

sygn. akt: **KIO 1364/17**  
sygn. akt: **KIO 1365/17**

## **WYROK**

**z dnia 20 lipca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 3 lipca 2017 r. przez wykonawcę **FLEXIPOWER Group Sp. z o.o. Sp. k., ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska** (KIO 1364/17),

B. w dniu 3 lipca 2017 r. przez wykonawcę **FLEXIPOWER Group Sp. z o.o. Sp. k., ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska** (KIO 1365/17),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Ryki, ul. Karola Wojtyły 29, 08-500 Ryki,**

przy udziale wykonawcy **ANTINUS Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 39/B5, 96-100 Skierniewice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1364/17 oraz KIO 1365/17 - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołania.**

**2. Kosztami postępowania obciąża FLEXIPOWER Group Sp. z o.o. Sp. k., ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: **FLEXIPOWER Group Sp. z o.o. Sp. k., ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska,** tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od **FLEXIPOWER Group Sp. z o.o. Sp. k., ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska** na rzecz zamawiającego **Gminę Ryki, ul. Karola Wojtyły 29, 08-500 Ryki** kwotę **7 200 zł 00 groszy** (siedem tysięcy złotych zero groszy),

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego w sprawach KIO 1364/17 oraz KIO 1365/17.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

sygn. akt: **KIO 1364/17**  
sygn. akt: **KIO 1365/17**

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Ryki, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są:

- 1) Dostawa i montaż 477 zestawów instalacji solarnych na terenie gminy Ryki, która jest realizowana w ramach projektu „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w budownictwie jednorodzinym na terenie Gminy Ryki - Czysta Energia” (KIO 1364/17),
- 2) Dostawa i montaż 477 zestawów instalacji solarnych na terenie gminy Ryki, która jest realizowana w ramach projektu „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w budownictwie jednorodzinym na terenie Gminy Ryki - Przyjazni Środowisku” (KIO 1365/17).

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dnia 21 czerwca 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 19 czerwca 2017 r.

Dnia 3 lipca 2017 roku, wykonawca FlexipowerGroup sp. z o.o. sp.k. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołania (w zakresie obydwu postępowań) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący analogicznie w obu odwołaniach zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niezłączenie treści zapytań wykonawcy wraz z wyjaśnieniami w sytuacji, gdy istnieje duże prawdopodobieństwo, że udzielone w dniu 21 czerwca 2017 r. wyjaśnienia zostały udzielone z uwagi na wpłynięcie wniosku lub zapytania jednego z wykonawców,
- 2) naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie tj. poprzez zmianę treści specyfikacji samodzielnie, podczas gdy istnieje duże prawdopodobieństwo, że udzielone w dniu 21 czerwca 2017 r. wyjaśnienia zostały udzielone z uwagi na wpłynięcie wniosku lub zapytania jednego z wykonawców, co stanowiło podstawę do zastosowania trybu udzielania wyjaśnień przewidzianego w art. 38 ust. 1a w zw. z art. 38 ust. 2 ustawy Pzp,
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 i z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, polegające na nieuzasadnionym nieprzekazaniu zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy Pzp treści zapytań wykonawców, w wyniku których została dokonana zmiana

s.i.w.z., co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenia zamówienia, jak i naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

- 4) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że okoliczności zmiany s.i.w.z. wskazują na wysokie prawdopodobieństwo podjęcia niezgodnych z ustawą negocjacji z jednym z wykonawców lub producentów.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności udzielenia wyjaśnień z dnia 21 czerwca 2017 r.,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 21 czerwca 2017 r.,
- 3) zwrot kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa procesowego w kwocie 3.600 zł,
- 4) zobowiązanie zamawiającego do załączenia całej korespondencji elektronicznej z adresów ryki@ryki.pl oraz (...)@ryki.pl z dni 19, 20, 21 czerwca 2017 r. oraz dopuszczenie i przeprowadzenie z niej dowodu na okoliczności:
  - a) wpłynięcia do zamawiającego wniosku o zmianę s.i.w.z. od wykonawców,
  - b) wpłynięcia do zamawiającego zapytania wykonawców o wyjaśnienie treści s.i.w.z.,
  - c) treści dokumentów, o których mowa w pkt. IV a) i b),
  - d) naruszenia przez zamawiającego zasad jawności oraz zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, z uwagi na fakt, że pomimo posiadania treści wniosków o zmianę s.i.w.z. lub zapytań, nie zostały one przekazane na stronie internetowej <http://bip.ryki.pl>
  - e) wpływu wykonawców na dokonanie zmiany s.i.w.z. w dniu 21 czerwca 2017 r.
- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznania świadka (...) na okoliczności wskazane w pkt IV lit a) - e) petitum. Z uwagi na brak informacji co do adresu zamieszkania świadka, wnoszę o doręczenie wezwania na adres miejsca pracy: Gmina Ryki, ul. Karola Wojtyły 29, Ryki 08 - 500.
- 6) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności w nich wskazane.

Odwołujący uzasadniał, że w dniu 19 czerwca 2017 r., zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał treść zapytań dotyczących s.i.w.z., które wpłynęły w dniu 14 czerwca 2017 r. (po terminie) wraz z udzielonymi odpowiedziami.

Następnie, w dniu 21 czerwca 2017 r., działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający opublikował zmianę treści s.i.w.z., wskazując, że w zakresie zmian wprowadzonych w dniu 19 czerwca 2017 r. anuluje swoje odpowiedzi i wiążące pozostają zapisy dotyczące przedmiotu zamówienia sprzed odpowiedzi z dnia 19 czerwca 2017 r.

Zdaniem odwołującego czynność zamawiającego zmiany s.i.w.z. na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, została dokonana jest niezgodna z ustawą. W pierwszej kolejności, zauważyć należy, że art. 38 ust. 4 ustawy Pzp stanowi o fakultatywnym uprawnieniu zamawiającego do zmiany treści s.i.w.z. w uzasadnionych przypadkach, przed upływem terminu składania ofert. Interpretując przepisy art. 38 ustawy Pzp, należy zwrócić uwagę, że o ile art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, przewiduje możliwość „samoistnej” zmiany s.i.w.z. opartej na własnej refleksji zamawiającego, to o wyjaśnienie treści (a w konsekwencji możliwą zmianę) s.i.w.z. mogą zwracać się wykonawcy stosownie do dyspozycji art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Należy przy tym przyjąć, że ratio legis takiego rozwiązania wskazuje na swoisty dualizm trybu zmiany s.i.w.z. przed terminem składania ofert. Po pierwsze, jeżeli rozważenie zmiany s.i.w.z. poprzez wyjaśnienie treści specyfikacji dokonane zostaje na podstawie wniosku lub zapytania wykonawcy, to wówczas zastosowanie będą miały przepisy art. 38 ust. 1-2 p.z.p. Art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, natomiast będzie właściwym, dla sytuacji, w której w wyniku wewnętrznego rozważenia wątpliwości lub potrzeby zmiany specyfikacji oraz gdy istnieje przypadek uzasadniająca taką zmianę. W ocenie odwołującej się rozdzielenie tych dwóch trybów ma istotne znaczenie z punktu widzenia brzmienia art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącego, że „Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza na tej stronie.”. Powyższe oznacza, że zamawiający ma obowiązek ujawnić, jaki czynnik zewnętrzny (pytanie, wniosek wykonawcy) wpłynął na decyzję co do zmiany treści s.i.w.z., a obowiązek płynący z tego przepisu jest przejawem zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Zasady jawności - przez to, że zamawiający ujawnia faktyczną podstawę, na której opiera zmianę s.i.w.z. oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - przez to, że wszyscy wykonawcy biorący lub zamierzający wziąć udział w postępowaniu, mają dostęp do informacji, czy zmiana s.i.w.z. została wywołana na skutek działania wykonawcy czy też z przyczyn wewnętrznych leżących po stronie zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, w powyższym postępowaniu pytania wykonawców z dnia 14 czerwca 2017 r. wpłynęły po terminie na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści s.i.w.z. Zamawiający korzystając z uprawnienia określonego w art. 38 ust. 1a ustawy Pzp, rozpoznał ten wniosek i w dniu 19 czerwca 2017 r. (po pięciu dniach od złożenia wniosku) na skutek udzielenia wyjaśnień zmienił s.i.w.z. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z treścią przywołanego przepisu, mógł pozostawić ów wniosek bez rozpoznania. Tymczasem już dwa dni później, tj. 21 czerwca 2017 r., zamawiający zmienił s.i.w.z. na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, przywracając ją do stanu przed zmianą z dnia 19 czerwca 2017 r. W ocenie odwołującego nielogicznym jest, aby zmiana rozważana przez 5 dni, była następnie cofnięta, jedynie w następstwie wewnętrznej refleksji zamawiającego po 2 dniach. Tym samym,

zdaniem odwołującego zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że zamawiający dokonał przywrócenia brzmienia s.i.w.z. sprzed zmiany z dnia 19 czerwca 2017 r. na skutek czynnika zewnętrznego - np. wpłynięcia wniosku o wyjaśnienie treści s.i.w.z. ze strony jednego z wykonawców. Powyższa wątpliwość i wysokie prawdopodobieństwo takiego działania uzasadnia dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z korespondencji elektronicznej i zeznań świadka - osoby do kontaktu podanej przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Jeżeli w toku postępowania dowodowego, zostałyby udowodnione, że wykonawcy kontaktowali się z zamawiającym nie istniałaby podstawa do zastosowania art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ:

- złożenie wniosku o wyjaśnienie treści s.i.w.z. nie jest uzasadnionym przypadkiem, o którym mowa w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp,
- wpłynięcie wniosku (w dowolnej formie) wykonawcy, zgodnie z wykładnią systemową art. 38 ustawy Pzp, stanowi podstawę do zastosowania procedury udzielenia wyjaśnień, bądź pozostawienia wniosku bez rozpoznania w przypadku określonym w art. 38 ust. 1a ustawy Pzp. Zakładając poprawność hipotezy odwołującego, o wpłynięciu wniosku wykonawców o wyjaśnienie treści s.i.w.z., zamawiający zatem udostępniając w dniu 21 czerwca 2017 r. wyjaśnienia, w sposób niezgodny z ustawą zaniechał przekazania treści zapytań, czym naruszył dyspozycję art. 38 ust. 2 ustawy Pzp.

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie przysługują podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą sklasyfikowaną w Polskiej Klasyfikacji Działalności jako (43.22.Z) - wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatyzacyjnych oraz (43.21.Z) - wykonywanie instalacji elektrycznych. Odwołujący wskazał, że specjalizuje się w montażu instalacji solarnych, które są przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia, na terenie całej Polski. Ponadto odwołujący planuje wziąć udział w składaniu ofert w postępowaniu, w przedmiocie którego składa odwołanie. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z doktryną i orzecznictwem KIO, biorąc pod uwagę brzmienie art. 179, należy zauważyć, że chodzi tu o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienie uzasadnienia prowadzenia postępowania odwoławczego wynikającego z dążenia do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej (zob. wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2011 r., KIO 93/11, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)) (A. Bazan, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. II, Komentarze LEX 2015). Przesłanką legitymacji do

wniesienia odwołania jest także możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. Istotnym jest, że odwołujący, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu musiałaby ponieść określony wysiłek, angażując przy tym czas pracy i umiejętności swoich pracowników odpowiedzialnych za przygotowanie jej w sposób umożliwiający uznanie jej przez zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą, narażając się przy tym na możliwość poniesienia szkody wynikającej z niemożności składania ofert w innych postępowaniach tudzież podejmowania zleceń od podmiotów prywatnych.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, wykonawca ANTINUS Sp. z o.o., złożył pismo procesowe, w którym podzielił stanowisko zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.**

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje, w odniesieniu do obydwu wniesionych odwołań.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu przedmiotowych zamówień, kwalifikowanych możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Wskazać bowiem należy, że aby wypełniła się przesłanka z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca wnoszący odwołanie musi wykazać się związkiem przyczynowo-skutkowym, w wyniku którego nastąpiło by naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, kwalifikowane możliwością nie uzyskania danego zamówienia lub możliwością poniesienia przez takiego wykonawcę szkody.

Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołania i stawiając określone zarzuty zamawiającemu nie wykazał, iż ich ewentualne naruszenie spowoduje skutek, który

uniemożliwi mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący albowiem kwestionuje tylko i wyłącznie czynności techniczne zamawiającego, które nie wpływają na możliwość uczestniczenia w tych postępowaniach i złożenie prawidłowych ofert.

Odnosnie szkody, na którą powołuje się odwołujący, to wskazać należy, że okoliczność, iż cyt. „(...) *musiałaby ponieść określony wysiłek, angażując przy tym czas pracy i umiejętności swoich pracowników odpowiedzialnych za przygotowanie jej w sposób umożliwiający uznanie jej przez zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą (...) możliwość poniesienia szkody wynikającej z niemożności składania ofert w innych postępowaniach tudzież podejmowania zleceń od podmiotów prywatnych*” nie stanowi okoliczności subiektywnie przypisanych jedynie wykonawcy odwołującemu. Zakres czynności, o których pisze odwołujący, stanowi bowiem zakres zwykłych czynności, który musi ponieść każdy wykonawca, który zamierza ubiegać się o udzielenie mu zamówienia publicznego. Każdy wykonawca musi kalkulować, w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, czy jest w stanie i na siłach podołać danemu zamówieniu oraz czy skład osobowy przedsiębiorstwa, w tym wykwalifikowana kadra daje pewność przygotowania rzetelnej oferty, odpowiadającej wymaganiom zamawiającego. Powoływanie się na okoliczność, iż udział w przedmiotowym postępowaniu ograniczy możliwość wykonywania zleceń dla innych przedsiębiorstw czy też w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, nie stanowi zatem okoliczności sankcjonującej uznanie, że wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę.

Nie bez znaczenia jest również okoliczność, iż interes rozumiany zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, pozostaje w ścisłym związku z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro zatem, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca ma posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, to tylko stwierdzenie, że ewentualne stwierdzenie naruszenia przepisów, które ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, kwalifikuje przyznanie interesu wykonawcy we wniesieniu odwołania. W ocenie Izby odwołujący, w przedmiotowej sprawie, wniesionymi odwołaniami nie zmieni wyniku postępowania, albowiem wynikiem postępowania jest wybór oferty najkorzystniejszej. Izba ma świadomość, że wykonawcy przysługuje odwołanie na etapie ogłoszenia o zamówieniu i publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w zakresie wyjaśnień do niej, czy jej modyfikacji, lecz czynności zamawiającego muszą w sposób istotny naruszać przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych, uniemożliwiając wykonawcom udział w postępowaniu czy złożenie oferty. W okolicznościach przedmiotowej sprawy odwołujący na rozprawie oświadczył, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarówno ta przed modyfikacją z dnia 19 czerwca 2017 roku, jak i po modyfikacji z tej daty, nie uniemożliwia mu złożenie ofert, a jedynie jedna ze wskazanych opcji (przed lub



po modyfikacji) ułatwi mu pozyskanie przedmiotowego zamówienia. Tym samym czynność zamawiającego nie ma istotnego znaczenia w rozumieniu możliwości uzyskania przedmiotowych zamówień.

Z uwagi na okoliczność, iż stwierdzenie braku interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi merytoryczną przesłankę rozpoznania odwołania, Izba nie ma podstaw do merytorycznego odniesienia się do zarzutów odwołania. Nie mniej Izba w bardzo ograniczonym zakresie postanowiła odnieść się do zarzutów odwołania, stwierdzając, iż są one całkowicie bezzasadne.

Zdaniem Izby, odwołujący w sposób nieuzasadniony kwestionuje czynności zamawiającego, albowiem okoliczności, które podnosił odwołujący, nie mogły i nie naruszały żadnego ze wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych. Stwierdzić bowiem należy, że uprawnienie nadane zamawiającemu, przepisem art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, pozwala zamawiającemu, w terminie do składania ofert, w każdej chwili podjąć decyzję o zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Bez znaczenia jest tutaj okoliczność, czy zmiana dokonana przez zamawiającego, wywołana została samoistnie w wyniku refleksji zamawiającego, czy w wyniku działania czynników zewnętrznych. W przedmiotowych sprawach, po terminie na składanie zapytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający podjął decyzję, iż wątpliwości wykonawców mogą mieć znaczenie dla konkurencyjności postępowania. W obydwu przypadkach, zamawiający mógł pozostawić pytania wykonawców bez odpowiedzi, pozostawiając treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w jej pierwotnym brzmieniu. Jednakże zamawiający w jednym z przypadków podjął się i odpowiedział na pytania wykonawców w trybie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, w drugim zaś przypadku (gdy wątpliwości wykonawcy wpłynęły po terminie na zadawanie pytań – art. 38 ust. 1a ustawy Pzp), podjął decyzję o pozostawieniu tych wątpliwości bez odpowiedzi. Jednakże w celu zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zdecydował się na samodzielną zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzuty, które stawia odwołujący, w ocenie Izby, dotyczą jedynie czynności technicznych, które nie mają żadnego wpływu na wynik postępowania, a w szczególności nie mają wpływu na sytuację podmiotową odwołującego. Fakt, iż do zamawiającego wpłynęło pismo od innego wykonawcy z wnioskiem o reasumpcję swojego stanowiska w zakresie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 19 czerwca 2017 roku, nie może powodować uznania, że zamawiający miał obowiązek upubliczniać (czego domagał się odwołujący, choć na rozprawie przedstawił dowód na powyższą okoliczność, jednocześnie twierdząc w odwołaniu, że taką sytuację jedynie domniemywa) takie pismo, albowiem po pierwsze nie stanowiło ono zapytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po drugie wpłynęło po terminie na zadawanie pytań.

Izba nie stwierdziła, a odwołujący nie udowodnił (w odwołaniu posługując się sformułowaniem „wysokie prawdopodobieństwo”), że zamawiający prowadził z jednym z wykonawców niezgodne z ustawą negocjacje. Sam zarzut bez udowodnienia podlega zatem oddaleniu.

Reasumując, Izba stwierdziła, że odwołujący przywołuje jedynie bliżej nieskonkretyzowane wątpliwości, stawiając hipotezy o rzekomym wysokim prawdopodobieństwie wystąpienia określonych okoliczności, które nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Zamawiający, na każdym etapie postępowania uprawniony jest do unieważnienia z własnej inicjatywy czynności podjętej w postępowaniu, jeżeli dopatrzy się w swoim działaniu nieprawidłowości.

Izba dopuściła dowody składające się na dokumentację postępowania, w szczególności przeprowadziła dowód z korespondencji zamawiającego, potwierdzonej dowodami złożonymi przez odwołującego. Izba oddaliła wniosek dowodowy z przesłuchania świadka stwierdzając, na podstawie przepisu art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, że dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika w obydwu sprawach, w każdej po 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....