

WYROK
z dnia 27 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2015 r. przez wykonawcę – **WASKO S.A.**, ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie**, ul. Popiełuszki 4/6, 42-217 Częstochowa,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: DUORS Sp. z o.o., SAFE Sp. z o.o.**, ul. Podwale Grodzkie 5, 80-895 Gdańsk, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności unieważnienia postępowania, w związku zaistnieniem sytuacji przewidzianej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie**, ul. Popiełuszki 4/6, 42-217 Częstochowa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę – **WASKO S.A.**, ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Miejskiego Zarządu Dróg i Transportu w Częstochowie**, ul. Popiełuszki 4/6, 42-217 Częstochowa na rzecz wykonawcy – **WASKO S.A.**, ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, obejmującą wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Częstochowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

MIEJSKI ZARZĄD DRÓG I TRANSPORTU w CZĘSTOCHOWIE Ul. Popiełuszki 4/6,42-217 Częstochowa, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na „*Instalację systemu wykrywania pojazdów przejeżdżających przez skrzyżowanie na czerwonym świetle sygnalizacji na terenie miasta Częstochowy oraz zapewnienie usług związanych z obsługą systemu.*” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 009-011200.

Na etapie składania przedmiotowego odwołania, postępowanie było na etapie składania ofert. Zamawiający dokonywał zmian treści SIWZ. Ostatnia zmiana postanowień SIWZ została dokonana w dniu 11 marca 2015r. To od tej zmiany treści SIWZ zostało w dniu 12 marca 2015 roku, wniesione odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący - Wasko S.A., ul. Berbeckiego 6,44-100 Gliwice we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie przepisu art 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do dokumentacji postępowania wymagań utrudniających konkurencję, nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego;
2. Naruszenie przepisu art 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do dokumentacji postępowania wymagań niejednoznacznych, niedokładnych i niedostatecznie zrozumiałych;
3. Naruszenie przepisu art 38 ust 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przesunięcia terminu składania ofert, pomimo faktu, że wprowadzone przez Zamawiającego zmiany w dokumentacji postępowania wymagają dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofercie Odwołującego;
4. Naruszenie innych przepisów wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania; a w związku z powyższymi naruszeniami naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu

1. Dokonania modyfikacji dokumentacji postępowania poprzez usunięcie z przedmiotowej dokumentacji kwestionowanych przez Odwołującego postanowień, względnie o ich modyfikację i doprecyzowanie;
2. Przesunięcia terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofercie Odwołującego;

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań Odwołujący podał, że uważa dokonaną zmianę SIWZ za istotną, w pierwszej kolejności kwestionując jej dopuszczalność

w świetle treści przepisu art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, a w drugiej kolejności zarzuca, że Zamawiający dokonując istotnej zmiany SIWZ nie przedłużył czasu na składanie ofert o czas niezbędny Odwołującemu do przygotowania oferty, do czego jest zobowiązany.

W zakresie kwestionowania prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia wskazał iż kwestionowane przez Odwołującego postanowienia znajdują się w dokumencie Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1 do SIWZ, który określa zakres przedmiotu zamówienia w prowadzonym postępowaniu. Częścią przedmiotu zamówienia, przewidzianą do realizacji przez wykonawcę w Etapie I wg wymagań pierwotnych było *zgodnie z pkt 7” Przygotowanie i wyposażenie Biura nadzoru nad ruchem drogowym (dalej: Biuro) w którym zatrudnieni przez Wykonawcę pracownicy (na dowolnej podstawie prawnej, np. umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej) wraz z pracownikami służb Zamawiającego będą prowadzić analizę danych pochodzących z zainstalowanych przez Wykonawcę w ramach realizacji Etapu I, urzędzeń oraz z innych urzędzeń będących we władaniu Zamawiającego, jeżeli zostaną włączone do systemu.*

Natomiast zgodnie z pkt 8 postanowiono, że „Wykonawca zorganizuje Biuro w mieście Częstochowa, które zapewni możliwość wykonywania pracy przez co najmniej 4 osoby (pracowników biurowych) jednocześnie (na jednej zmianie), w tym 3 pracowników Wykonawcy i 1 pracownika służb Zamawiającego. Biuro musi zapewniać warunki pracy zgodnie z przepisami regulującymi bezpieczeństwo i higienę pracy”.

Wymaganie to było zmieniane i po pierwszej zmianie SIWZ (z dnia 18.02.2015r.] otrzymało ono w pkt 2a brzmienie iż przedmiotowe **„Biuro zostanie zlokalizowane w miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego”**, a w pkt „d” podano, że w tym zakresie **„Pomiędzy Zamawiającym z Wykonawcą zostanie podpisana umowa dzierżawy pomieszczeń przygotowanych pod Biuro”**. Koszty utrzymania tego biura w trakcie trwania umowy o realizację zamówienia będzie ponosił Wykonawca.

Po tej pierwszej modyfikacji wymagań, Zamawiający przewidywał, że Biuro zostanie zlokalizowane u Zamawiającego, a wyłoniony wykonawca zawrze z Zamawiającym umowę dzierżawy pomieszczeń biurowych niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia. Po tej modyfikacji Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udzielenie dodatkowych informacji o warunkach na jakich miałyby się odbywać udostępnianie pomieszczenia. Odwołujący w dniu 27.02.2015r. złożył Zamawiającemu pismo zawierające prośbę umożliwienie zapoznania się z wzorem umowy, jaką ma zawrzeć z Zamawiającym na dzierżawę wskazanego lokalu, uzyskania informacji o kosztach związanych z dzierżawą i umożliwienie przeprowadzenia wizji lokalnej, aby ocenić stan techniczny lokalu. Działania te, w ocenie Odwołującego były niezbędne, aby oszacować jakie koszty musi ponieść wykonawca, aby móc z tego lokalu korzystać zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający do dnia 09.03.2015r. roku nie udzielił odpowiedzi pisemnej ani telefonicznej. W

związku z milczeniem Zamawiającego, w dniu 10.03.2015r. pracownik Odwołującego udał się do Zamawiającego, aby osobiście dokonać oceny stanu technicznego lokalu (mając ze sobą stosowny pisemny wniosek w tej sprawie). Zamawiający nie udostępnił lokalu, przyjął jedynie wniosek w tej sprawie od pracownika Zamawiającego oraz udzielił ustnej informacji, że odpowiedź na wniosek zostanie udzielona w dniu następnym.

W dniu 11.03.2015r., w godzinach popołudniowych, tj. na 1 dzień przed terminem składania ofert (wyznaczonym na godziny poranne 13.03.2015r.) Zamawiający dokonał istotnej zmiany SIWZ, całkowicie zmieniając wymagania w zakresie lokalizacji Biura - zgodnie z pismem MZDiT.ZP.3411-647/2014/2015:

Jest:

a. Biuro zostanie zlokalizowane w miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego.

Winno być:

a. Biuro zostanie zorganizowane w lokalu wybranym przez Wykonawcę, z zastrzeżeniem litera d., zlokalizowanym w promieniu 1200m od siedziby Straży Miejskiej przy ul. Krakowskiej 80 w Częstochowie."

Jest:

d. Pomiędzy Zamawiającym z Wykonawcą zostanie podpisana umowa dzierżawy pomieszczeń przygotowanych pod Biuro.

Winno być:

d. Przed przystąpieniem do przygotowania i wyposażenia biura Wykonawca winien uzyskać od Zamawiającego pisemną akceptację dla lokalu przeznaczonego na biuro"

Wobec powyższych zmian Odwołujący stwierdził, że Zamawiający na 1 dzień przed terminem składania ofert zmienił istotnie swoje wymagania, wprowadzając nowe postanowienie, zgodnie z którym Biuro, które ma być zorganizowane przez wykonawcę nie będzie znajdowało się już w siedzibie Zamawiającego, ale musi znajdować się w promieniu odległości nie większym niż 1200m od siedziby Straży Miejskiej w Częstochowie.

W ocenie Odwołującego takie postanowienie utrudnia konkurencję w postępowaniu i nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Ograniczenie odległości do promienia 1200 m. wpływa natomiast zdecydowanie negatywnie na konkurencję, uniemożliwiając wykonawcom, którzy wcześniej nie rozważali takiego wariantu na złożenie poprawnej oferty.

Ponadto Odwołujący wskazał, że określenie „**promień 1200m**” jest określeniem nieprecyzyjnym, ponieważ nie zostało jednoznacznie określone w jaki sposób ten promień trzeba odmierzać. Czy ma to być odmierzenie w linii prostej od zadanej lokalizacji, czy też ma to być odmierzenie według istniejących traktów komunikacyjnych (chodników, ulic], czy też ma zostać przyjęty inny jeszcze sposób odmierzania przedmiotowego promienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o usunięcie przedmiotowego

ograniczenia odległości do „promienia 1200m” z dokumentacji postępowania, względnie, w sytuacji gdy Zamawiający wskaże na obiektywne przesłanki takiego ograniczenia i Izba uzna je za usprawiedliwione o nakazanie Zamawiającemu o doprecyzowanie określenia „promień 1200m”.

Natomiast w zakresie naruszenia art 38 ust. 6 ustawy Pzp podał, że zgodnie z tym przepisem jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert.

Zdaniem Odwołującego przepis ten nie pozostawia wątpliwości, że w przypadku kiedy Zamawiający modyfikuje SIWZ, nawet w sposób nie prowadzący do zmiany ogłoszenia o zamówieniu, w sytuacji kiedy w wyniku wprowadzonych zmian wykonawcom potrzebny jest dodatkowy czas na przygotowanie oferty zobowiązany jest przedłużenia terminu składania ofert. W ocenie Odwołującego w okolicznościach przedmiotowej sprawy, uwzględniając charakter dokonanej zmiany SIWZ jak również moment w jakim została ona dokonana, nie może budzić wątpliwości fakt, że wykonawcom jest potrzebny dodatkowy czas na przygotowanie oferty. Odwołujący zwraca uwagę, że po modyfikacji Zamawiającego, który zrezygnował z dzierżawienia pomieszczenia w swojej siedzibie i aktualnie oczekuje najęcia przez wykonawcę odpowiedniego pomieszczenia w promieniu 1200m od oznaczonej lokalizacji wykonawca, który zamierza złożyć poważną ofertę musi wykonać następujące czynności: przeprowadzić analizę dostępnych na rynku lokali w określonym przez Zamawiającego promieniu (przy czym nie wie jak promień ma rozumieć), przeprowadzić stosowne rozpoznanie cenowe, przeprowadzić wstępne rozmowy z potencjalnymi wynajmującymi, dotyczące zadań wynajmu i ewentualnej gotowości wynajmujących do wynajęcia pomieszczenia na cały okres realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący ponadto zwrócił uwagę na fakt, że brak możliwości wynajęcia odpowiedniego pomieszczenia w promieniu 1200m od lokalizacji wskazanej przez Zamawiającego, skutkować będzie brakiem możliwości realizowania umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z jej treścią.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołanie wskazując iż zarzuty stawiane przez Odwołującego są bezpodstawne, a czynności podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu są prawidłowe i słuszne. Ponadto stwierdził, że w postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Odnosząc się do zarzutu odwołania naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust.2 ustawy Pzp podał, że W ocenie Zamawiającego nie sposób podzielić zarzutów Odwołującego, iż Zamawiający wprowadził do dokumentacji postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wymagania utrudniające

konkurencję, nie znajdujące odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, niejednoznacznych, niedokładnych i niedostatecznie zrozumiałych.

Odnosząc się do powyższego Zamawiający podał, iż nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż sformułowanie „promień” może prowadzić do jakichkolwiek wątpliwości. Odwołując się do podstawowych pojęć geometrycznych, „promień” oznacza odcinek łączący środek koła, okręgu, kuli lub sfery z dowolnym punktem położonym na jej brzegu, a także długość tego odcinka. Zaznaczył, że oczywistym jest, iż każda racjonalnie myśląca osoba będzie w stanie określić, czy dany punkt (lokal) znajduje się w okręgu wytyczonym przez promień o konkretnej długości (1200 m) od środka okręgu (siedziba Straży Miejskiej przy ulicy Krakowskiej 80 w Częstochowie). W ocenie Zamawiającego określenie lokalizacji biura w promieniu 1200 m od siedziby Zamawiającego nie jest określeniem niejednoznacznym, niedokładnym czy też niezrozumiałym. Ponadto wskazanie parametru promienia 1200 m od siedziby Straży Miejskiej nie może być odczytane w inny sposób, w szczególności według traktów komunikacyjnych (chodników, ulic). Sformułowanie „w promieniu 1200 m od siedziby Straży Miejskiej przy ulicy Krakowskiej 80” jest jasne i nie wymaga w ocenie Zamawiającego dodatkowych wyjaśnień. Gdyby Zamawiający chciał wskazać inny sposób wyliczenia odległości biura od siedziby Straży Miejskiej, uczyniłby to w sposób jasny poprzez użycie innych sformułowań. Stwierdził nadto, że taki opis nie utrudnia uczciwej konkurencji, gdyż jest poparty obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Zamawiający miał uzasadniony interes w zobowiązaniu Wykonawcy do ulokowania biura w bliskim otoczeniu Straży Miejskiej. Zauważył nadto, że przedmiotowy opis przedmiotu zamówienia nie miał wpływu na krąg podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, gdyż każdy z podmiotów biorących udział w postępowaniu musiał spełnić tożsame normy, polegające na konieczności wynajęcia biura w promieniu 1200 m od siedziby Straży Miejskiej w Częstochowie, a to wymaganie nie było nadmierne, czy też niemożliwe do spełnienia przez wykonawców. Ponadto odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 29 ust.1 Pzp stwierdził, że jego zdaniem zarzut ten jest zarzutem spóźnionym. Zmieniając załącznik nr 1 do Umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w dniu 11 marca 2015 r. Zamawiający faktycznie powrócił do pierwotnych unormowań z załącznika nr 1 do Umowy. Jak wskazano powyżej, w pierwotnym brzmieniu załącznika nr 1 do Umowy, Zamawiający w wskazał, iż „Wykonawca zorganizuje Biuro w mieście Częstochowa”.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 38 ust.6 ustawy Pzp podał, że modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 11 marca 2015 r. polegała de facto na doprecyzowaniu, iż odległość biura zorganizowanego przez Wykonawcę od siedziby Straży Miejskiej ma wynosić nie więcej niż 1200 m w linii prostej. Każdy, racjonalnie działający

Wykonawca, miał wystarczająco dużo czasu na dokonanie zmiany w przygotowywanej ofercie w przedmiotowym zakresie. Zamawiający przeprowadził symulację badania lokalowego i cenowego rynku lokalu biurowych pod wynajem położonych w promieniu 1200 m od siedziby Straży Miejskiej w Częstochowie i w ciągu kilku godzin znalazł wiele lokali, które odpowiadały wymaganiom Zamawiającego określonym w załączniku nr 1 do Umowy.

Podniósł także, że nie określił szczegółowych parametrów lokalu, poza odległością od siedziby Straży Miejskiej w Częstochowie, co oznacza, iż praktycznie każdy lokal biurowy w promieniu 1200 m od siedziby Straży Miejskiej spełniał wymagania Zamawiającego. Ponadto, zaznaczył iż Zamawiający nie wymagał na etapie składania ofert przedłożenia umowy najmu lokalu pod biuro. Zamawiający wskazał jedynie, iż po wyborze najkorzystniejszej oferty oraz podpisaniu umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, w ramach realizacji etapu I musi zaakceptować lokal wybrany pod najem przez Wykonawcę. Oznacza to, iż żaden Wykonawca składający ofertę w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nie miał obowiązku podpisania listu intencyjnego czy też umowy przedwstępnej na najem lokalu. Wykonawcy faktycznie nie mają obowiązku zawarcia umowy, gdyż termin na zawarcie umowy najmu lokalu biurowego rozpoczął bieg dopiero od chwili podpisania umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. W konsekwencji jedynym obowiązkiem Wykonawcy było zorientowanie się, czy na rynku dostępnych lokali biurowych pod wynajem w Częstochowie są lokale w obrębie 1200 m od wskazanej w załączniku nr 1 siedziby Straży Miejskiej w Częstochowie. Dodatkowo podał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, umowa najmu lokalu biurowego nie musiała obejmować całego okresu realizacji umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego wykonawca-**Konsorcjum DUORS Sp. z o.o., SAFE Sp. z o.o.**, ul. Podwale Grodzkie 5, 80-895 Gdańsk poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołane jest zasadne i podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej na postanowienia SIWZ. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się

o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania - odwołania od treści postanowień SIWZ, obejmuje krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu dostępu do złożenia oferty i obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum.

Na wstępie przedstawiania stanowiska Izby co do oceny zasadności podniesionych zarzutów, Izba za niezbędne uznaje ocenę zasadności stanowisk Zamawiającego podniesionych w odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy, że zarzut naruszenia art. 29 ust.1 jest zarzutem spóźnionym i nie powinien podlegać on rozpoznawaniu i drugie stanowisko, że Odwołujący domagając się nakazania Zamawiającemu zmian konkretnych postanowień SIWZ nie wskazał, jakie brzmienie konkretnym postanowieniom SIWZ winno być nadane.

Oba z postawionych Odwołującemu zarzutów Izba uznaje za niezasadne. Brak jest podstaw do uznawania za takie same wymagań SIWZ, iż „*Wykonawca zorganizuje Biuro w mieście Częstochowa*” z wymogiem, że *Biuro ma być zlokalizowane w promieniu 1200m od siedziby Straży Miejskiej, w lokalu zapewnionym przez Wykonawcę*. Dlatego też trudno uznać za zasadne stanowisko Zamawiającego iż oba opisy przedmiotu są tożsame i tym samym zmiana SIWZ z 11 marca nie może podlegać kwestionowaniu w formie odwołania do KIO, bo ewentualnemu kwestionowaniu mogła podlegać tylko pierwsza treść tego postanowienia iż *Wykonawca zorganizuje Biuro w mieście Częstochowa*.

Natomiast odnosząc się do drugiej kwestii dotyczącej braku jasnego sformułowania żądań co wnioskowanej zmiany SIWZ to Izba stwierdza, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. To odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie formułuje postanowienia SIWZ, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp. W tym zakresie Izba stwierdza, że chociaż Odwołujący nie napisał wprost jak ma brzmieć nowa zmieniowana treść SIWZ to jednak z przedstawionej treści zarzutów i żądań można w sposób jednoznaczny wywieść treść żądań Odwołującego.

Przechodząc do oceny zasadności podniesionego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wprowadzenie do dokumentacji postępowania wymagań niejednoznacznych, niedokładnych i niedostatecznie zrozumiałych utrudniających konkurencję i nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego stwierdzić należy, że podniesiony zarzut jest zasadny. Jak wynika z literalnej

wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia. W ocenie Izby miejsce realizacji przedmiotu zamówienia mieści się w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, a więc podlega m. in. dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który wyraża normę prawną stanowiącą doprecyzowanie i uszczegółowienie norm prawnych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – jednakże tylko w odniesieniu do czynności zamawiającego obejmujących dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Norma prawna wyrażona w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zawiera się niejako w wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadach udzielania zamówień publicznych.

Natomiast stosownie do dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06 opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 roku sygn. akt CSK 626/13, że w przepisach Pzp. ustanowiono wymóg rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonując drugiej zmiany treści SIWZ w zakresie ustalenia, gdzie ma się znajdować biuro w którym będą wykonywane czynności związane z realizacją tego zamówienia ustalił parametr graniczny iż lokal przeznaczony na biuro ma znajdować się w *promieniu 1200 m od siedziby Straży Miejskiej w Częstochowie*. Zamawiający na rozprawie stwierdził, że za takim ustaleniem przemawiał ważny uzasadniony argument. Wynikał przede wszystkim z tego, że odległość 1200 m jest

odległością, którą pracownik Straży Miejskiej może pokonać do tego biura pieszo (nie korzystając z dodatkowych środków komunikacji).

Odnosząc się do tej kwestii Izba stwierdza, że w SIWZ nie mogą być postawione wymogi tylko po to aby ograniczyć dostęp do zamówienia większej liczbie odbiorców, lecz muszą zawsze wynikać z obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego zmierzających do umożliwienia mu wyboru wykonawcy który najlepiej i najpewniej wykona zamówienie. Zgodzić się należy ze stanowiskiem odwołującego iż brak jest uzasadnienia, aby umiejscowienie biura tylko w odległości promienia koła o długości maksymalnie 1200 m miało jakikolwiek związek z możliwością wykonania zamówienia. Postawienie takiego wymagania należy raczej oceniać w kategorii „typowego wygodnictwa” Zamawiającego niż potrzeb związanych z możliwością wykonania zamówienia. Ponadto argument iż odległość max. 1200 metrów jest odległością która może pokonać na piechotę pracownik Straży Miejskiej jest zbudowany tylko na potrzebę obrony postawionego w SIWZ warunku. Biorąc pod uwagę, że odległość w linii prostej jest z reguły odległością krótszą niż odległość pokonywana drogą ze środka koła do linii jego obwodu to stwierdzić należy, że lokal znajdujący się w pobliżu linii obwodu koła będzie zawsze w większej odległości niż wskazana długość promienia koła. W tej sprawie bez prowadzenia dokładnych analiz przedłożonej przez Zamawiającego mapy, (gdzie zakreślono koło wewnątrz którego winien znajdować się najęty przez wykonawcę lokal) stwierdzić można, że żadna z dróg od siedziby Straży Miejskiej w kierunku obwodu koła nie przebiega w linii prostej. Tym samym każda odległość drogowa będzie dłuższa niż wskazana długość promienia. Poza tym niewątpliwie jest, że poprzez zaznaczoną powierzchnię koła, niemal w jego środku przebiega wielotorowa linia PKP, co powoduje iż te dwie części koła są słabo skomunikowane i droga dojścia czy dojazdu od siedziby Straży Miejskiej do niektórych ewentualnych lokali znajdujących po drugiej stronie torów będzie większa nawet o kilkaset metrów. Tak więc odległość 1200 m od siedziby Straży Miejskiej nie będzie zachowana, co wskazuje iż podawana argumentacja Zamawiającego została wykazana tylko na potrzeby tego postępowania odwoławczego.

Wskazać należy także, że nie ulega wątpliwości, iż sposób opisu miejsca położenia biura ogranicza krąg potencjalnych wykonawców mogących wykonać zamówienie, jak również wpływa na sposób wyceny oferty. Zamawiający powinien skutecznie udowodnić, że tylko takie położenie biura zapewnia właściwe wykonanie zamówienia, lub chociaż ma wpływ na możliwość wykonania.

Biorąc pod uwagę powyższe terytorialne ograniczenie miejsca realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez ściśle określenie terenu gdzie może znajdować się biuro wykonywania zamówienia, w ocenie Izby w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję. Izba w niniejszym składzie co do zasady nie kwestionuje prawa podmiotów zamawiających do określenie miejsca realizacji usługi, jednakże powyższa okoliczność

winna uwzględniać specyfikę jej wykonywania i winna być raczej kryterium ocenianym, a nie parametrem granicznym. Nie było żadnych przeszkód aby Zamawiający opisał wymaganie w tym zakresie i punktował położenie lokalu w zależności od odległości od siedziby Straży Miejskiej, przyjmując np. że za każde 100 czy 200 m większej odległości biura od siedziby Straży liczba przyznawanych punktów ulega zmniejszeniu. Ograniczenie miejsca realizacji tego typu usług winno być działaniem uzasadnionym. W ocenie Izby, jeżeli Zamawiający zakładane cele może osiągnąć poprzez nie wskazywanie parametrów granicznych w opisie przedmiotu zamówienia to stawianie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, które ograniczają krąg potencjalnych wykonawców należy uznać za pozbawione uzasadnienia.

Izba uznaje również za zasadne zarzuty Odwołującego iż opis sposobu wyznaczenia miejsca gdzie winno znajdować się biuro jest niejednoznaczny co może powodować istotne problemy zarówno dla wykonawców, jak i dla Zamawiającego w zakresie oceny spełniania tego wymogu SIWZ. Argumentacje Odwołującego w tym zakresie Izba uznaje za zasadną, bez potrzeby ponownego jej przywoływania i powielania.

Przywoływane przez Zamawiającego informacje o pełnej możliwości wynajmu biura w wymaganej odległości od budynku Straży Miejskiej, zdaniem Izby nie ma znaczenia w sprawie. Możliwość wynajmu lokalu w ogóle, a możliwość wynajmu odpowiedniego lokalu za cenę umożliwiającą złożenie konkurencyjnej oferty to dwie zupełnie różne kwestie.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art 38 ust 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przesunięcia terminu składania ofert, pomimo faktu, że wprowadzone przez Zamawiającego zmiany w dokumentacji postępowania wymagają dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofercie Odwołującego, Izba przedmiotowy zarzut uznaje również za zasadny.

Zamawiający w trakcie rozprawy podniósł dodatkowy argument iż zarzut ten nie obejmuje art. 12a ustawy Pzp, a więc rozpoznawany może być tylko w zakresie objętym przepisem art. 38 ust. 6 ustawy Pzp z pominięciem wymienionego art. 12a Pzp. Z tego przepisu wynika, że Zamawiający winien przedłużyć okres składania ofert tylko wtedy, jeśli uważa, że dał na sporządzenie ofert zbyt krótki czas.

Odnosząc się do powyższego stanowiska Izba stwierdza, że nawet gdyby przyjąć powyższą argumentację Zamawiającego za zasadną to i tak uznać należy, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 7 kwietnia 2005 r., sygn. akt II Ca 180/05), że *zamawiający nie powinien dokonywać zmian specyfikacji na krótko przed terminem składania ofert w postępowaniu. W ocenie Sądu zmian SIWZ na cztery dni przed upływem terminu składania ofert zaskoczyła wykonawców z uwagi na krótki okres. Nie jest możliwe dokonanie zmiany SIWZ w ostatniej chwili.*

W sprawie niewątpliwy jest fakt, że wykonawcy o zmianie zostali poinformowani praktycznie na jeden dzień przed upływem terminu składania ofert. Wykonawcy którzy wg. zmiany SIWZ z 18 lutego 2015 roku posiadali wiedzę, że „*Biuro zostanie zlokalizowane w miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego*” w związku ze zmianą z 11 marca 2015 roku praktycznie w ciągu jednego dnia, winni byli przyjechać do Częstochowy znaleźć właściwy lokal, za akceptowalną cenę i następnie biorąc pod uwagę ustalenia odpowiednio skalkulować cenę oferty. Taka zmiana SIWZ zdaniem Izby winna być uznana za zmianę istotną, gdyż zmieniała ona w związku z tą sytuacją krąg podmiotów mogących złożyć ofertę. Dla jej przygotowania niezbędny był dodatkowy czas na znalezienie lokalu i na wprowadzenie zmian z tym związanych w ofertach. Być może, sytuacja ta miała wpływ na fakt, że w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta. Podkreślić należy, że przedmiotowe zamówienie jest powyżej progów unijnych tym samym trudno wykluczyć, że tym zamówieniem byłiby także zainteresowani wykonawcy spoza Polski, lecz ze względu na zmianę treści SIWZ i nieprzedłużenia terminu na złożenie ofert nie byli w stanie spełnić wymagań SIWZ.

Za niezasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego iż przy zaistnieniu sytuacji z art. 38 ust.6 Pzp Zamawiający ma pełną swobodę co do woli przedłużenia terminu na składanie ofert. Przepis ten stanowi bowiem, iż jeśli w wyniku zmiany SIWZ niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert. Czas, o jaki zamawiający musi przedłużyć wyznaczony termin, ma realnie umożliwić wykonawcom wprowadzenie zmian w ofertach. Zauważenia wymaga również fakt, że ustawodawca np. art. 43 i 49 Pzp określa terminy dotyczące składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Te terminy, to terminy minimalne. Zamawiający nie może z powodu chęci wprowadzenia zmiany do SIWZ – konieczność takiej zmiany w tym postępowaniu nie została wykazana, skracać tych terminów np. do jednego dnia. Te terminy muszą być wyznaczane z uwzględnieniem czasu niezbędnego na sporządzenie dokumentów ofertowych w tym również szczególnie tych, które wynikły ze zmiany postanowień SIWZ. Niewątpliwym jest, że przestrzeganie terminów ustawowych ma wpływ na realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zakresie wydłużenia terminu składania ofert, należy mieć na względzie zapewnienie wykonawcom możliwości dostosowania treści ofert do zmieniających się wymagań Zamawiającego. Uwzględniając charakter dokonanej zmiany SIWZ jak również moment w jakim została ona dokonana, nie może budzić wątpliwości fakt, że wykonawcom był potrzebny dodatkowy czas na przygotowanie oferty. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że brak było podstaw do przedłużenia terminu składania ofert, gdyż wykonawca składając ofertę nie składał umowy o najem lokalu, zdaniem Izby nie ma znaczenia w sprawie, gdyż wynajęcie odpowiedniego lokalu decydowało niewątpliwie o cenie oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznaje, że Zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy Pzp i tym samym odwołanie winno zostać uwzględnione. Na przeszkodzie nakazania Zamawiającemu dokonania określonych zmian w treści SIWZ stanął fakt, że Zamawiający w dniu 13 marca dokonał czynności otwarcia ofert.

Zauważyć należy, że Odwołujący w stanowisku końcowym na rozprawie, wobec faktu dokonania otwarcia ofert wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia otwarcia ofert i nakazanie wyznaczenia nowego terminu tej czynności oraz nakazanie ponownego otwarcia ofert. Spełnienie takiego żądania odwołującego jest niedopuszczalne. Za wyrokiem KIO z dnia 16 lipca 2010 roku sygn. akt KIO 1291/10) stwierdzić należy, że czynność otwarcia ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest tego rodzaju czynnością, której nie można powtórzyć, albowiem naruszyłoby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym postępowaniu zaistniała sytuacja, że pomimo zasadności podniesionych wobec postanowień SIWZ zarzutów Zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert. W tej sytuacji dalsze prowadzenie postępowania mogło doprowadzić do zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu jako zawarta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Wobec takiej sytuacji Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, gdyż zaistniały przesłanki o których mowa w art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. Za wyrokiem KIO z dnia 19 kwietnia 2010 r. (KIO/UZP 386/10) stwierdzić należy, że „Wadą w rozumieniu przepisu art. 93 ust. 1 pkt Pzp jest nieusuwalna wada samego postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, powodując jej bezwzględną nieważność *ab initio*, a tym samym prawną bezskuteczność. Wady takie wymienia przykładowo przepis art. 146 ust. 1 pzp”, (podobnie orzekła KIO w wyroku z 11 kwietnia 2013 r. KIO 741/13).

Zdaniem Izby ograniczanie wad postępowania z art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp tylko do katalogu zawartego w art. 146 Pzp jest niezasadne, gdyż wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, są przesłanką unieważnienia postępowania.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy

Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący