20

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 9 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **9 lipca 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 czerwca 2020 r.** przez wykonawcę **NETPRINT s.c. J. W., B. S., ul. Unii Europejskiej 10, 32-600 Oświęcim** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze**

**postanawia:**

**1. odrzuca odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę NETPRINT s.c. J. W., B. S., ul. Unii Europejskiej 10, 32-600 Oświęcim i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez NETPRINT s.c. J. W., B. S., ul. Unii Europejskiej 10, 32-600 Oświęcim 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 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. 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:**

.....

Sygn. akt: KIO 1408/20

## UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Zakup i Dostawa Tuszy, Tonerów i Innych Materiałów Eksploatacyjnych do Sprzętu Informatycznego*”, nr sprawy: ZP/27/2020; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.05.2020 pod nr 2020/S 095-226362, przez Skarb Państwa - 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W tym samym dniu udostępnił na swojej platformie zakupowej postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*”.

W dniu 16.06.2020 r. (e-mailem) Zamawiający przekazał odpowiedź na wniosek o zmianę SIWZ. W jego ramach stwierdził, że nie wyraża zgody na zmianę treści SIWZ.

W dniu 25.06.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) NETPRINT s.c. J. W., B. S., ul. Unii Europejskiej 10, 32-600 Oświęcim zwany dalej: „*NETPRINT s.c.*” albo „*Odwołującym*” wniósł odwołanie, jak stwierdził od w/w czynności Zamawiającego, tj. odmowy zmiany treści SIWZ mającej polegać na usunięciu z kryteriów oceny ofert kryterium punktującego oferowanie produktów oryginalnych. Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 91 ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 38 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej: „*Pzp*” - polegające na: naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności i równego traktowania wykonawców oraz zakazu ograniczania w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych możliwości oferowania produktów równoważnych, a także zakazu określania oceny ofert przez pryzmat właściwości wykonawcy, poprzez nieusprawiedliwioną odmowę uwzględnienia wniosku Wykonawcy o zmianę treści SIWZ i takie skonstruowanie kryteriów oceny ofert, które przez przyznawanie punktów za to, że produkt jest oryginalny, premiuje wybranych dostawców lub wybranych producentów, niezależnie od obiektywnych i mierzalnych cech oferowanych produktów i niezależnie od spełnienia przez ofertę określonych w SIWZ warunków dotyczących przedmiotu zamówienia, a odnoszących się do ich cech. Wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ poprzez usunięcie kryterium nr 2 „Rodzaj materiałów eksploatacyjnych (oryginał)” i oraz nakazanie dokonania czynności w postaci zmiany treści SIWZ poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób nie uwzględniający jakiegokolwiek nawiązania do producenta materiału;

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz każdego z odwołujących kwot: po 1/2 uiszczonej opłaty od odwołania oraz po 1/2 wysokości kosztów obsługi prawnej w związku z wywiezionym odwołaniem, tj. łącznie po 8 008,50 zł (osiem tysięcy osiem złotych 50/100) na rzecz każdego z odwołujących;

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści niniejszego pisma na okoliczności tam przytoczone.

Stwierdził, że Zamawiający dopuścił możliwość oferowania produktów równoważnych (tzw. zamienników) pod warunkiem spełnienia przez nie odpowiednich kryteriów jakościowych oraz zażądał przedstawienia dokumentów niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym (ust. 5-7 Rozdziału III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”), tj.:

a. potwierdzenia zgodności parametrów technicznych (raport z testów wydajności wykonany przez jednostkę niezależną od producenta, która posiada akredytację Polskiego Centrum Akredytacji znajdującego się na ul. Szczotkarskie 42, 01382 Warszawa), w tym wydajności określonych na podstawie norm ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 24711 i 24712 dla wkładów atramentowych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych (lub norm równoważnych). Oświadczenie może zostać wystawione na grupę lub kilka rodzajów tonerów;

b. certyfikat potwierdzający, że dostarczany asortyment został wytworzony w systemie zarządzania jakością zgodnym z ISO 9001:2008 oraz ISO 14001:2004 lub normami równoważnymi, aktualny w terminie składania ofert;

c. oświadczenie producenta Towaru, że dostarczane produkty równoważne są wyrobami fabrycznie nowymi, nieregenerowanymi, w pełni kompatybilnymi ze sprzętem, do którego są przeznaczone, o parametrach takich samych w stosunku do typu zamawianego produktu stanowiącego przedmiot zamówienia oraz że proces produkcji i stosowanie wyprodukowanych przez niego materiałów eksploatacyjnych nie narusza praw własności intelektualnej producentów oryginalnych tonerów, tuszy i kaset, jak również że użycie tego produktu do serwisowanych w ramach gwarancji urządzeń nie spowoduje uszkodzenia naruszającego warunki gwarancji lub utraty gwarancji takich urządzeń.

Równocześnie w rozdziale XIII „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert”, Zamawiający wśród dwóch kryteriów przewidział kryterium oceny „Rodzaj materiałów eksploatacyjnych (oryginał)” i jednoznacznie uzależnił to kryterium wyłącznie od tego, czy

oferowane produkty są oryginalne (pochodzą od producenta sprzętu kopiującego/drukującego), czy też są produktami równoważnymi. Drugim kryterium była cena.

Kryterium temu przyznano wagę 55% punktów, a kryterium „cena” - 45 punktów, czyli oznacza to w praktyce, że każdy oferent starający się zaoferować produkty zamienne, niezależnie od ich ceny, nie ma możliwości wygrania z oferentem oferującym produkty oryginalne. Następnie przedstawił jak kwestionowane kryterium było zbudowane.

Stwierdził, że NETPRINT s.c. wystosowało do Zamawiającego pismo w trybie art. 38 Pzp wzywając Go równocześnie do zmiany treści SIWZ oraz wytykając naruszenie prawa wynikające z takiej redakcji specyfikacji. W piśmie tym szczegółowo i obszernie opisano stanowisko NETPRINT (z uwagi na analogiczną do argumentów zawartych w odwołaniu treść wywodów tamtego pisma nie będzie ono przytaczane bardziej szczegółowo), w szczególności wskazano, że takie określenie kryteriów oceny ofert nie tylko nie jest obiektywne, ale prowadzi do faktycznego i naruszającego art. 29 ust. 2 i 3 Pzp (oraz pozostałe wskazane w zarzucie normy), ograniczenia możliwości oferowania produktów równoważnych, spełniających równocześnie wszystkie inne oczekiwania Zamawiającego. Na owo stanowisko NETPRINT s.c. w dniu 16.06.2020 uzyskała jednozdaniową odpowiedź, iż Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści SIWZ.

W ocenie Odwołującego czynności zamawiającego, tj. nieuwzględnienie wskazanych przez NETPRINT s.c. kierunków usunięcia uchybień w treści SIWZ, w sposób oczywisty narusza przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 38 ust. 1 i ust. 4 Pzp. Skutkuje bowiem tym, że najważniejszy wpływ na wybór oferty będzie miało to, czy Wykonawca zaoferuje produkty oryginalne, czy nie. Zwrócił uwagę, że kryteria oceny ofert, jakie Zamawiający ma prawo samodzielnie ustalić (katalog ustawowy jest otwarty), nie mogą prowadzić do wynaturzenia istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli zgodności z zasadami obiektywizmu i uczciwej konkurencji. Zatem każda cecha (kryterium), od którego uzależniona jest ocena ofert, musi się wiązać z obiektywnymi i mierzalnymi cechami produktu, które wyróżniają go na gruncie konkurencji lub po prostu odpowiadają oczekiwaniu Zamawiającego, przy czym oczekiwania te z pewnością nie mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji Wykonawców, gdyż wprost zabrania tego treść ustawy. Zatem choć Zamawiający sam decyduje, jakie dostawy lub usługi są mu potrzebne (i w tym sensie owe kryteria mogą być subiektywne i swobodnie dobrane), to jednak owa swoboda decyzyjności ograniczona jest pewnymi ramami ustawowymi, zwłaszcza zaś zakazem bezpośredniego lub pośredniego eliminowania z postępowania ofert produktów

równoważnych. Konsekwencją powyższego jest zatem i to, że na decyzję o wyborze oferty w tym konkretnym postępowaniu (z perspektywy zasady obiektywizmu i określonych opisem przedmiotu zamówienia oczekiwań Zamawiającego) powinny wpływać takie obiektywne parametry jak: wydajność, wytrzymałość, jakość wydruku, kompatybilność z urządzeniem drukującym, niezawodność. Na „jakość” może wpływać to, czy produkt jest fabrycznie nowy, czy regenerowany, czy spełnia określone normy i czy potwierdzono adekwatnymi dokumentami, że normy owe są spełnione. Wszystkie te cechy Zamawiający ujął w kryteriach, jakie powinien spełniać oferowany produkt (Rozdz. III Opis przedmiotu zamówienia), zatem niespełnianie tych cech samo w sobie prowadzić powinno do odrzucenia oferty podmiotu, który zaoferuje produkty niezgodne z opisem zamówienia o niezgodne z oczekiwaniem Zamawiającego. Tymczasem w opisie kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, poprzez przyznanie największej liczby punktów za sam fakt zaoferowania produktów oryginalnych, odwołano się tak naprawdę do parametru nie mającego nic wspólnego z „jakością” produktu ani żadną inną mierzalną i obiektywnie uzasadnioną jego cechą. Zamawiający nie kieruje się tu bowiem w ogóle cechami technicznymi produktu, czy innymi cechami „jakościowymi”, ale tak naprawdę doprowadza do sytuacji, w której najkorzystniejszą ofertą będzie tylko taka, która będzie zawierała produkty wyłącznie lub głównie oryginalne. Tego zamawiającemu robić nie wolno z uwagi na treść art. 29 ust. 2 i 3 Pzp. Przepis ten wprost zabrania przygotowywania opisu zamówienia w sposób, jaki uniemożliwi oferowanie rozwiązań równoważnych. Równocześnie działanie takie narusza art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, skoro oferta spełniająca wszystkie kryteria Zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu zamówienia będzie oceniana znacznie gorzej niż inna – analogiczna - tylko dlatego, że nie zaoferowano produktów pochodzących od konkretnego producenta. Takie określenie kryteriów oceny ofert narusza także art. 91 ust. 2 i 3 Pzp, albowiem nie odwołuje się ono do przedmiotu zamówienia, lecz de facto prowadzi do punktowania właściwości wykonawcy, a w szczególności jego właściwości technicznych, skoro a priori uznaje się za gorsze produkty tego wykonawcy, który zdecyduje się zaoferować produkty równoważne, a za lepsze - produkty „markowe”. W takim stanie rzeczy, treść wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia przytoczona na wstępie uzasadnienia, jawi się jako wyłącznie fasadowa i de facto wyłącznie stwarzająca pozory zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, albowiem krytykowane w niniejszym odwołaniu ukształtowanie kryteriów oceny ofert wymusza na wykonawcach odstąpienie od oferowania produktów równoważnych. Tylko bowiem oferując produkty oryginalne mogą liczyć na wygraną.

Zwrócił także uwagę, że art. 10 ust. 1 ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku z 13.04.2016 r. (którą to ustawą nadano kompetencje PCA do akredytowania jednostek badawczych oraz kompetencje tych jednostek do oceny zgodności produktów z normami) stanowi, co następuje: domniemywa się, że wyrób spełnia określone wymagania, jeżeli jest zgodny z postanowieniami norm zharmonizowanych, ich częściami lub dokumentami, o których mowa w ust. 4 tego przepisu. Tym samym wprowadzono do polskiego porządku prawnego domniemanie prawne, zgodnie z którym produkt posiadający certyfikat wystawiony przez jednostkę akredytowaną przez PCA jest zgodny z określoną normą zharmonizowaną. Oznacza to, że nie jest wymagany żaden inny ani dalej idący dowód na ten fakt, a każdy, kto owo domniemanie chce obalić, musi swoje twierdzenia udowodnić - zaprzeczając w ten sposób treści certyfikatu. Powyższe oznacza zatem też i to, że na gruncie Pzp istnieje domniemanie, iż każdy produkt posiadający certyfikat wystawiony przez jednostkę akredytowaną przez PCA (lub równoważną na gruncie europejskim) jest produktem równoważnym. Tym samym wylegitymowanie się takim certyfikatem, o którym mowa w art. 30b ust. 1-2 całkowicie wypełnia wymóg z art. 30 ust. 5 Pzp. Nie może być więc tak, że choć bezsporne dla zamawiającego staje się to, iż produkt „nieoryginalny” jest w istocie „równoważny” oryginałowi, to mimo wszystko „premiuje się” w jakikolwiek sposób produkty „oryginalne”, gdyż traci to jakiegokolwiek obiektywne uzasadnienie. Bezpośrednio korzystają na tym wyłącznie producenci i dostawcy sprzętu „oryginalnego”, co tylko pogłębia przepaść między takimi potentatami rynkowymi a mniejszymi podmiotami oferującymi rozwiązania równoważne. Proponowane w SIWZ kryterium oceny ofert łamie zatem bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa zamówień publicznych i prowadzi do zaburzenia uczciwej konkurencji, poprzez premiowanie wybranych dostawców lub wybranych produktów, niezależnie od obiektywnych i mierzalnych cech tych produktów. Zamawiający, mając świadomość i znając doniosłość prawną zasygnalizowanych przez wykonawcę uchybień w zakresie redakcji SIWZ zobowiązany był, na podstawie art. 38 ust. 1 i 4 Pzp, zmienić treść SIWZ, gdyż bez takowej zmiany zamówienie prowadzone byłoby w sposób sprzeczny z prawem. Nie uczyniono jednak tego, a zatem w sposób oczywisty owa czynność, jako niezgodną z prawem, podlega weryfikacji w toku procedury odwoławczej.

Zamawiający w dniu 25.06.2020 r. wezwał (poprzez swoją platformę zakupową) wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 08.07.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie. Wnosił o:

1. Umożenie postępowania w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu; ewentualnie o:
2. Odrzucenie odwołania jako wniesionego pa terminie wyznaczonym zgodnie z art. 182 ust 2 Pzp.

W dniu 24.06.2020r. odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucał naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust 2 i ust. 3 oraz art. 91 ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 38 ust 1 i ust 4 Pzp. Uwzględniając zarzuty Odwołującego oraz w związku z licznymi wnioskami o zmianę i wyjaśnienie treści SIWZ w dniu 02.07.2020 w ramach udzielonych odpowiedzi na pytania Zamawiający zgodnie z art. 38 ust. 4 Pzp, dokonał zmiany zapisów SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert na następujące:

Nr kryterium	Nazwa kryterium	Liczba punktów (waga)
1	Cena	60
2	Termin dostawy od daty zgłoszenia zamówienia częściowego	40
Liczba wszystkich punktów uzyskanych przez ofertę badaną.		100 pkt

Zamawiający dokona obliczenia punktów dla każdej oferty w następujący sposób:

Nr kryterium	Nazwa kryterium
1	<p>Cena oferty - 60% - zostanie przeliczona w następujący sposób:</p> $\text{Liczba} = \frac{\text{najniższa oferowana cena brutto}}{\text{oferowana cena oferty badanej}} \times 60\% \times 100 \text{ pkt}$

2	<p>Punkty w ramach kryterium: Termin dostawy od daty zgłoszenia zamówienia częściowego - 40% zostaną przeliczone w następujący sposób:</p> <p>oferowany termin dostawy - 1 dzień roboczy 40 pkt  oferowany termin dostawy - 2 dni robocze 30 pkt  oferowany termin dostawy - 3 dni robocze - 20 pkt  oferowany termin dostawy - 4 dni robocze - 10 pkt  oferowany termin dostawy - 5 dni robocze - 1 pkt</p>
---	--

Dowód: Pytania - Wyjaśnienia i zmiany treści SIWZ z dnia 02.07.2020r. wraz z potwierdzeniem publikacji na stronie platformy Zakupowej i potwierdzeniem przesłania do Wykonawców uczestniczących w postępowaniu w tym Odwołującego.

Jednocześnie Zamawiający dokonał Sprostowania Ogłoszenia o Zamówieniu w zakresie kryteriów Oceny ofert i przesunął termin składania ofert. (Ogłoszenie nr 2020/S 128313384 z 06.07.2020r.). Dowód: Ogłoszenie - Sprostowanie nr 2020/S 128-313384 z dnia 06.07.2020r. Mając powyższe na uwadze Zamawiający działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu złożonym w dniu 24.06.2020r.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania stwierdził, co następuje.

Zamawiający w dniu 13.05.2020 r. przesłał do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu, które w dniu 15.05.2020 zostało opublikowane pod numerem 2020/s 095-226362. Dowód: Ogłoszenie o Zamówieniu z dnia 15 maja 2020r nr 2020/S 095-226362. Postępowanie zostało opublikowane przez Zamawiającego w dniu 15.05.2020 r, poprzez zamieszczenie na platformie zakupowej ogłoszenia i SIWZ. Dowód: Potwierdzenie publikacji postępowania na platformie zakupowej.

W ocenie Zamawiającego odwołanie zostało wniesione po terminie określonym przepisami prawa do jego złożenia określonymi w art. 182 ust 2 Pzp, w odwołaniu Odwołujący wskazuje, że składa odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, na podstawie której odmówiono zmiany treści SIWIZ mającej polegać na usunięciu kryteriów oceny ofert kryterium punktującego oferowanie produktów oryginalnych. Zdaniem Zamawiającego tak sformułowany zarzut de facto jest odwołaniem od treści SIWZ, nie zaś od czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ.

Zatem w takiej sytuacji odwołanie, zgodnie z treścią art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp powinno zostać wniesione w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wartość zamówienia przetargu nieograniczonego pod nazwą „Zakup



*i dostawa Tuszy Tonerów i innych materiałów eksploatacyjnych do sprzętu informatycznego"* prowadzonego przez Zamawiającego przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 powołanej ustawy. Wskazujemy, iż zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.05.2020 r. natomiast odwołanie Wykonawca złożył w dniu 24.06.2020 r. tym samym Odwołujący nie dotrzymał ustawowego terminu do jego złożenia.

Jak oceniła KIO w postanowieniu z 16.11.2017r., sygn. akt: KIO 2302/17: *„Istotne dla ustalenia początku biegu terminu na wniesienie odwołania w sprawie, a w konsekwencji dla rozstrzygnięcia samej sprawy, jest to, iż odwołanie dotyczy tożsamyh postanowień zawartych zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”*. Stwierdził, że Zamawiający w dniu publikacji Ogłoszenia o zamówieniu udostępnił na platformie zakupowej SIWZ, zatem postanowienia skarżone przez Odwołującego zostały przekazane potencjalnym Wykonawcom w dniu 15.05.2020r. zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i SIWZ. Tym samym już w związku z publikacją ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i udostępnieniem dokumentacji postępowania na platformie zakupowej odwołujący mógł powziąć informacje o postanowieniach stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

W związku z powyższym termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie powinien być liczony od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, tj. od dnia 15.05.2020 r., co oznacza, że odwołanie wniesione w dniu 24.06.2020 r., zostało wniesione z uchybieniem 10-dniowego terminu wynikającego z Pzp, który mijał w dniu 25.05.2020 r.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:**

Izba podkreśla, że czynność uwzględnienia odwołania w całości ma charakter merytoryczny. Pierwszeństwo nad nią ma czynność formalna, oceny czy złożone odwołanie kwalifikuje się, czy też nie, do odrzucenia. Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie formułuje m.in. wniosek o odrzucenie odwołania, jednocześnie formułując konkretne uzasadnienie i przedstawiając swoją argumentację. W rezultacie, Izba musiała rozpoznać zasadność złożonego wniosku o odrzucenie, mimo uwzględnienia odwołania i dokonanej zmiany postanowień SIWZ (w dniu 02.07.2020 r. – na potwierdzenie powyższej czynności załączano stosowny dowód dokonanej zmiany), o czym także Zamawiający poinformował

w swojej odpowiedzi na odwołanie. Należy wyjaśnić, że aby odwołanie zostało merytorycznie uwzględnione musi ono formalnie zostać wniesione m.in. w terminie, czyli spełniać wymogi formalne. W tym stanie faktycznym Zamawiający wskazywał na to, że odwołanie jest jakoby od czynności odmowy zmiany SIWZ, ale w jego ocenie dotyczy de facto postanowień SIWZ, stąd jest, w jego ocenie, po terminie.

Izba po wnikliwej analizie przywołanych okoliczności, załączonych dowodów, tak do odpowiedzi na odwołanie, jak i pisma Zamawiającego z 01.07.2020 r. uznała, że odwołanie zostało wniesiono po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp i tym samym, stosownie do dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ustawodawca w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, nakazał odrzucenie odwołania, jeżeli odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, 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. Przedmiotowe postępowanie przetargowe ma wartość zamówienia przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Potwierdził to Zamawiający w piśmie z 01.07.2020 r. Jednocześnie, w ramach pisma z 01.07.2020 r. Zamawiający zwracał uwagę, iż Odwołujący w trybie art. 181 ust.1 Pzp poinformował także Zamawiającego o naruszeniu przepisów prawa dotyczących sposobu określenia kryteriów oceny ofert. Z kolei Zamawiający w odpowiedzi z 16.06.2020 r. nie wyraził zgody na zmianę postanowień SIWZ.

Z informacji uzyskanych z odpowiedzi na odwołanie, ogłoszenie zostało opublikowane 15.05.2020 r., jak również w tym samym dniu Zamawiający udostępnił dokumentację postępowania na platformie zakupowej. Odwołujący mógł więc, z tym dniem, powziąć informacje o treści ogłoszenia oraz postanowieniach SIWZ stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Niewątpliwie także złożenie wniosku z art. 181 ust.1 Pzp w dniu 02.06.2020 r. potwierdza, że miał Odwołujący świadomość istniejących ówczesnie treści ogłoszenia oraz postanowień SIWZ, składał bowiem tzw. quasi odwołanie w trybie art. 181 ust. 1 Pzp do Zamawiającego (wnosząc w jego ramach o zmianę postanowień SIWZ), zamiast odwołania do Prezesa KIO.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, za postanowieniem KIO z 16.11.2017r., sygn. akt: KIO 2302/17: „Istotne dla ustalenia początku biegu terminu na wniesienie odwołania w sprawie, a w konsekwencji dla rozstrzygnięcia samej sprawy, jest to, iż odwołanie dotyczy tożsamyh postanowień zawartych zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”.

W tych okolicznościach sprawy, sama odmowa zmiany SIWZ z 16.06.2020 r nie przywracała terminu na składnię środka ochrony prawnej, gdyż dotyczyła zakwestionowanych kryteriów oceny ofert, czyli treści ogłoszenia oraz postanowień SIWZ (o czym świadczy obszerna treść odwołania zacytowana powyżej w treści uzasadnienia), których treść znał Odwołujący od dnia upublicznienia, czyli od 15.05.2020 r. Taki termin biegłby na nowo tylko w wypadku zmiany treści ogłoszenia lub postanowień SIWZ, w tym lub innym zakresie.

W takiej sytuacji, jak miała miejsce Izba podnosi, że Odwołujący winien albo równoległe z wnioskiem o zmianę SIWZ albo niezależnie złożyć środek ochrony prawnej do Prezesa KIO, czego nie uczynił.

W rezultacie, termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie powinien być liczony od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, tj. od dnia 15.05.2020 r., co oznacza, że odwołanie wniesione w dniu 24.06.2020 r., zostało wniesione z uchybieniem 10-dniowego terminu wynikającego z Pzp, który mijał w dniu 25.05.2020 r. Izba uznała bowiem, że odwołanie nie jest de facto od czynności odmowy zmiany SIWZ, ale na treść ogłoszenia oraz postanowienia SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba odrzuciła odwołanie, orzekając w formie postanowienia, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

Jednocześnie, Izba wskazuje, że Zamawiający dokonał zmiany treści ogłoszenia i postanowień SIWZ w dniu 02.07.2020 r., jak stwierdził nie tylko w kontekście odwołania, ale również w związku z licznymi wnioskami o zmianę i wyjaśnienie treści SIWZ. Do czego zawsze jest uprawniony w trybie art. 38 ust. 4 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie, tak Izby, jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania Odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt: XII Ga 517/11).

**Przewodniczący:**

.....