

WYROK
z dnia 3 czerwca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2019 r. przez wykonawcę **Polgen Sp. z o.o. Sp. k. siedzibą w Łodzi (92-516)** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Kielcach z siedzibą w Kielcach (25-734)**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego braku specyfikacji technicznej usługi web service i nakazuje zamawiającemu uzupełnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia o taką specyfikację techniczną, w pozostałym zakresie zarzuty nie potwierdziły się,
2. kosztami postępowania obciąża **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Kielcach z siedzibą w Kielcach (25-734)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Polgen Sp. z o.o. Sp. k. siedzibą w Łodzi (92-516)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Kielcach z siedzibą w Kielcach (25-734)** na rzecz wykonawcy **Polgen Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi (92-516)** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na „dostawę odczynników do genotypowania układu HLA, odczynników do izolacji DNA i odczynników do sekwenatora nowej generacji MiSeq (Illumina)” przez Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa z Kielc (25-734) [dalej „zamawiający”], ogłoszonego w Biuletynie Urzędu Zamówień Publicznych pod nr 544362-N-2019 w dniu 7 maja 2019 roku wykonawca Polgen Sp. z o.o. z Łodzi (92-516) [dalej „odwołujący”] złożył odwołanie od czynności zamawiającego, polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w sposób sprzeczny z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”].

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5 Kc. w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 tejże ustawy, poprzez brak określenia specyfikacji technicznej usługi opisanej w załączniku nr 2b opisu przedmiotu zamówienia pkt B.9, co powoduje brak możliwości wyceny tego elementu przedmiotu zamówienia, a także określenia możliwości technicznych wykonania usługi określonej w tym punkcie, a tym samym uniemożliwia złożenie przez odwołującego oferty,
2. art. 29 ust. 1-3 w zw. z art. 38 ust. 4 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez dokonanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który jest niejednoznaczny i nie jest wyczerpujący oraz utrudnia uczciwą konkurencję,
3. art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez zaniechanie wprowadzenia zmiany treści SIWZ pomimo faktu, że wniosek o wyjaśnienie SIWZ złożony przez odwołującego, który wpłynął do zamawiającego w wymaganym terminie, zawierał pytania i wnioski o wyjaśnienia SIWZ, wskazujące na zaistnienie przesłanek uzasadniających wprowadzenie zmian do treści SIWZ,
4. art. 7 ust. 1-3 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady przeprowadzania przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie wprowadzenia zmiany treści SIWZ pomimo faktu, że wniosek o wyjaśnienie SIWZ złożony przez odwołującego, który wpłynął do

Zamawiającego w wymaganym terminie, zawierał pytania i wnioski o wyjaśnienia SIWZ, wskazujące na zaistnienie przesłanek uzasadniających wprowadzenie zmian do treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz wprowadzenie zmian do treści SIWZ w zakresie, o którym mowa w uzasadnieniu odwołania lub nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami – wniósł o wykreślenie z opisu przedmiotu zamówienia usługi opisanej w pkt B.9 Załącznika nr 2b lub o doprecyzowanie warunków technicznych dotyczących tej usługi, o wykreślenie wymogu, aby zestawy testów opisane w pkt B.1 posiadały certyfikaty CE-IVD, a także o zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

W zakresie braku określenia w Załączniku nr 2b punkt B.9 specyfikacji technicznej usługi web service oraz wprowadzenia wymogu posiadania certyfikatu CE-IVD w punktach B.8 i F.4 Załącznika nr 2b odwołujący stanął na stanowisku, że działania i czynności podejmowane przez zamawiającego rażąco naruszają przepisy ustawy Pzp, w tym w szczególności zasady uczciwej.

Wskazał, że w punkcie B.9 ww. załącznika przewidziano jako część składową przedmiotu zamówienia „Zaoferowanie wraz z testami usługi web service w celu przesyłania gotowych wyników do bazy Poltransplantu. Usługa musi współpracować wraz z dostarczonym oprogramowaniem do analizy wyników.”

W ocenie odwołującego zamawiający, nie podając specyfikacji technicznej żądanego oprogramowania, uczynił realizację przedmiotu zamówienia niemożliwą do wykonania, co powoduje problemy dwojakiego rodzaju.

Po pierwsze, wedle odwołującego, chodzi o brak możliwości oszacowania wynagrodzenia za ten element zamówienia. Powołał się na stanowisko współpracujących z odwołującym informatyków, którzy – po zapoznaniu się z opisem – nie byli w stanie nawet szacunkowo obliczyć jaki byłby koszt przygotowania usługi web service. Dodatkowo podał, że w wiadomości mailowej z dnia 10 maja 2019 roku informatyk wskazał minimalne informacje niezbędne do określenia kosztów przygotowania tego rodzaju usługi.

(Dowód: wiadomość mailowa od informatyka P. A. z 10 maja 2019 r.).

Uzupełnił, że brak możliwości rzetelnej oceny kosztów, które będzie musiał ponieść w przypadku udzielania mu zamówienia, w konsekwencji mogłoby doprowadzić albo do złożenia oferty, która zostałaby uznana za rażąco niską albo do znacznego przeszacowania wynagrodzenia i tym samym złożenia oferty znacząco powyżej kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację tego zamówienia.

Podniósł także, że obecna treść SIWZ nie pozwala mu w jakimkolwiek stopniu na stwierdzenie jakie są oczekiwania co do usługi web service, wobec czego nawet w przypadku gdyby przygotował on zamówioną usługę nie jest możliwym stwierdzenie czy taki produkt odpowiadałby celowi przyświecającemu zamawiającemu przy organizowaniu przedmiotowego postępowania.

Oświadczył, że wedle jego wiedzy zamawiający dysponuje już narzędziem pełniącym funkcję jakie miałyby oferować usługi web service, co oznacza, że przygotowanie przez wykonawców usługi web service prowadziłyby do sytuacji, w której zamawiający dysponowałby dwoma protokołami pełniącymi takie same funkcje, co wymaga – w ocenie odwołującego – aby zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał w jakim formacie powinny być generowane wyniki, tak aby doprowadzić do ich zgodności i bezawaryjnego odczytania za pomocą już posiadanych narzędzi.

Odwołujący stwierdził, że drugim rodzajem problemu powodującego jego wątpliwości jest fakt, że usługa web service wymagałaby konieczności dostępu do bazy danych Poltransplantu.

Oświadczył także, że w złożonym już zapytaniu zwrócił uwagę zamawiającego, że z prowadzonej z tym podmiotem korespondencji wynika jednoznacznie, że nie ma możliwości dopuszczenia podmiotów trzecich do bazy danych Poltransplantu, co oznacza, że wykonawca musi stworzyć system, nie tylko nie znając specyfikacji technicznej, ale także elementów składających się na tworzony system, który pozwoliłby na jego kompatybilność z bazą danych Poltransplantu.

Podał, że w korespondencji mailowej z Poltransplantem prowadzonej we wrześniu 2017 roku, w kontekście przedmiotowego postępowania w odpowiedzi na pytanie „Czy dane I specyfikacja niezbędna do wykonania usługi web service żądanej przez Zamawiającego w przetargu są ogólnie dostępne?” udzielono odpowiedzi: „Dane dotyczące usługi web service systemu CRNPDSiKP nie są dostępne publicznie, ale mogą być udostępnione ośrodkom dawców szpiku lub podmiotom z nimi związanym i przez nie upoważnionym. Jest to decyzja administratora bazy danych zaakceptowana przez kierownictwo Poltransplantu w celu zachowania postanowień zapisanych w art. 19 i 19a ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. z 2015, poz. 793 z późn. zm.).” [Dowód: korespondencja mailowa pomiędzy odwołującym a Poltransplantem z września 2017 roku].

Zauważył, że ani w SIWZ, ani też we wzorze Umowy nie zawarto informacji o upoważnieniu wykonawcy (nawet dopiero po udzieleniu mu zamówienia) do dostępu do tego rodzaju danych. Stwierdził nadto, że nawet gdyby takie upoważnienie zostało udzielone na późniejszym etapie nie zmienia to faktu, że na moment składania oferty nie jest możliwe dokonanie wyceny tego elementu przedmiotu umowy.

Odwołujący wniósł o wykreślenie z opisu przedmiotu zamówienia usługi opisanej w pkt B.9 Załącznika nr 2b lub o doprecyzowanie warunków technicznych dotyczących tej usługi.

W zakresie wymogu z Załącznika nr 2 do SIWZ w pkt B.8, aby zestawy testów opisane w pkt B.I posiadały certyfikaty CE-IVD (analogiczny wymóg posiadania certyfikatów CE- IVD zawarto w pkt F.4 w odniesieniu do zestawów odczynników) odwołujący wskazał, że wymóg przedstawienia tego rodzaju certyfikatów dla testów i odczynników nie jest koniecznym wymogiem dla ich prawidłowego przygotowania, jest natomiast elementem, który powoduje wykluczanie podmiotów, które nie posiadają odczynników i testów wyposażonych w ten certyfikat, pomimo że oferują produkty spełniające wymogi SIWZ.

Stanął na stanowisku, że konieczność posiadania przedmiotowych certyfikatów byłaby uzasadniona w przypadku gdyby posiadany przez zamawiającego instrument Illumina MiSeq (za pomocą którego przeprowadzane będą badania) posiadał certyfikat CE- IVD. (oświadczył, że urządzenie zamawiającego nie posiada tego rodzaju certyfikatu).

Podał, że na rynku oferowane są zarówno instrumenty posiadające ten certyfikat, jak i go nie posiadające.

Wskazał, że w przypadku instrumentu takiego jak u zamawiającego, takie same rezultaty badań osiąga się przy wykorzystaniu testów i odczynników certyfikowanych, jak i nieposiadających tego certyfikatu.

Uznał, że ujęcie w SIWZ wymagania powoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji i ogranicza dostęp do udziału w postępowaniu oraz możliwość uzyskania zamówienia.

Uzupełnił, że usunięcie wymogu nie wpłynie na prawidłowość realizacji przedmiotu zamówienia przez zamawiającego ani w żadnym stopniu nie wpłynie na obniżenie stopnia wiarygodności wyników przeprowadzonych testów, będzie natomiast zgodne z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 28 maja 2019 r. oraz załączników do odwołania, – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 22 maja 2019 r., a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy

ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę (z wyjątkiem jak wyżej).

Skład orzekający Izby ustalił także, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania określenia specyfikacji technicznej usługi opisanej w załączniku nr 2b opisu przedmiotu zamówienia pkt B.9, co powoduje brak możliwości wyceny tego elementu przedmiotu zamówienia, a także określenia możliwości technicznych wykonania usługi określonej w tym punkcie, a tym samym uniemożliwia złożenie przez odwołującego oferty potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający w Rozdziale I SIWZ „Przedmiot zamówienia” część III pkt 3 podał, że *„Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – załączniki nr 2a, 2b, 2c, 2d do SIWZ”*.

W załączniku 2b do SIWZ w tabeli B „opis odczynników lub/i testów – wymagania kluczowe” w pkt. B.9 wprowadził wymaganie *„Zaoferowanie wraz z testami usługi sieci web service w celu przesyłania gotowych wyników do bazy Poltransplantu. Usługa musi współpracować wraz z dostarczonym oprogramowaniem do analizy wyników”*.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Obowiązkiem zamawiającego wynikającym z przepisu art. 36 ust. 1 ustawy Pzp jest ujęcie w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, który – zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp ma być jednoznaczny i wyczerpujący oraz ma uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Poza sporem był fakt, że zamawiający nie ujął w SIWZ dalszych (poza ww. punktem B.9) postanowień dotyczących oczekiwanej usługi sieci web service.

Zamawiający twierdził, że *„Standard zapewnienia usługi web service w związku z funkcjonującą bazą Poltransplantu, działającą jako jednostka budżetowa podległa Ministrowi Zdrowia jest powszechnie znany i funkcjonuje praktycznie od 2014 r. Wykonawca oferujący usługę związaną z dostarczeniem wyników do tej bazy musi posiadać wiedzę o tym, że Poltransplant udostępnia łącze do przesyłania takich informacji.”* (str. 3 Odpowiedzi na odwołania pierwszy akapit).

Podnieść należy, że twierdzenia zamawiającego pozostały gołosłowne. Zamawiający nawet na rozprawie nie zaprezentował owego standardu zapewnienia usługi web service, ani nie wskazał argumentów, które przemawiają za uznaniem, że odwołujący winien posiadać

wiedzę w tym zakresie. Z pewnością znajomości standardu zapewnienia usługi web service w związku z funkcjonującą bazą Poltransplantu nie zapewnia sam tylko fakt, że Poltransplant jest jednostką budżetową podległą Ministrowi Zdrowia – zamawiający nie wskazał, w ramach jakich informacji udostępnianych przez ten podmiot można pozyskać wiedzę co do ww. standardu. Z zaprezentowanej przez odwołującego korespondencji z osobą ze strony tego podmiotu (korespondencja e-mail z dnia 1 i 4 września 2017 r.) wynika, że *„Dane dotyczące usługi web service systemu CRNPDSiKP nie są dostępne publicznie, ale mogą być udostępnione ośrodkom dawców szpiku lub podmiotom z nimi związanym i przez nie upoważnionym.”*, co potwierdza, że odwołujący, nie będąc ośrodkiem dawców szpiku, ani nie będąc upoważnionym w szczególności przez zamawiającego, nie jest w stanie samodzielnie pozyskać wiedzy co do danych dotyczących usługi web service. Co więcej, pełnomocnik zamawiającego oświadczył w toku rozprawy, że *„uzyskanie niezbędnych danych do zaoferowania usługi web service wymaga kontaktu z informatykami Poltransplantu”*.

Skład orzekający Izby ocenił pochodzącą z 2017 roku korespondencję za wiarygodną i pozostająca aktualną co do zawartych tam treści. Zamawiający jej nie kwestionował, a nadto podkreślał, że standard zapewnienia usługi web service w związku z funkcjonującą bazą Poltransplantu funkcjonuje już od 2014 roku, nie wskazując jednocześnie, iżby od tego czasu nastąpiły zmiany.

Dodatkowo, odnosząc się do argumentu zamawiającego, że w prowadzonym przez niego w 2017 roku innym postępowaniu (zapytanie ofertowe 30/ADT/2017), w którym zamawiający posłużył się tożsamym opisem przedmiotu zamówienia (w zakresie usługi web service) inny wykonawca wycenił usługę, skład orzekający Izby zauważa, że nie usprawiedliwia to zaniechania przez zamawiającego obowiązku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Podnieść bowiem należy, że nie jest wiadomym, czy wycena usługi była możliwa na podstawie li tylko postanowień SIWZ, czy także na podstawie dodatkowej wiedzy na temat standardu zapewnienia usługi web service w związku z funkcjonującą bazą Poltransplantu, pozyskaną w ramach wcześniej współpracy owego wykonawcy z innym zamawiającym lub samym Poltransplantem.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający, nie podając w SIWZ specyfikacji technicznej oczekiwanej usługi sieci web (standardu zapewnienia usługi web service) nie opisał wyczerpująco oraz nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, czym naruszył przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dokonania takiego opisu przedmiotu zamówienia, który jest niejednoznaczny i nie jest wyczerpujący oraz utrudnia uczciwą konkurencję nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Jak się wydaje, że względu na kolejność prezentowanej argumentacji w części „Uzasadnienie” [w drugiej kolejności (po „Usługa web service”) w części tej mowa o certyfikatach] oraz to, że zarzut pierwszy dotyczy jedynie punktu B.9 załącznika nr 2b zarzut ten dotyczy wymogu ujętego przez zamawiającego w załączniku nr 2b do SIWZ pkt B.8 oraz F.4, zgodnie z którymi:

- „*Oferowane zestawy posiadają certyfikat CE-IVD*” (B.8.),
- „*Dostarczane przez Wykonawcę zestawy odczynników muszą być oznakowane znakiem CE i IVD. Certyfikaty i deklaracje należy przedłożyć na wezwanie Zamawiającego*” (F.4).

Odwołujący, pomimo zarzutu, iż dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny i nie jest wyczerpujący nie zaprezentował żadnych okoliczności i argumentacji w tym zakresie.

W istocie zarzut dotyczy tego, iż opis co do wymaganych certyfikatów utrudnia uczciwą konkurencję, a to z tego względu, iż „*powoduje wykluczenie podmiotów, które nie posiadają odczynników i testów wyposażonych w ten certyfikat, pomimo że oferują produkty spełniające wymogi SIWZ*” (str. 6 odwołania część II pierwszy akapit).

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby zauważa, że fakt, iż urządzenie, jakim dysponuje zamawiający nie posiada obecnie certyfikatu CE IVD nie był kluczowy dla uznania, że wymóg zamawiającego co do certyfikacji odczynników i testów jest zasadny. Kluczowym okazała się kwestia – jak ujął to zamawiający – „*czy badania wykonywane przez Zamawiającego w oparciu o odczynniki będące przedmiotem zamówienia mają charakter diagnostyczny czy naukowy*” (str. 3 Odpowiedzi na odwołanie ad. 2).

Odwołujący twierdził na rozprawie, że „*Badania wstępne, które będą wykonywane z użyciem odczynników i testów to badania, które nie mogą być zaliczane do badań diagnostycznych*”. Przyznał jednocześnie, że „*Gdyby to były badania diagnostyczne uzasadnionym byłoby żądanie posiadania certyfikatów przez odczynniki i testy.*”

Odwołujący twierdził, że odczynniki i testy zamawiane w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego służyć mają celom naukowym, nie zaś diagnostycznym. Prawdziwość tego twierdzenia nie została jednak przez odwołującego wykazana. Odwołujący przeciwstawiał jedynie cele naukowe celom diagnostycznym, utrzymując – jak już wskazano powyżej – że badania wstępne nie mogą być zaliczane do badań diagnostycznych.

Tymczasem zamawiający załączył do Odpowiedzi na odwołanie Decyzję Ministra Zdrowia z dnia 12 grudnia 2018 r., będącą pozwoleniem na „*testowanie komórek, tkanek i narządów, w tym próbek do badań, w zakresie: 1. Diagnostyki – typowanie potencjalnego dawcy do CRNPDSiKP, w tym badanie wstępne i dotypowanie (...)*”, która jednoznacznie kwalifikuje badania wstępne do diagnostyki (diagnostyki transplantacyjnej).

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że w przypadku tego zamawiającego ma się do czynienia z badaniami diagnostycznymi, co – jak przyznał sam odwołujący – uzasadnia żądanie posiadania certyfikatów przez odczynniki i testy.

Zarzuty:

- naruszenia zasady przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez zaniechanie wprowadzenia zmiany treści SIWZ pomimo faktu, że wniosek o wyjaśnienie SIWZ złożony przez odwołującego, który wpłynął do zamawiającego w wymaganym terminie, zawierał pytania i wnioski o wyjaśnienia SIWZ, wskazujące na zaistnienie przesłanek uzasadniających wprowadzenie zmian do treści SIWZ,
- naruszenie zasady przeprowadzania przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie wprowadzenia zmiany treści SIWZ pomimo faktu, że wniosek o wyjaśnienie SIWZ złożony przez odwołującego, który wpłynął do zamawiającego w wymaganym terminie, zawierał pytania i wnioski o wyjaśnienia SIWZ, wskazujące na zaistnienie przesłanek uzasadniających wprowadzenie zmian do treści SIWZ

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Abstrahując od kwestii braku wskazania przez odwołującego o jakie „*warunki udziału w postępowaniu*” oraz o zaniechanie wprowadzenia jakich konkretnie zmian chodzi, a także od braku zaprezentowania argumentacji w tym zakresie, skład orzekający Izby wskazuje, że stanowisko odwołującego sprowadza się do tego, że obowiązkiem zamawiającego w każdym przypadku, gdy – w ocenie odwołującego – istnieją przesłanki uzasadniające wprowadzenie zmian w SIWZ, co wykonawca prezentuje w ramach wniosku o wyjaśnienie SIWZ, jest dokonanie takich zmian.

Jest to stanowisko oczywiście błędne. Obowiązkiem zamawiającego, w przypadku skierowania przez wykonawcę żądania wyjaśnień treści SIWZ jest „jedynie”

(i to w przypadku dochowania przez wykonawcę terminu, o którym mowa w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp – „wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert”) udzielenie wyjaśnień, o czym wprost przesądza przepis art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Z kolei brzmienie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, że w przepisie tym mowa o prawie, nie zaś obowiązku zamawiającego („W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”), wobec czego nie sposób doszukać się jakiegokolwiek zaniechania (zaniechania przez zamawiającego wykonania obowiązku).

Ze względu na potwierdzenie się zarzutu pierwszego orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: