

WYROK
z dnia 3 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2021 r. przez wykonawcę **K.C.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **KCH Electronics K.C. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Naukową i Akademicką Sieć Komputerową – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę K.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KCH Electronics K.C. z siedzibą w Krakowie i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę K.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KCH Electronics K.C. z siedzibą w Krakowie, tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2 zasądza od wykonawcy K.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KCH Electronics K.C. z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej – Państwowego Instytutu Badawczego z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych).**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający” lub „NASK PIB”) na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) (zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa i instalacja zestawów do pomiaru zanieczyszczenia powietrza”. Publikacja ogłoszenia nastąpiła w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/S 162-426379. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 7 października 2021 r. wykonawca K.C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KCH Electronics K.C. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący” lub „Wykonawca”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, podjętą w tym postępowaniu, polegającą na sporządzeniu modyfikacji dokumentacji postępowania:

- w zakresie terminu składania ofert przed publikacją zmiany w Dzienniku Urzędowym UE,
- w sposób pozorny, gdyż zmiana w zakresie opisu urządzenia nie została uwzględniona w odpowiedniej zmianie terminu składania ofert.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 88 ust. 1 oraz art. 137 ust. 4 i ust. 5 Pzp przez udostępnienie zmiany SWZ w zakresie terminu składania ofert przed publikacją zmian przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej,
2. art. 90 ust. 2 Pzp przez zmianę terminu składania ofert w sposób uniemożliwiający skorzystanie przez wykonawców z wprowadzonych zmian,

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- zmiany terminu składania ofert na termin nie krótszy niż 21 dni od daty ogłoszenia orzeczenia w sprawie, ewentualnie
- unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Wykonawca wskazał m. in., że:

Ad. 1. W zakresie naruszenia art. 88 ust. 1 oraz 137 ust. 4 i ust. 5 Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w dniu 27 września 2021 r. ogłosił na swojej stronie internetowej zmianę terminu składania ofert - z dnia 28 września 2021 r. na dzień 4 października 2021 r. Prowadzone postępowanie jest postępowaniem "unijnym" zatem wszelkie zmiany w tym zakresie winny być także ogłaszane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - w celu zachowania równości szans podmiotów z UE. Ogłoszenie o zmianie terminu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 września 2021 r.- tj. po ogłoszeniu tej zmiany przez Zamawiającego na swojej stronie internetowej. Zamawiający w dniu 4 października 2021 r. ogłosił na swojej stronie internetowej zmianę terminu składania ofert - z dnia 4 października 2021 r. na dzień 7 października 2021 r. Niniejsze postępowanie jest postępowaniem "unijnym" zatem wszelkie zmiany w tym zakresie winny być także ogłaszane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - w celu zachowania równości szans podmiotów z UE. Ogłoszenie o zmianie terminu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 października 2021 r.- tj. po ogłoszeniu tej zmiany przez Zamawiającego na swojej stronie internetowej. Ww. okoliczności jednoznacznie wskazują, że doszło do naruszenia jednoznacznego przepisu art. 88 ust. 1 oraz 137 ust. 4 i 5 Pzp co powoduje, że postępowanie obarczone jest istotną wadą prawną. W ocenie Odwołującego wada ta powinna prowadzić bądź do unieważnienia postępowania, bądź co najmniej do takiego przedłużenia terminu składania ofert, aby doszło do wyrównania szans i przywrócenia zasad uczciwej konkurencji.

Ad. 2 w zakresie naruszenia art. 90 ust. 2 Pzp

Odwołujący zwracał uwagę, że całe postępowanie prowadzone jest w sposób preferujący jednego wykonawcę (na co choćby wskazywała firma Elteris sp. z o.o.). Zamawiający najwyraźniej próbując ukryć swoje prawdziwe intencje - dokonał zmian w zakresie opisu wymaganego urządzenia, symbolicznie tylko zmieniając termin składania ofert. Odwołujący nie jest producentem mierników jakości powietrza, stąd przeprowadził analizę rynku w zakresie możliwości pozyskania urządzeń spełniających wymagania SWZ, analiza ta doprowadziła do wniosku, że pierwotne warunki spełniają wyłącznie urządzenia firmy Syngeos. Taka sytuacja uniemożliwiła Odwołującemu złożenie oferty i pozyskanie zamówienia. Wykonawca stwierdził, że Zamawiający dokonał zmian w opisie wymaganego urządzenia, co pozwala Odwołującemu na zaoferowanie innych mierników jakości powietrza i złożenie oferty. Jednak termin, który został pierwotnie wyznaczony (7 dni od zmiany) uniemożliwia pozyskanie szczegółowej dokumentacji urządzeń od producentów (aby zweryfikować zgodność z SWZ), przeprowadzenie negocjacji handlowych, czy pozyskanie

próbki urządzenia, aby ją przesłać Zamawiającemu. Dalsze zmiany terminu składania ofert dokonywane są w taki sposób, aby pozornie dać Wykonawcom szansę na złożenie oferty. W ocenie Odwołującego pozornie tych zmian wyraża się w tym, że zmiana terminu jest nieznaczna (zatem Wykonawca jest świadomy, że w tym terminie nie jest możliwe skompletowanie oferty) a po tej zmianie, w dniu składania ofert ogłaszana jest kolejna symboliczna zmiana, której nie można było przewidzieć. Tym samym już po złożeniu ofert Zamawiający będzie mógł twierdzić, że zmiana terminu była adekwatna – jednak Odwołujący nie mógł tego przewidzieć. Powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że zmiany te zostały wprowadzone wyłącznie dla pozorów lub na użytek instytucji kontrolujących wydatkowanie środków publicznych oraz środków unijnych - aby przekonać te instytucje, że pomimo tego, że w postępowaniu została złożona 1 oferta (firmy Syngeos) - w istocie zachowane były zasady uczciwej konkurencji i Zamawiający nie wie, dlaczego inne firmy nie złożyły ofert.

Stanowisko Zamawiającego.

Zamawiający odpowiedział na odwołanie w postaci pisma „Odpowiedź na odwołanie” w treści którego wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu NASK PIB m. in. stwierdził, że:

1. W przedmiocie zarzutu 1

Zamawiający przyznał, że w dniu 27 września 2021 r. ogłosił na swojej stronie internetowej o zmianie terminu składania ofert z dnia 28 września 2021 r na dzień 4 października 2021 r., a informacja o ww. zmianie została opublikowana przez Urząd Publikacji UE w dniu 29 września 2021 r. Jednakże ww. ogłoszenie zostało wysłane przez Zamawiającego do publikacji w dniu 24 września 2021 r., co jednoznacznie wynika z treści ogłoszenia opublikowanego w Suplemencie do Dziennika Publikacji UE. Podobna sytuacja zaistniała w drugim wskazanym w odwołaniu przypadku. Zamawiający faktycznie ogłosił w dniu 4 października 2021 r. na swojej stronie internetowej o kolejnej zmianie terminu składania ofert, tj. z dnia 4 października 2021 r. na dzień 7 października 2021 r., podczas gdy ogłoszenie o zmianie zostało opublikowane przez Urząd Publikacji UE w dniu 6 października. Niemniej jednak ogłoszenie o zmianie zostało wysłane do Urzędu Publikacji UE w dniu 1 października 2021 r., co także jednoznacznie wynika z treści ogłoszenia.

Zamawiający stwierdził następnie, że tej sprawie z treści załączonych ogłoszeń wynika jednoznacznie, że zostały one wysłane do Urzędu Publikacji UE co najmniej 48 godzin przed

publikacją zmian w SWZ na stronie internetowej Zamawiającego, co znajduje potwierdzenie w treści ww. ogłoszeń. Publikacja ogłoszeń przez Urząd Publikacji UE nastąpiła w obydwu przypadkach po upływie 48 godzin od otrzymania ogłoszeń przez Urząd, co także wynika z treści przedłożonych ogłoszeń, zatem Zamawiający nie mógł zostać powiadomiony o publikacji ogłoszeń w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji UE otrzymania ogłoszeń. Wobec powyższego Zamawiający stał na stanowisku, że została spełniona przesłanka upoważniająca Zamawiającego do udostępnienia zmiany treści SWZ na stronie internetowej Zamawiającego określona w art. 137 ust. 5 Pzp.

2. W przedmiocie zarzutu 2

Odnosząc się do zarzutu 2 Zamawiający wskazywał, że zarzut ten nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy. Jego zdaniem na sposób prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz umożliwiający udział szerokiego grona Wykonawców wskazują następujące działania Zamawiającego:

- zmiana SWZ w zakresie opisu kryteriów kwalifikacji Wykonawców przez zamieszczenie zapisu, że „Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, należycie, co najmniej: a) Jedną dostawę obejmującą swym zakresem minimum 25 szt. mierników do pomiaru zanieczyszczenia powietrza o łącznej wartości co najmniej 90 000,00 zł brutto. b) Jedną dostawę obejmującą swym zakresem minimum 75 szt. mierników do pomiaru zanieczyszczenia powietrza. W przypadku, gdy w ramach realizacji wskazanej przez Wykonawcę dostawy, poza zakresem wymaganym przez Zamawiającego, były wykonywane również inne świadczenia, wykazana musi zostać wartość dotycząca tej części dostawy, która obejmowała zakresem dostawy, o których mowa powyżej. Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości dostaw dla DOSTAWY A). Zamawiający dopuszcza sumowanie wartości dostaw dla DOSTAWY B) tj. sumowanie dostaw realizowanych na podstawie umów z różnymi podmiotami lub tym samym podmiotem, ale jako odrębne umowy.” W związku z dokonaną m. in ww. zmianą SWZ Zamawiający zmienił też termin składania ofert z dnia 24 września 2021 r. na dzień 28 września 2021 r.,
- w związku z ogłoszonymi w dniu 27 września 2021 r. zmianami SWZ dotyczącymi m. in. rezygnacji z wymogu przedstawienia przez Wykonawców certyfikatu wystawionego przez niezależną akredytowaną jednostkę potwierdzającego, że urządzenie jest zgodne z Dyrektywą EMC 2014/30/EU lub równoważną tj. spełnia wymagania kompatybilności elektromagnetycznej, a w przypadku oczekiwania na wykonanie

badań dostarczenia co najmniej raportu z badań konstruktorskich oraz informacji potwierdzonej przez laboratorium akredytowane o zleceniu przez Dostawcę badań umożliwiających ocenę zgodności Urządzenia z zasadniczymi wymaganiami dyrektywy EMC 2014/30/EU Zamawiający ponownie wydłużył termin składania ofert, tj. z dnia 28 września 2021 r. na dzień 4 października 2021 r.,

- w związku ze zmianą SWZ opublikowaną w dniu 4 października 2021 r. na stronie internetowej Zamawiającego, dotyczącą zmiany daty zachowania ważności oferty, Zamawiający ponownie wydłużył termin składania ofert z dnia 4 października 2021 r. na dzień 7 października 2021 r.,
- w związku ze zmianą SWZ opublikowaną w dniu 8 października 2021 r. przez Urząd Publikacji EU a dotyczącą m. in. zmiany terminu wykonania zamówienia, Zamawiający ponownie zmienił termin składania ofert z dnia 7 października na dzień 12 października 2021 r.

Termin na składanie ofert liczony od dnia ogłoszenia o zamówieniu przez Urząd Publikacji UE (23 sierpnia 2021 r.) wyniósł pierwotnie ponad miesiąc, a uwzględniając ostatnią zmianę SWZ w zakresie terminu składania ofert termin ten wyniósł ponad 7 tygodni. Dokonując modyfikacji SWZ Zamawiający każdorazowo, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 Pzp przedłużał termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego zmiany terminu nie były dokonywane w sposób mający jedynie pozornie zapewnić Wykonawcom szansę na złożenie oferty. Nie może ująć w tym miejscu uwagze okoliczność, że pierwotny termin składania ofert wynosił ponad miesiąc. Termin ten umożliwił zainteresowanym Wykonawcom, a także Odwołującemu, przeprowadzenie realnej analizy rynku w zakresie możliwości pozyskania urządzeń spełniających wymagania SWZ. Jak wynika z treści pisma, także Odwołujący przeprowadził taką analizę w sposób pogłębiony. Odwołujący zauważył także, że zmiany dokonane w SWZ umożliwiły mu zaoferowanie różnych urządzeń i złożenie oferty, jednak termin jej złożenia, przedłużony o 7 dni, okazał się zbyt krótki z uwagi na konieczność pozyskania szczegółowej dokumentacji od producentów, negocjacje handlowe czy pozyskanie próbki.

W ocenie Zamawiającego nie sposób było uznać, że ww. argumentacja Odwołującego jest wiarygodna. Pozyskanie szczegółowej dokumentacji może i następuje w praktyce obrotu handlowego obecnie drogą komunikacji elektronicznej. Jest to często kwestia zwrócenia się do producenta urządzenia drogą e-mail o przesłanie dokumentacji urządzeń. Odwołujący, doskonale zorientowany w harmonogramie niniejszego postępowania, mógł antycypować, że po odwołaniu firmy Elteris sp. z o. o. (wniesionym na początku września 2021 r.) nastąpi zmiana postanowień SWZ w sposób umożliwiający zaoferowanie szerszej gamy mierników jakości powietrza, a więc już na początku września mógł i powinien, jako profesjonalny

uczestnik obrotu handlowego, wystąpić do producentów mierników zanieczyszczenia powietrza o nadesłanie dokumentacji technicznej oraz przedstawienie oferty na zakup konkretnej liczby urządzeń celem przygotowania się do udziału w postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że wysyłał ogłoszenie o zmianie SWZ każdorazowo na co najmniej kilka dni przed upływem terminu składania ofert, nie miał natomiast wpływu na datę publikacji ogłoszenia przez Urząd Publikacji UE. Przedłużenia terminu na składanie ofert warunkowane były zmianami SWZ, dokonywanymi każdorazowo na korzyść Wykonawców oraz w celu zachowania uczciwej konkurencji. Odwołujący, wbrew treści odwołania, które może prowadzić do wniosków odmiennych, nie zgłosił się na dzień złożenia niniejszego pisma jako uczestnik postępowania na stronie Zamawiającego. Na dzień złożenia niniejszego odwołania, drugiego wniesionego przez Odwołującego dotyczącego ww. postępowania, nie komunikował się z Zamawiającym za pośrednictwem platformy zakupowej, nie zadawał Zamawiającemu żadnych pytań dotyczących przedmiotu zamówienia, ani też nie kierował do Zamawiającego żadnych wniosków dotyczących modyfikacji SWZ.

Przepis art. 90 ust. 2 Pzp przewiduje, że w przypadku, gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, zamawiający przedłuża odpowiednio termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie. Ustawodawca nie wskazuje przy tym katalogu zmian ogłoszenia kwalifikowanych jako zmiany istotne, których wprowadzenie skutkowałoby koniecznością przedłużenia terminu składania ofert. Za zmiany istotne uznane zostaną niewątpliwie zmiany, które „będą oddziaływać na krąg wykonawców zainteresowanych uzyskaniem danego zamówienia, a więc np. dotyczące kryteriów oceny ofert czy też warunków udziału w postępowaniu. Zakwalifikowanie danej zmiany do kategorii istotnych wymaga każdorazowo oceny okoliczności konkretnego przypadku, a punktem odniesienia dla tej oceny winien być wpływ dokonanych w ogłoszeniu ingerencji na sporządzenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.” (H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021). Podobnie ww. przepis nie precyzuje pojęcia czasu niezbędnego na przygotowanie ofert w przypadku zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Ustalenie zatem, o ile należy przedłużyć termin składania ofert w takim przypadku należy każdorazowo do decyzji Zamawiającego. Na gruncie niniejszej sprawy, wobec charakteru zmian wprowadzanych w SWZ, zakreślane przez Zamawiającego kolejne terminy składania ofert uznać należy za wystarczające na ich przygotowanie. Nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, że Wykonawcy są profesjonalistami w danej dziedzinie, a tym samym posiadają pogłębioną wiedzę na temat rynku urządzeń objętych postępowaniem, co umożliwi im przygotowanie oferty w warunkach zmian takich jak wprowadzone przez Zamawiającego w tym postępowaniu.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba po dokonaniu wszechstronnej i wyczerpującej analizy zarzutów postawionych w odwołaniu stwierdziła, że są one niezasadne a jako takie podlegają oddaleniu. Izba w czynnościach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia przepisów:

- art. 88 ust. 1 oraz art. 137 ust. 4 i ust. 5 Pzp przez udostępnienie zmiany SWZ w zakresie terminu składania ofert przed publikacją zmian przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej, a także
- art. 90 ust. 2 Pzp przez zmianę terminu składania ofert w sposób uniemożliwiający skorzystanie przez Wykonawców z wprowadzonych zmian.

Zarzut nr 1 – Publikacja zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Izba za konieczne uznała przytoczenie przepisów Pzp, których naruszenie Zamawiającemu zarzucał Odwołujący, które zostały powołane poniżej.

Zgodnie z art. 88 ust. 1 Pzp Zamawiający udostępnia ogłoszenie również na stronie internetowej prowadzonego postępowania, od dnia jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Według ust. 3 ww. przepisu udostępnienie ogłoszenia w miejscach, o których mowa w ust. 1 i 2, nie może nastąpić przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, z wyjątkiem przypadku, gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia.

Zgodnie z art. 137 ust. 4 Pzp w przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii

Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1. Według ust. 5 ww. przepisu w przypadku, o którym mowa w ust. 4, udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia.

Powołane przepisy określają zatem kolejność udostępniania ogłoszeń, przy czym dostrzeżenia wymaga, że ustawodawca zdecydował się wprowadzić regułę przyznającą pierwszeństwo publikacji w oficjalnym publikatorze. Jako pierwsze ogłoszenie powinno zostać opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej a następnie Zamawiający może je udostępnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz w innych miejscach. Jednak dostrzeżenia wymaga, że od tej zasady został wprowadzony wyjątek odwołujący się do sytuacji, w której Zamawiający nie został powiadomiony o publikacji ogłoszenia w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia. W takim przypadku Zamawiający może jako pierwsze upublicznić ogłoszenie na stronie internetowej prowadzonego postępowania lub w innych miejscach.

Tego rodzaju argumentacja znajduje również odzwierciedlenie w dowodzie złożonym przez Zamawiającego w postaci e-maila z dnia 28 lipca 2021 r., pochodzącym z departamentu prawnego Urzędu Zamówień Publicznych w którym wskazano, że: *„Stosownie do treści art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w uzasadnionych przypadkach, przed upływem terminu składania ofert, może zmienić treść specyfikacji warunków zamówienia (dalej zwanej: „SWZ”). Zgodnie z treścią art. 137 ust. 2 Pzp, dokonana zmiana treści SWZ udostępniona powinna zostać na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Przy czym, jeżeli zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zobowiązany jest przekazać Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (por. art. 137 ust. 4 ustawy Pzp). W powyższym kontekście należy zaznaczyć, iż zamawiający przy dokonywaniu zmian w SWZ, będących realizacją uprawnienia, o którym mowa w art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, a które pociągają za sobą obowiązek zmiany ogłoszenia o zamówieniu musi uwzględniać normę wynikającą z treści art. 137 ust. 5 ustawy Pzp. W świetle tego przepisu, jeżeli zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1, z wyjątkiem przypadku, gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji*

ogłoszenia w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia. Zastrzeżenie poczynione w treści art. 137 ust. 5 ustawy Pzp, uprawnia zamawiającego do udostępnienia zmiany treści SWZ na stronie prowadzonego postępowania, pomimo braku opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Warunkiem dopuszczalności takiego działania jest jednak ustalenie, że pomimo przekazania ogłoszenia do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej, ogłoszenie to nie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym w ciągu 48 godzin, wówczas zamawiający może opublikować zmiany na stronie prowadzonego postępowania. Inaczej mówiąc, zamawiający uprawniony będzie do udostępnienia zmiany treści SWZ na stronie prowadzonego postępowania, pomimo braku opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, po upływie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej. W takiej sytuacji zamawiający nie jest zobowiązany czekać do upływu terminu publikacji wskazanego w zawiadomieniu otrzymanym z Urzędu Publikacji UE”.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, ponieważ, nie budziło żadnych wątpliwości, że zmiany ogłoszenia - zakwestionowane przez Odwołującego - zostały przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i opublikowane odpowiednio w dniach:

- opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 września 2021 r. – przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 24 września 2021 r. (sekcja VI.5 ogłoszenia);
- opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 października 2021 r. – przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 1 października 2021 r. (sekcja VI.5 ogłoszenia).

W przypadku zmiany ogłoszenia z września 2021 r. Izba wskazuje, że została ona opublikowana przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 27 września 2021 r. a zatem po upływie co najmniej 48 godzin od daty przekazania przez Zamawiającego zmienionej treści ogłoszenia. Analogicznie stwierdzić należy w odniesieniu do ogłoszenia z października 2021 r. zostało ono opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 4 października 2021 r. Bez wątplenia od momentu przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej upłynęło co najmniej 48 godzin, ponieważ ogłoszenie zostało przekazane do publikatora w dniu 1 października 2021 r.

Izba uznała za nietrafną argumentację Odwołującego, który wskazywał, że oba ogłoszenia, tj. z dnia 24 września 2021 r. jak również z dnia 1 października 2021 r. zostały przekazane przez Zamawiającego celowo w piątek, tj. w ostatnim dniu roboczym tygodnia. Izba wskazuje, że przepisy ustawy zezwalają Zamawiającemu na publikację zmiany

ogłoszenia na własnej stronie internetowej przed publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie różnicując przy tym upływającego czasu na dni tygodnia na robocze i wolne. Tym samym nie sposób uznać, że przy interpretacji ww. przepisów znaczenie ma to, czy upływ 48 godzin obejmował dni pracujące czy też dni wolne od pracy.

Z tych względów Izba uznała, że zgłoszone zarzuty naruszenia przepisów art. 88 ust. 1 oraz art. 137 ust. 4 i ust. 5 Pzp przez udostępnienie zmiany SWZ w zakresie terminu składania ofert przed publikacją zmian przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej Izba uznała za nieuzasadnione, co skutkowało ich oddaleniem.

Zarzut nr 2 – Istotność zmian dokonanych przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp w przypadku gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, zamawiający przedłuża odpowiednio termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie.

Co istotne, w zarzutach odwołania Wykonawca stwierdził, że Zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 2 Pzp przez zmianę terminu składania ofert w sposób uniemożliwiający skorzystanie przez wykonawców z wprowadzonych zmian. W uzasadnieniu podnosił, że Zamawiający dokonał zmian w zakresie opisu wymaganego urządzenia, symbolicznie tylko zmieniając termin składania ofert.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający nie dokonał zmian w zakresie opisu wymaganego urządzenia a dokonał zmian w katalogu przedmiotowych środków dowodowych rezygnując z wymogu z przedstawienia jednego z certyfikatów. Kolejna zmiana była związana z wydłużeniem terminu składania ofert. Izba dokonując analizy zasadności zgłoszonego zarzutu za trafna i przekonującą uznała argumentację Zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie, która została przytoczona wyżej. Z tych względów Izba odstępuje od jej powielania. Izba stwierdziła, że chybione jest stwierdzenie Odwołującego jakoby Zamawiający jedynie dla pozorów wydłużał termin składania ofert.

Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający względem wprowadzonych zmian w sposób adekwatny wydłużał termin składania ofert. Izba w pełni podziela zapatrywanie Zamawiającego, że Wykonawca miał wystarczająco dużo czasu na dokonanie stosowanej analizy rynku oraz prowadzenie negocjacji handlowych z odpowiednimi partnerami. W szczególności, że dokonana zmiana nie miała charakteru ingerującej w konstrukcję urządzenia

a poprzez rezygnację z dokumentu certyfikatu poszerzała katalog podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Podsumowując, Izba nie stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania przepisów art. 88 ust. 1 oraz art. 137 ust. 4 i ust. 5 Pzp, a także art. 90 ust. 2 Pzp co skutkowało oddaleniem odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2961/21 zgodnie z art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 ust. 1 i ust. 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 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) obciążyła w całości Odwołującego. Izba wskazuje, że na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis w kwocie 15 000 zł uiszczony przez Odwołującego oraz kwota 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego. Tym samym Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł, tytułem poniesionych przez NASK PIB kosztów zastępstwa prawnego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: