

Sygn. akt: KIO 2577/19

WYROK
z dnia 3 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Pocztę Polską S.A. z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2577/19 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2577/19 po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2577/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zakup i świadczenie usług telefonii komórkowej oraz usług bezprzewodowej transmisji danych wraz z dostawą urządzeń do ich świadczenia dla Poczty Polskiej S.A.* (znak postępowania: BZA.2600.037.2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 listopada 2019 r. pod numerem 2019/S 224-550621.

W dniu 19 grudnia 2019 r. wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 38 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 9a ustawy Pzp, oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez:

- a) wyznaczenie terminu złożenia ofert na dzień 20 grudnia 2019 r., który to termin jest terminem zbyt krótkim na przygotowanie i złożenie oferty, nieuwzględniającym czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty oraz złożoności zamówienia i obszerności dokumentacji, którą należy przeanalizować przed sporządzeniem oferty,
 - b) zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o okres adekwatny do uwzględnienia w przygotowywanych ofertach wyjaśnień i modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- a w konsekwencji naruszenie przez Zamawiającego reguł wyznaczania terminów na składanie ofert oraz zasad przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez przedłużenie terminu składania ofert co najmniej do dnia 9 stycznia 2020 r.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż Poczta Polska S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „zakup i świadczenie usług telefonii komórkowej oraz usług bezprzewodowej transmisji danych wraz z dostawą urządzeń do ich świadczenia dla Poczty Polskiej S.A.”.

Dokonując modyfikacji treści Specyfikacji Zamawiający nie uwzględnił adekwatnego

dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach w związku z dokonana modyfikacją i wyjaśnieniem treści SIWZ.

Odwołujący podkreślał, iż przepisy ustawy przewidują określone zasady ustalania terminu składania ofert. Po pierwsze, art. 38 ust. 6 ustawy Pzp wskazuje, że Zamawiający przedłuża termin składania ofert, jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Po drugie, zgodnie z art. 9a ust. 1 ustawy Pzp, wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, zamawiający uwzględnia złożoność zamówienia oraz, w przypadku ofert, czas potrzebny na sporządzenie ofert, z zachowaniem określonych w ustawie minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert.

Cytowany przepis należy stosować łącznie z przywołanym wcześniej art. 38 ust. 6 ustawy Pzp. Z analizy obu przepisów wynika, że zamawiający nie może wyznaczać terminów w sposób dowolny, lecz zobowiązany jest każdorazowo uwzględnić okoliczności związane z konkretnym zamówieniem i zbadać złożoność zamówienia oraz rzeczywisty czas, jaki w praktyce niezbędny jest do należytego sporządzenia oferty, z uwzględnieniem uwarunkowań wynikających także z kalendarza (dni wolne od pracy, okresy świąteczne, itp.).

Postępowanie prowadzone przez Zamawiającego ma charakter skomplikowany, co wynika zarówno z szerokiego zakresu usług, których świadczenia wymaga Zamawiający od wykonawcy, jak i szczególnych wymagań dotyczących sposobu świadczenia usług. O złożoności przedmiotu zamówienia przesądza również obszerność dokumentacji postępowania.

W dniu 12 grudnia 2019 r. Zamawiający udzielił ponad 100 odpowiedzi na pytania - wielkość dokumentu to 42 strony. Pytań i odpowiedzi jest znacznie więcej niż faktycznie wypunktowane 94, biorąc po uwagę że niektóre z nich obejmują wiele podpunktów - wyjaśniając szereg kluczowych do przygotowania oferty elementów w zakresie m.in. parametrów technicznych urządzeń, dostępności infrastruktury, logistyki dostaw. Jednocześnie Zamawiający dokonał przesunięcia terminu składania ofert o zaledwie 2 dni, z 18 grudnia 2019 r. na 20 grudnia 2019 r.

Termin, jaki Zamawiający pozostawił wykonawcom na przygotowanie ofert, licząc od dnia wyjaśnienia wszelkich niejasności w postępowaniu, jest nieadekwatny do zakresu czynności i prac jakie wykonawca musi podjąć w celu przygotowania oferty.

Odwołujący wskazał, iż prawidłowe i rzetelne sporządzenie oferty wymaga szczegółowej i dogłębnej analizy wymagań Zamawiającego oraz wyjaśnienia wszystkich wątpliwości. Wykonawca dopiero po wyjaśnieniu wszystkich niejasności w SIWZ może zaplanować sposób realizacji zamówienia oraz dopiero wtedy może i musi podjąć szereg pracochłonnych i czasochłonnych wewnątrz swojej organizacji oraz uzgodnić warunki

handlowe współpracy z producentami lub dystrybutorami urządzeń. Wymaga to więc zaangażowania wielu specjalistów wykonawcy z różnych zakresów i obszarów działalności, ale również specjalistów po stronie producentów/dystrybutorów.

Wykonawca musi przed złożeniem ofert, m.in.:

- dobrać modele urządzeń, spełniające wymagania SIWZ,
- potwierdzić dostępność tych modeli we wskazanych przez Zamawiającego terminach,
- uzgodnić warunki handlowe z dostawcami,
- zaplanować logistykę dostaw, zarówno od dostawców jak i do Zamawiającego,
- uzgodnić parametry oferty wewnątrz organizacji, ze względu na wartość oferty na wysokim poziomie decyzyjnym.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający stosuje inne wymagania w stosunku do siebie i inne w stosunku do wykonawców, co do terminów działań w tym postępowaniu. Zamawiający ogłosił postępowanie w dn. 20 listopada 2019 r. w godzinach popołudniowych i wyznaczył pierwotny termin składania ofert na dzień 6 grudnia 2019 r., zdaniem wykonawcy całkowicie nieadekwatnie do zakresu przedmiotu zamówienia, jego złożoności i potencjalnej wartości. Co więcej, pierwotny termin składania ofert został skrócony i wynosił mniej niż 35 dni. Jako uzasadnienie Zamawiający wskazał w protokole postępowania, cyt.: „(...) zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, w celu zapewnienia ciągłości świadczenia usług telefonii komórkowej.”

Zamawiający w tych okolicznościach ograniczył czas wykonawcom na szczegółową analizę SIWZ i wykonalności zamówienia oraz zadawanie pytań w terminie ustawowym do zaledwie 4 dni roboczych. Jednocześnie sam Zamawiający na przygotowanie odpowiedzi na pytania potrzebował aż 11 pełnych dni roboczych, pozostawiając ponownie wykonawcom, tym razem na przygotowanie rzetelnej i zoptymalizowanej oferty, zaledwie 5 pełnych dni roboczych i to w okresie przedświątecznym, w którym mamy do czynienia z ograniczoną ilością zasobów u każdego z wykonawców oraz z ograniczoną dostępnością osób podejmujących decyzje dotyczące składanej oferty.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wymaga od wykonawców profesjonalizmu przy przygotowaniu oferty oraz jej optymalizacji pod względem technicznym i cenowym, ale jednocześnie nie zapewnia wykonawcom odpowiedniego czasu na rzetelną analizę odpowiedzi na pytania i przygotowania na tej podstawie oferty. W związku z powyższym zdaniem wykonawcy przesunięcie terminu składania ofert jest w pełni uzasadnione.

Odwołujący podniósł, że przedstawione wyżej wyliczenia i stan faktyczny wskazują jednoznacznie, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy wymagające od Zamawiającego ustalenia tego terminu adekwatnie do zakresu zamówienia, jego złożoności i faktycznego czasu potrzebnego na złożenie poprawnej oferty, tj. art. 38 ust. 6 i art. 9a ustawy Pzp.

Odwołujący uzasadniał, iż w piśmiennictwie podnosi się, że przepis art. 9a ustawy

Pzp ma charakter gwarancyjny i zobowiązuje zamawiających do uwzględnienia przy wyznaczaniu terminów złożoności zamówienia, a także czasu potrzebnego na sporządzenie ofert. Terminy powinny być zatem ustalane indywidualnie, w zależności od rodzaju udzielanego zamówienia, oraz powinny uwzględniać przy szacowaniu ich długości daty kalendarzowe, np. okresy świąt państwowych, które faktycznie ograniczą czas przeznaczony na przygotowanie oferty. Ustalenie właściwego terminu składania ofert zwiększa szanse zamawiającego na osiągnięcie większej konkurencyjności ofert, (tak I. Skubiszak-Kalinowska. Art. 9(a). W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany. System Informacji Prawnej LEX, 2018).

Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok z dnia 27 września 2013 r. sygn. akt: KIO 2188/13.

Odwołujący nadto wskazał, iż przepisy art. 38 ust. 6 i art. 9a ustawy Pzp należy odczytywać w kontekście zasad wyrażonych w art. 7 ustawy Pzp. Interpretacja ustawy w tym zakresie nie tylko nie może być oderwana od realiów konkretnego postępowania, ale przeciwnie - musi być dokonywana z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia publicznego. Jeśli tak, to Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wyznaczył na składanie ofert termin zbyt krótki, nieuwzględniający czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, złożoności i wartości przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji niegwarantujący wykonawcom możliwości złożenia rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 stycznia 2020 r. wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dla której to czynności termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 16 grudnia 2019 r. Z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę ww. wniosku Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że wszczynając postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia określił jego warunki, zgodnie ze swoimi uzasadnionymi potrzebami, uwzględniającymi zarówno charakter zamówienia, jego skalę, termin rozpoczęcia świadczenia usług gwarantujący zachowanie ciągłości świadczonych usług telefonii komórkowej, jak i specyfikę przedsiębiorstwa Zamawiającego, która wymaga aby dostarczane urządzenia oraz świadczone usługi, objęte nim, uwzględniały fakt, że służą one bezpośrednio realizacji zadań, które są statutowym przedmiotem działalności Zamawiającego.

Na podstawie art. 43 ust. 2b pkt 2) ustawy Pzp Zamawiający skorzystał z możliwości skrócenia terminów składania ofert wyznaczając pierwotnie 20 - dniowy termin składania ofert w związku z obiektywnie wynikającej okoliczności jaką jest fakt, że termin

obowiązywania aktualnej umowy uzależniony jest od wyczerpania wynagrodzenia przewidzianego w umowie. Zgodnie z szacunkami wykorzystania usług i wynagrodzenia aktualnie zawarta umowa obowiązywać będzie maksymalnie do początku lutego 2020 r., przy czym w przypadku większego wykorzystania usług, istnieje ryzyko wcześniejszego wyczerpania wynagrodzenia, a w konsekwencji wcześniejszego zakończenia obowiązywania umowy. Mając powyższe okoliczności na uwadze oraz terminy wynikające z ustawy przy uwzględnieniu żądania Odwołującego, Zamawiający doprowadziłby do przerwania ciągłości świadczenia usług, będących przedmiotem postępowania. Zamawiający podkreślał, iż żaden wykonawca, w tym Odwołujący, nie zaskarżył skróconych terminów składania ofert.

Następnie Zamawiający przedstawił kalendarium postępowania. Wskazał, iż z jego analizy wynika, że termin na składanie ofert w niniejszym postępowaniu łącznie (po wydłużeniu) wyniósł 34 dni i wbrew pierwotnym oczekiwaniom Zamawiającego wydłużony został aż o dwa tygodnie. Jest to w opinii Zamawiającego czas absolutnie wystarczający na sporządzenie i złożenie oferty w tym postępowaniu. Należy wskazać, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego przygotowanie oferty w przedmiotowym postępowaniu nie było procesem złożonym. Jak już na wstępie uzasadnienia zostało podkreślone Zamawiający pierwotnie wyznaczył 20 - dniowy termin składania ofert, z uwagi na kończącą się aktualnie obowiązującą umowę. Zamawiający obiektywnie musi zawrzeć nową umowę w możliwie jak najszybszym czasie (z niezbędnym czasem na dokonanie zgodnie z umową wdrożenia), gdyż nie może dopuścić do sytuacji, w której chociażby przez jeden dzień, a nawet godzinę zostałby pozbawiony możliwości korzystania z usług telefonii komórkowej, z uwagi na rolę jaką pełni na rynku, a przede wszystkim z uwagi na charakter usług, które świadczy. Termin ten i tak został przedłużony do 34 dni, co przeczy argumentacji Odwołującego zawartej w uzasadnieniu odwołania, że: „dokonując modyfikacji treści Specyfikacji Zamawiający nie uwzględnił adekwatnego dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach w związku z dokonaną modyfikacją i wyjaśnieniem treści SIWZ”. W opinii Zamawiającego Odwołujący najprawdopodobniej przez przeoczenie nie zauważył lub też nie chciał zauważyć, że w dniu 12 grudnia 2019 r. Zamawiający nie dokonał żadnych modyfikacji treści SIWZ, wszystkie modyfikacje, zresztą co istotne znikome, które przywołuje Zamawiający w treści pisma z dnia 12.12.2019 r., stanowiącego odpowiedź na pytania wykonawców, zostały dokonane wcześniej, tj. pismem z dnia 05.12.2019 r. (a w związku z ich dokonaniem termin składania ofert został przesunięty z dnia 06.12.2019 r. na 18.12.2019 r.), natomiast w pozostałym zakresie Zamawiający podtrzymał dotychczasową treść SIWZ. W ocenie Zamawiającego nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego o skomplikowanym stopniu niniejszego przedmiotu zamówienia oraz obszerności pisma stanowiącego odpowiedzi na pytania (ponad 100 pytań i 42 strony pisma), co w istocie nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie faktycznym. Przedmiotem postępowania jest świadczenie usług

telefonii komórkowej i bezprzewodowej transmisji danych oraz dostawa telefonów komórkowych. W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy nie musieli przygotowywać żadnych metodologii realizacji usług, nie odbywali żadnych wizji lokalnych, w związku z czym w ocenie Zamawiającego (ale i nie tylko jak pokazał stan przedmiotowego postępowania) przygotowanie oferty w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie realnie było możliwe. Argumenty podnoszone przez Odwołującego w odwołaniu w ocenie Zamawiającego są argumentami bezzasadnymi i nieprawdziwymi, biorąc pod uwagę fakt, że w postępowaniu tym zostały złożone oferty, w tym sam Odwołujący w dniu 20 grudnia 2019 r. przesłał ofertę mailem.

Odnosząc się do argumentu Odwołującego dotyczącego „ogromu” treści zawartej w piśmie z dnia 12.12.2019 r. stanowiącym odpowiedzi na pytania wykonawców i związanej z tym niemożności sporządzenia oferty, która to niemożność winna skutkować przedłużeniem terminu składania ofert o dodatkowe 20 dni, Zamawiający podniósł, że nawet z pobieżnego przejrzania tego pisma jasno wynika, że znakomitą jego część stanowi obszerna treść zadawanych pytań, a nie odpowiedzi Zamawiającego, a ponadto większość udzielanych odpowiedzi w związku z wnioskami wykonawców sprowadza się do podtrzymania przez Zamawiającego dotychczasowych postanowień SIWZ. Inne argumenty „przemawiające”, zdaniem Odwołującego, za przedłużeniem terminu składania ofert, takie jak: „okres przedświąteczny i związana z tym ograniczona ilość zasobów u każdego z Wykonawców oraz ograniczona dostępność osób podejmujących decyzje dotyczące składanej ofert” w ocenie Zamawiającego również należy ocenić jako nieprawdziwe i nieuzasadnione w kontekście złożenia przez wykonawców ofert w przedmiotowym postępowaniu.

W opinii Zamawiającego Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił, które z dokonanych modyfikacji (bądź odpowiedzi na pytania) i dlaczego spowodować miały takie trudności w sporządzeniu oferty przez Odwołującego, na które jedynym remedium ma być przedłużenie terminu składania ofert o kolejne 20 dni, czyli łącznie do 54 dni.

Nie bez wpływu na ocenę zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów należy ocenić zachowanie Odwołującego, który w dniu 20.12.2019 r., oprócz wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o., (który o godz. 13:38 złożył ofertę), dwukrotnie o godz. 13:58 i 13:59, czyli w terminie składania ofert, który w niniejszym odwołaniu skarży, przesłał Zamawiającemu drogą mailową sporządzoną przez siebie ofertę na przedmiot zamówienia objęty niniejszym postępowaniem. Trudno w tej sytuacji zrozumieć trafność konkluzji zawartej w końcowej treści odwołania, którą Odwołujący sformułował następująco: „Przepisy art. 38 ust. 6 i art. 9a Pzp należy odczytywać w kontekście zasad wyrażonych w art. 7 Pzp. Interpretacja ustawy w tym zakresie nie tylko nie może być oderwana od realiów konkretnego postępowania, ale

przeciwnie - musi być dokonywana z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia publicznego. Jeśli tak, to Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wyznaczył na składanie ofert termin zbyt krótki, nieuwzględniający czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, złożoności i wartości przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji niegwarantujący Wykonawcom możliwości złożenia rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert.”

W opinii Zamawiającego sporządzenie przez Odwołującego oferty i przekazanie jej Zamawiającemu w przepisany termin stoi w absolutnej sprzeczności z wysuniętymi zarzutami, żądaniem oraz całą argumentacją odwołania, a co zatem idzie w całości należy je uznać jako bezzasadne, a samo odwołanie wniesione dla zwłoki.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba, po wysłuchaniu stanowisk Stron i Uczestników, oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego przedmiotowe odwołanie było spóźnione, gdyż zakwestionowanie przez Odwołującego czynności polegającej na wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu składania ofert w związku z dokonaną modyfikacją treści SIWZ nieprowadzącą do zmiany treści ogłoszenia na podstawie art. 38 ust. 6 ustawy Pzp powinno było nastąpić najpóźniej w dniu 16 grudnia 2019 r. (15 grudnia 2019 r. był dniem wolnym od pracy), jako że modyfikacja treści SIWZ oraz zmiana terminu składania ofert w jej następstwie została dokonana w dniu 5 grudnia 2019 r. Zamawiający wskazał, iż jeśli weźmiemy pod uwagę zarzuty odwołania względem pierwotnie wyznaczonego terminu składania ofert na 6 grudnia 2019 r., to termin na wniesienie odwołania upłynął jeszcze wcześniej. Zamawiający nadto podniósł, iż w dniu 12 grudnia 2019 r. Zamawiający udzielił wykonawcom wyłącznie wyjaśnień treści SIWZ bez dokonywania jej modyfikacji, jak również wskazał, że Odwołujący nie zaskarżył pierwotnie wyznaczonego skróconego terminu na składanie ofert, który został wyznaczony na dzień 6 grudnia 2019 r. oraz nie zaskarżył terminu wyznaczonego przez Zamawiającego w związku z modyfikacją treści SIWZ z dnia 5 grudnia, który został wyznaczony na dzień 18 grudnia 2019 r.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zdaniem Izby analiza treści odwołania prowadzi do wniosku, iż Odwołujący kwestionował czynność Zamawiającego dokonaną w dniu 12 grudnia 2019 r. polegającą na wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu składania ofert w związku z wyjaśnieniami/zmianami treści SIWZ (okoliczność czy zamieszczony dokument stanowił wyjaśnienia treści SIWZ czy też jej modyfikację była sporna między Stronami postępowania odwoławczego) udostępnionymi wykonawcom w ww. dniu na stronie internetowej Zamawiającego. Izba ustaliła, iż w dniu 12 grudnia 2019 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej wyjaśnienia/zmiany treści SIWZ oraz dokonał przesunięcia terminu składania ofert z 18 na 20 grudnia 2019 r., który to termin zdaniem Odwołującego, był zbyt krótki na przygotowanie i złożenie oferty, bowiem nie uwzględnił złożoności zamówienia i obszerności dokumentacji. W ocenie Izby termin na wniesienie odwołania należało zatem liczyć od dnia następującego po dniu 12 grudnia 2019 r., wobec czego termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp został zachowany.

Z uwagi na powyższe wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba oddaliła.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 20 grudnia 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 23 grudnia 2019 r. po stronie Zamawiającego, a także wykonawcę T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 23 grudnia 2019 r. po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z modyfikacją SIWZ z dnia 5 grudnia 2019 r., wyjaśnieniami treści SIWZ z dnia 12 grudnia 2019 r. oraz protokół postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 3 stycznia 2020 r.

Nadto skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału sprawy dowody złożone Odwołującego, tj.:

- opracowanie własne stanowiące elementy wyjaśniane w odpowiedziach na pytania opublikowane w dniu 12.12.2019 r. mające wpływ na wycenę kosztów i kluczowe dla przygotowania oferty,
- akt notarialny repertorium A nr 1/2020.

Izba zaliczyła również w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Zamawiającego w postaci:

- wydruku z platformy zakupowej Zamawiającego SmartPZP z dnia 5 grudnia 2019 r.,
- wydruków z poczty elektronicznej Zamawiającego z dnia 20 grudnia 2019 r., godz. 13:58, 13:59.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 15 listopada 2019 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 listopada 2019 r. pod numerem 2019/S 224-550621. Pierwotny termin składania ofert Zamawiający wyznaczył na dzień 6 grudnia 2019 r. godz. 14.00.

W dniu 5 grudnia 2019 r. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ, w tym przesunął termin składania ofert na 18 grudnia 2019 r. godz. 14.00.

W dniu 12 grudnia 2019 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej wyjaśnienia treści SIWZ zawierające 94 pytania. Jednocześnie Zamawiający przesunął termin składania ofert z 18 na 20 grudnia 2019 r. godz. 14.00.

Termin składania ofert upłynął w dniu 20 grudnia 2019 r. o godz. 14.00.

W postępowaniu za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego wpłynęła jedna oferta wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. W toku postępowania odwoławczego Izba ustaliła, iż w dniu 20 grudnia 2019 r. o godz. 13.58 i 13.59 do Zamawiającego wpłynęła drogą e-mail oferta wykonawcy Orange Polska S.A.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 38 ust. 6 w zw. z art. 9a ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wyznaczenie terminu złożenia ofert na dzień 20 grudnia 2019 r., który to termin jest terminem zbyt krótkim na przygotowanie i złożenie oferty, nieuwzględniającym czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty oraz złożoności zamówienia i obszerności dokumentacji, którą należy przeanalizować przed

sporządzeniem oferty, jak również z uwagi na zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o okres adekwatny do uwzględnienia w przygotowywanych ofertach wyjaśnień i modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji naruszenie przez Zamawiającego reguł wyznaczania terminów na składanie ofert oraz zasad przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 9a ust. 1 ustawy Pzp, wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, zamawiający uwzględnia złożoność zamówienia oraz, w przypadku ofert, czas potrzebny na sporządzenie ofert, z zachowaniem określonych w ustawie minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert.

W kontekście powyższego warto przypomnieć, iż zgodnie z art. 43 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Powyższa zasada doznaje wyjątku w art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy niż termin określony w ust. 2, nie krótszy jednak niż 15 dni, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający skorzystał z uprawnienia uregulowanego w art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp, a wyznaczony przez Zamawiającego jako pierwotny termin składania ofert (6 grudnia 2019 r.), nie był kwestionowany w ramach środków ochrony prawnej przez potencjalnych wykonawców zamówienia. Słusznie zatem argumentował Zamawiający oraz Przystępujący Polkomtel Sp. z o.o., iż twierdzenia Odwołującego zawarte w odwołaniu, jakoby pierwotny termin składania ofert wyznaczony na dzień 6 grudnia 2019 r. był nieadekwatny do zakresu przedmiotu zamówienia, jego złożoności i potencjalnej wartości, na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, należało uznać za spóźnione. Wykonawca winien kwestionować ww. czynność Zamawiającego, w terminie wynikającym z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Stosownie natomiast do treści art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, 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 i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie. Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio.

Co do zasady Izba podziela stanowisko Odwołującego, który podkreślał, iż termin składania ofert winien zostać wyznaczony w sposób indywidualny dla danego zamówienia z uwzględnieniem jego specyfiki i złożoności, w tym obszerności dokumentacji postępowania. Podkreślić jednak należy, iż zasadność zarzutu wykonawcy nie może się opierać wyłącznie na subiektywnym twierdzeniu o zbyt krótkim terminie na sporządzenie oferty. Odwołujący powinien wykazać obiektywne okoliczności uniemożliwiające złożenie oferty w terminie określonym przez Zamawiającego, czemu zdaniem Izby w okolicznościach niniejszej sprawy wykonawca nie sprostał. Wskazać należy, że wykonawca powinien posiadać odpowiednie zasoby kadrowe, które może oddelegować do przygotowania oferty. Być może z uwagi na rozmiar dokumentacji i termin składania ofert wykonawca będzie musiał oddelegować większą liczbę pracowników do przygotowania oferty, a tym samym ponieść dodatkowe koszty, jednakże okoliczności te leżą w subiektywnej ocenie i decyzji wykonawcy i nie mogą uzasadniać dostosowania zapisów SIWZ do subiektywnych żądań wykonawcy.

Co więcej, stanowisko prezentowane przez Odwołującego, jakoby w okolicznościach przedmiotowej sprawy wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert uniemożliwiał wykonawcom złożenie prawidłowej ofert, było niespójne. Podkreślić należy, iż poza ofertą Polkomtel Sp. z o.o., w niniejszym postępowaniu, również Odwołujący złożył ofertę zabezpieczoną wadium, co potwierdza treść wiadomości e-mail przedstawionych przez Zamawiającego. Inną kwestią jest to, czy oferta wykonawcy Orange Polska S.A. została złożona w przewidzianej przepisami Prawa zamówień publicznych formie. Podkreślić należy, iż przepisy ustawy Pzp nie przewidują złożenia zamawiającemu oferty na próbę. Trudno zresztą w ocenie Izby inaczej, wytłumaczyć działania Odwołującego, niż zamiarem złożenia oferty w postępowaniu, którą wykonawca przesłał drogą mailową „w związku z brakiem możliwości złożenia oferty przez platformę smart pzp”, krótko przed upływem terminu składania ofert. Nadto jak argumentował w toku rozprawy Zamawiający, czemu nie zaprzeczył Odwołujący, w dniu 20 grudnia 2019 r. od godz. 12:47 do godz. 13:52 wykonawca Orange Polska S.A. podejmował próby złożenia oferty za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego.

Odnosząc się do spornej między Stronami postępowania odwoławczego kwestii, czy dokument Zamawiającego z dnia 12 grudnia 2019 r. stanowił wyjaśnienia treści SIWZ, czy też jej modyfikację Izba wskazuje, iż lektura odwołania prowadzi do wniosku, że Odwołujący nie akcentował w jego treści, iż wyjaśnienia treści specyfikacji dotyczące m.in. parametrów technicznych urządzeń czy infrastruktury z dnia 12 grudnia 2019 r. w istocie stanowiły modyfikację postanowień SIWZ. W szczególności Odwołujący nie podał w treści odwołania żadnego pytania i udzielonych przez Zamawiającego w dniu 12 grudnia 2019 r. wyjaśnień, które potwierdzałyby powyższą okoliczność. Argumentacja ta w ocenie Izby stanowi

stanowisko procesowe Odwołującego, w odpowiedzi na twierdzenia Przystępującego Polkomtel Sp. z o.o., który w zgłoszeniu przystąpienia z dnia 23 grudnia 2019 r., podniósł, iż zarzut naruszenia art. 38 ust. 6 ustawy Pzp nie może zostać uwzględniony już ze względów formalnych, jako że czynność Zamawiającego podjęta w dniu 12 grudnia 2019 r. dotyczyła wyjaśnień treści SIWZ, a nie jej zmiany, zaś w art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, mowa jest o przedłużeniu terminu składania ofert w przypadku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie była to polemika w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który gospodarz postępowania uzasadniał m.in. tym, że modyfikacja treści SIWZ oraz zmiana terminu składania ofert nastąpiły w dniu 5 grudnia 2019 r., a czynność Zamawiającego dokonana w dniu 12 grudnia 2019 r. stanowiła wyłącznie wyjaśnienie postanowień specyfikacji (poza przesunięciem terminu składania ofert z 18 na 20 grudnia 2019 r.). W treści odwołania wykonawca wskazywał na obszerność dokumentu z dnia 12 grudnia 2019 r. (ponad 100 odpowiedzi na pytania, 42 strony). Jednocześnie sam Odwołujący podał, iż udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, Zamawiający wyjaśnił szereg kluczowych do przygotowania oferty elementów w zakresie m.in. parametrów technicznych urządzeń, dostępności infrastruktury, logistyki dostaw.

Izba wskazuje, iż nawet gdyby przyjąć, iż w wyniku wyjaśnień treści SIWZ nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu dokonanej w dniu 12 grudnia 2019 r. doszło do zmiany treści specyfikacji w pewnym zakresie, to Odwołujący nie wykazał powyższej okoliczności. Innymi słowy, Odwołujący nie wykazał, jakie konkretnie zmiany w dokumentacji postępowania w skutek udzielonych przez Zamawiającego w dniu 12 grudnia 2019 r. wyjaśnień specyfikacji skutkowały potrzebą wprowadzenia zmian w ofertach i koniecznością wydłużenia terminu składania ofert do dnia 9 stycznia 2020 r. Powyższej okoliczności, w ocenie Izby, nie potwierdza przedłożone przez Odwołującego opracowanie własne dotyczące elementów wyjaśnianych w odpowiedziach na pytania opublikowane w dniu 12 grudnia 2019 r. Co więcej, Odwołujący nie wykazał również Izbie, jakie zmiany w związku z dokumentem z dnia 12 grudnia 2019 r. zobowiązany był wprowadzić w ofercie, wszak najpóźniej w dniu 6 grudnia 2019 r. winien mieć przygotowaną ofertę, skoro pierwotny termin składania ofert wyznaczony został na ww. dzień. W ocenie Izby stanowiska Odwołującego nie potwierdza także złożony jako dowód akt notarialny repertorium A Nr 1/2020. Dokument ten stanowi co najwyżej dowód tego, że w dniu 13 grudnia 2019 r. odwołujący się wykonawca wysłał zapytanie ofertowe do kontrahenta oraz że w dniu 19 grudnia 2019 r. uzyskał ofertę od dostawcy telefonów. Dodatkowo Izba zauważa, iż w treści odwołania Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji obiektywnie uzasadniającej przedłużenie terminu składania ofert na dzień 9 stycznia 2020 r.

Reasumując powyższe, w ocenie Izby, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, Zamawiający wyznaczając ostatecznie termin składania ofert na dzień 20 grudnia 2019 r., a zatem 34 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE nie naruszył art. 38 ust. 6 w zw. z art. 9a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący: