

Sygn. akt: KIO 3088/21

WYROK
z dnia 17 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 listopada 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 października 2021 roku** przez wykonawcę **Airly Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Naukową i Akademicką Sieć Komputerową — Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie**

przy udziale wykonawców:

- 1) ETTINGER WORLD GROUP SRL, z siedzibą w Bukareszcie, Węgry;**
- 2) K. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KCH Electronics K. C. z siedzibą w Krakowie; zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;**
- 3) TETABIT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 1 z powodu wycofania zarzutu przez Odwołującego;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Airly Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i:**

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – Airly Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania

3.2. zasądza od **Odwołującego - Airly Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** na rzecz – **Zamawiającego Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej — Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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

Zamawiający: Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa — Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa i instalacja zestawów do pomiaru zanieczyszczenia powietrza”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w TED: 2021/S162-426379).

Dnia 18 października 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1, 514 ust. 1, 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Ustawą” lub „PZP”) odwołanie w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca Airly Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego, polegającej na sporządzeniu modyfikacji dokumentacji postępowania: w zakresie terminu składania ofert przed publikacją zmiany w Dzienniku Urzędowym UE oraz w zakresie umowy w sposób naruszający zasadę równości stron, przepisy prawa cywilnego oraz zaniechanie zmiany terminu składania ofert w związku z dokonaną istotną zmianą umowy.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 88 ust. 1 oraz art. 137 ust. 4 i ust. 5 PZP poprzez udostępnienie zmiany SWZ w zakresie terminu składania ofert przed publikacją zmian przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej,

2. art. 491 oraz 492 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez zawarcie w umowie jednostronnego uprawnienia do odstąpienia od umowy bez wyznaczenia dodatkowego terminu oraz w sytuacji, gdy moment zawarcia umowy jest zależny od Zamawiającego,

3. art. 90 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie zmiany terminu składania ofert w sposób umożliwiający dostosowanie przez Wykonawców ofert do wprowadzonych zmian.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP.

Odwołujący wskazał, że jest podmiotem zainteresowanym pozyskaniem zamówienia będącego przedmiotem postępowania i był gotowy złożyć ofertę (w wcześniej wyznaczonych terminach, tj.:

- 27 września 2021 r. - przesłał Zamawiającemu urządzenie stanowiące próbkę,
- 6 października 2021 r. - dokonał wpłaty wadium, co potwierdza, że posiada

interes prawny w złożeniu odwołania, albowiem zaskarżone czynności Zamawiającego

doprowadziły do wykluczenia uczciwej konkurencji. Wprowadzona istotna zmiana umowy nie pociągnęła za sobą zmiany terminu składania ofert umożliwiającej dokonanie analizy jej wpływu na ofertę Odwołującego i odpowiednią jej modyfikację, zaś zmiany terminów składania ofert z pominięciem obowiązkowego ogłaszania ich w TED uniemożliwiają Odwołującemu współpracę z podmiotami zagranicznymi, dla których jest to referencyjne źródło informacji. Gdyby Zamawiający zastosował się do reguł PZP, Odwołujący mógłby złożyć ofertę i pozyskać zamówienie.

Odwołujący powziął wiadomość o czynności Zamawiającego z treści pisma Zamawiającego opublikowanego w dniu 8 października 2021 r., zatem odwołanie zostało złożone z zachowaniem ustawowego terminu. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Ad. 1. Naruszenia art. 88 ust. 1 oraz 137 ust. 4 i ust. 5 PZP

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 2021r. 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.

Zamawiający w dniu 7 października 2021 r. ogłosił na swojej stronie internetowej zmianę treści SWZ i zmianę terminu składania ofert - z dnia 7 października 2021 r. na dzień 12 października 2021 r. Ogłoszenie o zmianie treści SWZ i zmianie terminu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 października 2021 r.- tj. po ogłoszeniu tej zmiany przez Zamawiającego na swojej stronie internetowej.

Okoliczności te jednoznacznie zdaniem Odwołującego wskazują, że doszło do naruszenia 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 - Naruszenie art. 491 oraz 492 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP

Zamawiający w dniu 8 października 2021 r. dokonał zasadniczej zmiany zapisów umownych, wprowadzając określony datą sztywną (tj. 21 grudnia 2021 r.) termin realizacji, dostawy oraz prezentacji urządzeń oraz dodatkowo przyznając sobie prawo do odstąpienia od umowy w przypadku jego naruszenia, bez wyznaczania terminu dodatkowego.

Zmiana ta ma charakter zasadniczy, biorąc pod uwagę, że postępowanie toczy się od sierpnia 2021 r. i termin był wyznaczony jako „do 15 dni roboczych od daty podpisania Umowy”, zaś dokonana zmiana - zasadniczo zmieniająca kluczowy element umowy dokonywana jest na 4 dni przed datą składania ofert. Takiego zachowania Zamawiającego nie sposób pogodzić z fundamentalnymi zasadami zamówień publicznych, jak zasada przejrzystości czy zasada uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że zmiana taka jest zmianą bardzo istotną dla składającego ofertę. W sytuacji określenia terminu poprzez relacjonowanie go do daty podpisania umowy (tj. x dni/miesiące od daty podpisania umowy) wykonawca jest w stanie realizować przyjęty przez siebie harmonogram i może ponosić pełną odpowiedzialność za jego realizację. Określenie terminu realizacji jako daty sztywnej w pełni uzależnia wykonawcę od działań Zamawiającego, wykonawca nie jest w stanie przewidzieć w jakim tempie Zamawiający będzie prowadził postępowanie. Odwołujący zwrócił uwagę, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i nawet po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej oferent, który taką ofertę złożył nie ma roszczenia o zawarcie umowy.

W postępowaniu Zamawiający określił termin związania ofertą do dnia 10.01.2022 r. (zmiana ogłoszenia z 8 października 2021 r.) - tj. poza okres wskazany jako data sztywna, powodująca uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy. Zestawienie tych dat wskazuje, że może dojść do sytuacji, w której Zamawiający tak będzie prowadził procedurę przetargową, że wezwie wybranego wykonawcę do podpisania umowy w takim terminie, że świadczenie będzie niemożliwe do realizacji - wezwany wykonawca będzie miał w istocie wybór pomiędzy odmową podpisania umowy (i utratą wadium) a podpisaniem umowy i narażeniem się na odstąpienie od niej z pełnymi tego konsekwencjami (naliczeniem kar umownych, wykluczeniem z postępowań publicznych w przyszłości).

Opisana powyżej sytuacja nie jest sytuacją czysto hipotetyczną - do analogicznej bowiem sytuacji doszło w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w 2020 r. w analogicznym przedmiocie, które było prowadzone przez Zamawiającego w taki sposób, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany w terminie uniemożliwiającym zawarcie ważnej umowy i finalnie doszło do unieważnienia postępowania z winy Zamawiającego.

Ad. 3 - Naruszenie art. 90 ust. 2 PZP

Zmiana umowy była zmianą o zasadniczym znaczeniu dla Odwołującego, który zamierzał złożyć ofertę w postępowaniu. Okoliczność zamiaru złożenia oferty przez Odwołującego potwierdzają fakty:

- przesłanie w dniu 27 września 2021 r. na adres Zamawiającego urzędnika jako próbki (odbyło się to w takim terminie, aby próbka dotarła przed terminem składania ofert, który ówczasie wyznaczony był na 28 września 2021 r.),
- wpłaty wadium w dniu 6 października 2021 r. - celem zabezpieczenia oferty,
- udziału (Odwołujący był liderem konsorcjum, które złożyło jedyną ofertę) w poprzednio prowadzonym postępowaniu.

Wyłącznie dokonana zmiana warunków umownych uniemożliwiła Odwołującemu złożenie oferty. Zamawiający wraz ze zmianą warunków umowy nie wprowadził odpowiedniej zmiany terminu składania ofert, która to zmiana pozwoliłaby Odwołującemu na dogłębną analizę sytuacji i podjęcie odpowiednich działań. Powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego wskazują, że celem Zamawiającego jest doprowadzenie do takiej sytuacji, w której nabędzie on uprawnienie do udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Pobieżna analiza dokumentów ujawnionych po otwarciu ofert w postępowaniu wskazuje, że Zamawiający jest bliski osiągnięcia tego celu - oferta firmy Syngeos nie zawiera wymaganych dokumentów, zaś oferta firmy Tetabit jest niezgodna z SWZ, choćby poprzez fakt braku określenia oferowanego typu monitora.

Tym samym w ocenie Odwołującego odwołanie jest zasadne a jego uwzględnienie konieczne dla zapewnienia zgodnego z zasadami PZP postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem zainteresowanym udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia. Postanowienia SWZ zostały ukształtowane przez Zamawiającego w sposób utrudniający Odwołującemu udział i złożenie ważnej oferty. Takie ukształtowanie postanowień SWZ oraz wzoru umowy w sposób, który

narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z ustawy Pzp, może również skutkować poniesieniem szkody przez Odwołującego.

Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego złożyli wykonawcy:

- po stronie Odwołującego:

- 1) ETTINGER WORLD GROUP SRL Bukareszt, Węgry
- 2) KCH Electronics K. C. z siedzibą w Krakowie

- po stronie Zamawiającego:

- 1) TETABIT Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba potwierdziła skuteczność złożonych przystąpień.

Na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że:

Odwołujący w dniu 27 września 2021 roku, w związku z przesunięciem przez Zamawiającego terminu składania ofert, złożył wniosek o odesłanie próbki urządzenia Airly w nienaruszonym stanie. W wyniku zmiany terminu Odwołujący prosił o zwrot urządzenia w dniu 28 września 2021 roku.

W dniu 12 października 2021 roku Odwołujący złożył wniosek z prośbą o zwrot wpłaconego wadium w dniu 6 października 2021 roku w kwocie 10.000,00 zł na wskazany przez Wykonawcę rachunek bankowy.

Zamawiający dokonał zmiany nr 14 SWZ oraz wzoru umowy o następującej treści:

- 1) Wzór umowy § 3 ust. 1 Terminy wykonania Umowy:

Było:

1. Przedmiot Umowy zostanie wykonany: w zakresie dostarczenia Urządzeń do Miejsca dostawy oraz prezentacji urządzeń – w nieprzekraczalnym terminie - do 15 dni roboczych od daty podpisania Umowy, przy czym Wykonawca wskaże Zamawiającemu Miejsce dostawy na 3 dni robocze przed planowanym terminem odbioru Urządzeń w Miejscu dostawy. Następnie Wykonawca nie później niż 5 dni roboczych liczonych od dnia roboczego następującego po dniu podpisania przez Zamawiającego Protokołu odbioru Urządzeń bez uwag, rozpocznie proces wykonania Instalacji (przez co rozumie się rozpoczęcie Instalacji w powyższym terminie w co najmniej jednym Miejscu wykonania Instalacji) – oraz zakończy proces Instalacji we wszystkich Miejscach wykonania Instalacji nie później niż 65 dni roboczych liczonych od dnia roboczego, następującego po dniu zawarcia (podpisania) Umowy. W przypadku gdy Zamawiający podpisze Protokół odbioru Urządzeń z uwagami, ze względu na fakt, iż Wykonawca dostarczył tylko część Urządzeń, Strony uzgodnią możliwość rozpoczęcia przez Wykonawcę Instalacji z wykorzystaniem

prawidłowo dostarczonych Urządzeń (co nie wpływa na obowiązek Wykonawcy w dostarczeniu pozostałych Urządzeń zgodnie z Umową). W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji określonego w §2 ust. 2 Wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia Urządzeń do Miejsca dostawy w terminie 15 dni roboczych od dnia otrzymania zamówienia prawa opcji oraz do zakończenia Instalacji w ramach zamówienia prawa opcji w terminie 40 dni roboczych od dnia podpisania bez uwag Protokołu odbioru Urządzeń z prawa opcji.

Po zmianie jest:

1. Przedmiot Umowy zostanie wykonany: w zakresie dostarczenia Urządzeń do Miejsca dostawy oraz prezentacji urządzeń – w nieprzekraczalnym terminie - do dnia 21 grudnia 2021 r., przy czym Wykonawca wskaże Zamawiającemu Miejsce dostawy na 3 dni robocze przed planowanym terminem odbioru Urządzeń w Miejscu dostawy. Następnie Wykonawca nie później niż 5 dni roboczych liczonych od dnia roboczego następującego po dniu podpisania przez Zamawiającego Protokołu odbioru Urządzeń bez uwag, rozpocznie proces wykonania Instalacji (przez co rozumie się rozpoczęcie Instalacji w powyższym terminie w co najmniej jednym Miejscu wykonania Instalacji) – oraz zakończy proces Instalacji we wszystkich Miejscach wykonania Instalacji nie później niż 65 dni roboczych liczonych od dnia roboczego, następującego po dniu zawarcia (podpisania) Umowy. W przypadku gdy Zamawiający podpisze Protokół odbioru Urządzeń z uwagami, ze względu na fakt, iż Wykonawca dostarczył tylko część Urządzeń, Strony uzgodnią możliwość rozpoczęcia przez Wykonawcę Instalacji z wykorzystaniem prawidłowo dostarczonych Urządzeń (co nie wpływa na obowiązek Wykonawcy w dostarczeniu pozostałych Urządzeń zgodnie z Umową w nieprzekraczalnym terminie do dnia 21 grudnia 2021 r.). W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji określonego w §2 ust. 2 Wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia Urządzeń do Miejsca dostawy w terminie 15 dni roboczych od dnia otrzymania zamówienia prawa opcji oraz do zakończenia Instalacji w ramach zamówienia prawa opcji w terminie 40 dni roboczych od dnia podpisania bez uwag Protokołu odbioru Urządzeń z prawa opcji.

2) SWZ III ust. 5 pkt 1) Przedmiot zamówienia. Termin wykonania:

Było:

5. Termin wykonania zamówienia wynosi:

1) w zakresie dostarczenia Urządzeń do Miejsca dostawy oraz prezentacji urządzeń – w nieprzekraczalnym terminie - do 15 dni roboczych od daty podpisania Umowy, przy czym Wykonawca wskaże Zamawiającemu Miejsce dostawy na 3 dni robocze przed planowanym terminem odbioru Urządzeń w Miejscu dostawy.

Po zmianie jest:

5. Termin wykonania zamówienia wynosi:

1) w zakresie dostarczenia Urządzeń do Miejsca dostawy oraz prezentacji urządzeń – w nieprzekraczalnym terminie - do 21 grudnia 2021 r., przy czym Wykonawca wskaże Zamawiającemu Miejsce dostawy na 3 dni robocze przed planowanym terminem odbioru Urządzeń w Miejscu dostawy.

Na posiedzeniu przed Izbą Odwołujący cofnął zarzut nr 1, wobec czego Izba w przedmiotowym zakresie umorzyła postępowanie odwoławcze, co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 sentencji niniejszej orzeczenia.

W pozostałym zakresie w ocenie składu orzekającego Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 491 kodeksu cywilnego [Skutki zwłoki]

§ 1.

Jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również bądź bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki.

§ 2.

Jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia. Strona ta może także odstąpić od umowy w całości, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce.

Z art. 492 [Odstąpienie od umowy]kodeksu cywilnego wynika, że jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego. To samo dotyczy wypadku, gdy wykonanie zobowiązania przez jedną ze stron po terminie nie miałoby dla drugiej strony znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce.

W ocenie Izby Odwołujący zarzuty naruszenia art. 491 kc i 492 kc wiązał z dokonaną przez Zamawiającego zmianą SWZ w postaci wprowadzenia daty sztywnej realizacji przedmiotu zamówienia, określonej na 21 grudnia 2021 roku.

Izba nie podziela twierdzeń i argumentacji Odwołującego przedstawionej na rozprawie, że odwołanie obejmuje w tym zakresie także zmianę SWZ – wzoru umowy – wprowadzoną w § 13 ust. 1 pkt 1. Odwołanie w żadnej części nie odnosi się do tego postanowienia wzoru umowy, nie jest ono przywołane ani w petitum, ani w argumentacji uzasadniającej zarzuty. Tym samym wszystkie twierdzenia i argumentacja Odwołującego przedstawione na rozprawie podlegają pominięciu na podstawie art. 555 ustawy Pzp, bowiem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Samo powołanie przepisów ustawy, które miałyby naruszyć zamawiający, nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Zarzut musi być w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zarówno zamawiającemu, jak i potencjalnym uczestnikom postępowania oraz Izbie, odniesienie się do kwestionowanych przez Odwołującego czynności lub zaniechań. Zarzut tworzy zatem podanie konkretnych okoliczności faktycznych oraz podstawa prawna. O ile wskazanie zarzucanych przepisów nie jest bez znaczenia, o tyle dla klarowności zarzutu istotne są przede wszystkim okoliczności faktyczne, sprecyzowanie na czym polega naruszenie przepisów przez zamawiającego. Jak już podkreślono Odwołujący wskazał w odwołaniu na konkretne działania Zamawiającego odnoszące się do zmiany terminu wykonania przedmiotu zamówienia, nie odnosząc się do innych elementów zmienionych w tej samej dacie, w tym innych postanowień wzoru umowy.

Ustosunkowując się do zagadnienia objętego zarzutem odwołania, czy Zamawiający uprawniony był do wprowadzenia zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia przez określenie go konkretną datą dzienną, to dostrzeżenia wymaga, że możliwość taka dopuszczona jest treścią art. 436 pkt 1 ustawy Pzp. Istnieje możliwość określenia planowanego terminu zakończenia zamówienia w określonej dacie, jeżeli wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Z *Komentarza UZP* wynika, że za taką uzasadnioną obiektywnie przyczynę może być uznany ograniczony okres finansowania. Zamawiający podkreślił, że projekt będący przedmiotem zamówienia uzyskał dotację celową w budżecie, która musi zostać wykorzystana w tym roku budżetowym, podał numer umowy. Odwołujący tym faktom nie zaprzeczał. Za stanowiskiem doktryny powtórzyć należy, iż jest to usprawiedliwiona przyczyna określenia daty zakończenia zadania jako data dzienna. Przy czym podkreślenia także

wymaga, że wprowadzona zmiana odnosi się jedynie do dostawy urządzeń, natomiast na ich konfigurację i montaż Zamawiający przewidział dłuższe terminy. Ponadto ustalone zasady zapłaty we wzorze umowy są bardzo korzystne dla Wykonawcy, bowiem ten otrzyma od Zamawiającego wynagrodzenie w całości już po dokonaniu dostawy, przed wykonaniem pozostałych obowiązków umownych. Nie można więc podzielić stanowiska Odwołującego, że ustalone reguły wykonania przedmiotu zamówienia są niewspółmierne do potrzeb Zamawiającego, preferencyjne dla niektórych wykonawców. W żaden sposób Odwołujący nie wykazał, że naruszone zostały zasada przejrzystości oraz zasada uczciwej konkurencji, skoro reguły wykonania przedmiotu zamówienia i termin składania ofert były takie same dla wszystkich wykonawców.

Odwołujący na rozprawie wielokrotnie przywoływał argument dotyczący nadmiernego ryzyka gospodarczego. Wydaje się, że właśnie to było powodem ostatecznego niezłożenia oferty przez Wykonawcę, a nie zmiana SWZ. Zmiana ta była taka sama dla wszystkich wykonawców zainteresowanych postępowaniem, od Wykonawcy zależało, czy takie ryzyko podejmie i w jaki sposób je wyceni. Ryzyko to w ocenie składu orzekającego Izby podlegało wymiernemu ujęciu w cenie ofertowej i możliwe było do oszacowania. Potwierdza to stanowisko Przystępującego po stronie Zamawiającego. Wykonawca ten podkreślił na rozprawie, że terminy wykonania przedmiotu zamówienia są napięte, jednak możliwe do dotrzymania i z pełną świadomością ustalonych wymogów podmiot ten zdecydował się złożyć ofertę. Jeżeli Odwołujący na taki krok się nie zdecydował, to podstawą były, w ocenie Izby, uwarunkowania zależne od samego Odwołującego, a nie zmiany SWZ dokonane przez Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał, by przy odpowiednim zaangażowaniu kadrowym i finansowym nie było możliwe dotrzymanie wyznaczonego terminu. W postępowaniu oferty złożyło dwóch Wykonawców, nie są zatem prawdziwe tezy odwołania, że złożenie oferty było niemożliwe.

Warto także podkreślić, że postępowanie zostało wszczęte już we wrześniu 2021 roku i skoro dany Wykonawca był zainteresowany przedmiotem zamówienia, to winien był zadbać, by jego realizacja była możliwa, choćby przez wcześniejsze zarezerwowanie koniecznych komponentów dostawy u swoich dostawców. W ocenie Izby wprowadzenie zmian w SWZ niczego w tym zakresie nie zmieniało. Zakładać również należało, że z różnych przyczyn może dojść do wydłużenia terminu na składanie ofert, a tym samym do skrócenia okresu realizacji zobowiązania umownego. Odwołujący nie przedstawił dowodów na okoliczność, że dostawa urządzeń możliwa była tylko w pierwotnie wyznaczonym terminie realizacji, nie potwierdza tego złożona korespondencja z własnym dostawcą komponentów. Jest to także widoczne z uwagi na fakt, że Odwołujący był podmiotem, który uczestniczył w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Znane mu były wymogi przedmiotu zamówienia, nie uległy one

zasadniczym zmianom, a zostały jedynie dostosowane do konieczności wykonania budżetu przez Zamawiającego w danym roku budżetowym. W ocenie Izby dostrzeżenia także wymaga, iż między 15 dniowym terminem realizacji a terminem do 21 grudnia 2021 roku nie ma tak znaczącej różnicy, by stwierdzić, że zmiana SWZ uniemożliwiła Odwołującemu złożenie oferty, nawet jeżeli weźmie się pod uwagę przesunięcia terminu składania ofert i możliwość korzystania przez Wykonawców ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący w zasadzie nie uzasadnił na czym polegać miałyby naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią przepisu, w przypadku gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu są istotne dla sporządzenia oferty, zamawiający przedłuża termin składania ofert, o czas nie-zbędny na ich przygotowanie. Z pewnością zmiana terminu wykonania przedmiotu zamówienia nie wpływała w żaden sposób na treść samej oferty, nie wiązała się z koniecznością dostosowania wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia próbki do nowych wymagań. Odwołujący złożył wadium i próbkę w pierwotnie wyznaczonym terminie składania ofert i tylko jego wewnętrzną decyzją było żądanie zwrotu próbki i wpłaconego wadium oraz niezłożenie oferty. Jak już podkreślono w niniejszym odwołaniu, sama zaś analiza zmiany terminu wykonania przedmiotu zamówienia nie wymagała przedłużenia terminu składania ofert i nie wpływała na treść oferty.

Reasumując Izba wyraża przekonanie, że zasady wyrażone w ustawie Pzp nie mogą być interpretowane w taki sposób, że wymagają dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom. Obowiązek przestrzegania reguł opisu przedmiotu zamówienia i zobowiązań umownych nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby, aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne, istotne na polu działania danego zamawiającego.

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko

wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy opisie przedmiotu zamówienia, czy kształtowaniu zapisów przyszłego zobowiązania umownego, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki kontraktowe, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem zamawiającego uwzględnianie polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku, czy też możliwości pozyskania partnerów biznesowych do wspólnej realizacji danego zamówienia ale uwzględnienie wymagań gwarantujących sprawne wykonanie danego zamówienia, na miarę potrzeb i możliwości zamawiającego.

Nie można również zapominać, że obowiązkiem zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należyłą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia.

Omawiając zasadę proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Od Odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez Zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji. Takiej argumentacji i dowodów Izbie w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie przedstawiono.

Zdaniem Izby podniesione w uzasadnieniu odwołania zarzuty i argumentacja przedstawiona na rozprawie przez Odwołującego nie nawiązywały do treści przepisów kodeksu cywilnego wskazanych w odwołaniu. Izba dostrzega wewnętrzną sprzeczność sformułowanych zarzutów i ich uzasadnienia, te dwa elementy zdają się być ze sobą niepowiązane, co zadecydowało również o ich nieuwzględnieniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze

zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....