

**POSTANOWIENIE
z dnia 27 sierpnia 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania w dniu 27 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2019 r. przez wykonawcę Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów, 05 – 806 Komorów w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Centrum Obsługi Administracji Rządowej, ul. Powsińska 69/71, 02 - 903 Warszawa

przy udziale wykonawcy Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1591/19 po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów 05 – 806, Komorów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów 05 – 806, Komorów tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz 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

Zamawiający: wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Sukcesywną dostawę artykułów biurowych dla Jednostek Administracji Państwowej, nr postępowania: 2019/15.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 lutego 2019 roku, nr 2019/S 038-084888.

W dniu 10 czerwca 2019 r. Zamawiający podjął pierwszą decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty obecnie Odwołującego: Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów, 05 – 806 Komorów.

Powyższa czynność Zamawiającego została zaskarżona odwołaniem przez Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach, zwanym dalej Przystępującym, w wyniku, którego został wydany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1155/19, w którym KIO stwierdziła, że produkt Odwołującego z pozycji 37 OPZ nie spełnia wymagań w zakresie możliwości ustawienia w pionie i poziomie.

Zgodnie z twierdzeniem Odwołującego na powyższy wyrok KIO została przez niego wniesiona skarga.

W dniu 5 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował po raz drugi wykonawców o dokonaniu czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu i odrzuceniu oferty Wykonawcy Lyreco Polska S.A. z uwagi na niezgodność treści tej oferty w zakresie pozycji 37 opisu przedmiotu zamówienia.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 14 sierpnia 2019r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w zakresie parametrów produktów, które były wymagane w opisie przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego, a także wobec zaoferowania produktów, których nie da się zidentyfikować, mimo wymagania postawionego przez Zamawiającego - produkty nie są powszechnie dostępne.

W konsekwencji – jego zdaniem – Zamawiający naruszył zasadę uczciwej

konkurencji i równego traktowania Wykonawców poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego niezgodnie z przepisami ustawy, wbrew postawionym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ wymaganiom co do parametrów technicznych produktów, a także niezgodnie z prawomocnym zakresem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2019 r. odnośnie rozumienia postanowień treści SIWZ co do opisu przedmiotu zamówienia.

Czynnościom Zamawiającego zarzucił:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia jako parametry minimalne, a nadto zawiera produkty które nie są możliwe do identyfikacji i jako takie nie mogą być uznane za produkty ogólnodostępne na rynku;

2. w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawniony wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, która to oferta powinna być odrzucona, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez nieuprawnione pozostawienie w postępowaniu wykonawcy, którego oferta nie spełniała wymagań postawionych w SIWZ i w opisie przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert i odrzucenie oferty Przystępującego z uwagi na niespełnienie parametrów przez zaoferowane produkty, a także po rozstrzygnięciu skargi złożonej na orzeczenie KIO 1155/19 z dnia 16 lipca 2019 roku dokonanie ponownego badania i oceny oferty Lyreco Polska S.A.

W dniu 19 sierpnia 2019r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dokumentacyjnego przedmiotowego postępowania przetargowego, w tym akt sprawy odwoławczej, Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt. 3 i pkt. 5 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że zgodnie z art.182 ust.3 pkt. 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Izba uznała, że Odwołujący mógł już powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania po otwarciu ofert, to jest po dniu 25 kwietnia 2019r., bowiem zarzuty odwołania sformułowane w oparciu o przepis art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp są skierowane przeciwko treści oferty Przystępującego.

Niezależnie od powyższego – zdaniem Izby – wiedza Odwołującego o tych okolicznościach mogła zostać poszerzona również na etapie po pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10 czerwca 2019r., gdzie wynik wyboru można uznać za pewny dopiero po uprawomocnieniu się wyroku Krajowej Izby Odwoławczej lub wyroku Sądu Okręgowego.

Odwołujący zatem nie może obecnie zasłaniać się niewiedzą odnośnie potencjalnie istniejącej wadliwej treści oferty w powyższych datach oraz brakiem możliwości zaskarżenia oferty wykonawcy z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ w terminie przewidzianym w ustawie.

Stosownie do art.96 ust. 3 ustawy Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W praktyce bardzo często zdarza się, że wykonawcy działając w swoim najlepszym interesie, niezwłocznie po otwarciu ofert konkurentów i ich wnikliwej analizie w drodze aktów sygnalizacyjnych domagają się od Zamawiających wykluczenia tych wykonawców konkurencyjnych lub odrzucenia ich ofert.

Według zapatrywania Izby – Zamawiający w takim przypadku jest zobowiązany do podjęcia określonej czynności bez zbędnej zwłoki, bowiem w przypadku braku zbadania i

oceny oferty może skutecznie narazić się na zarzut zaniechania odrzucenia oferty konkurenta.

Reasumując, Odwołujący gdyby działał przy zachowaniu należytej staranności zapoznałby się z ofertą konkurenta niezwłocznie po otwarciu ofert i następnie w terminie 10 dniowym, licząc od dnia następującego po dniu, w którym oferta konkurenta została mu przez Zamawiającego udostępniona, mógłby wnieść odwołanie na zaniechanie Zamawiającego.

W związku z powyższym Izba uznała, że zachodzą przesłanki z przepisu art.189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Drugą z podstaw prawnych uzasadniających czynność odrzucenia odwołania w tej sprawie jest przepis art. 189 ust.2 pkt. 5 ustawy Pzp, zgodnie, z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wyrokiem z dnia 16 lipca 2019r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Przystępującego i nakazała Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Nadto w wyroku tym Izba nakazała dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert, między innymi poprzez wskazanie dokładnego zachowania Zamawiającego, gdzie na stronie 20 tego wyroku stwierdzono „W związku z tym Izba musi stwierdzić, że wykonawca L nie zaferował długopisu wymaganego w poz. 37 OPZ czyli oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.”.

Z powyższego brzmienia treści wyroku wynika jednoznacznie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na zasadzie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:.....