Sygn. akt: KIO 551/19

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2019 r. przez wykonawcę **Comtegra S.A. w Warszawie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe z siedzibą w Poznaniu**
przy udziale wykonawcy **Integrale IT sp. z o.o. w Poznaniu,**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**oddala odwołanie,**
2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Comtegra S.A. w Warszawie** i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comtegra S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
2.2.zasądza od wykonawcy **Comtegra S.A. w Warszawie** na rzecz **Instytutu Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskiego Centrum Superkomputerowo-Sieciowego z siedzibą w Poznaniu**kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 551/19

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

Zamawiający – Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe z siedzibą w Poznaniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „sukcesywna dostawa do ośrodków komputerów dużej mocy i jednostek miejskich sieci komputerowych systemu obliczeniowego i systemu składowania danych wraz z instalacją i integracją".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 grudnia 2018 r., nr 2018/S 248-572712. W dniu 19 marca 2019 r. zamawiający przekazał do Dziennika Urzędowego UE ogłoszenie o zmianie ogłoszenia i zamieścił na swej stronie internetowej modyfikację treści SIWZ.

Wobec czynności modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ odwołujący wniósł 29 marca 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 38 ust. 4 w zw. z art. 29 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie modyfikacji treści SIWZ w sposób niezgodny z ustawą Pzp, skutkujący tym, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności faktycznych mających wpław na przygotowanie oferty i realizację zamówienia, niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości;
2)art. 12a ust. 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i nieprzedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofercie pomimo tego, że zamawiający dokonał istotnej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.03.2019 r., ewentualnie
3)art. 12a ust. 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i nieprzedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofercie pomimo tego, że zamawiający dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.03.2019 r.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany terminu składania ofert poprzez jego wydłużenie do dnia 6 maja 2019 r.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zarzuca dokonanej przez zamawiającego w dniu 19 marca 2019 r. modyfikacji treści SIWZ wskazanie dodatkowych wymogów dla próbki czyniąc opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie niejednoznacznym, niewyczerpującym i nieuwzględniającym wszystkich okoliczności faktycznych mających wpływ na przygotowanie oferty. W myśli zmodyfikowanego SIWZ, złożona w terminie 14 dni próbka *„musi spełniać wymagania opisane w zadaniu 1 dotyczące prawidłowej konfiguracji sprzętowej oraz zgodności z oprogramowaniem, którego uruchomienie planowane jest w zamawianym systemie. Ponadto próbka musi posiadać parametry nie gorsze niż wskazane przez wykonawcę w ofercie z wyłączeniem kryteriów KT(8) oraz KT(9)"*. Wskazał, że powyższa modyfikacja SIWZ jest dokonana z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp czyniąc wymóg dot. próbki niejednoznaczny — zamawiający w tym miejscu winien precyzyjnie wskazać jakie wymagania dotyczące sprzętu ma na myśli „w zadaniu 1", gdyż zakres prac wdrożeniowych jest opisany w pkt 3.4 IV SIWZ, nie zaś w pkt. 3.1 IV SIWZ odnoszącym się do zadania 1.

Odwołujący argumentował, że wprowadzona przez zamawiającego modyfikacja SIWZ oznacza, że próbka jest tożsama z docelowym rozwiązaniem (dla zadania 1). Zamawiający nie wziął jednak pod uwagę, że już na etapie realizacji umowy przewiduje, zgodnie z §2 ust. 2 wzoru umowy (III. SIWZ) termin 120 dni na wykonanie objętej zadaniem 1 dostawy. Oznacza to, że nie jest zasadne i w żaden sposób proporcjonalne kształtowanie wymogu doręczenia zgodnej z SIWZ próbki w terminie 14 dni od dnia wezwania przez zamawiającego po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Podkreślał, że czas oczekiwania na dostarczenie przez producenta elementów składających się na próbkę (obudowa, serwery, podzespoły serwerów) wynosi minimum 30 dni - co jest standardowym okresem dostaw sprzętu, tej klasy i jednocześnie okresem minimalnym wymaganym przez zamawiających publicznych w podobnych przedmiotowo postępowaniach. Nadto, czas potrzebny na konfigurację próbki w zakresie „oprogramowania, którego uruchomienie pionowane jest w zamawianym systemie" jest niemożliwy do oszacowania. Zamawiający na potrzeby dostarczenia tożsamego docelowego systemu przewiduje w SIWZ 120 dni. W zmodyfikowanym SIWZ zamawiający posługuje się określeniem „oprogramowania planowanego", które to nie jest w żaden sposób określone. Powyższe oznacza, że

wprowadzając modyfikację pkt 1.7.8 SIWZ dokonał jednocześnie rozszerzenia definicji próbki zawartej w IV SIWZ pkt 1.13.

Odwołujący zwrócił uwagę, że modyfikacja dokonana przez zamawiającego 19 marca 2019 r., w sposób bezpośredni rzutuje na przygotowanie i dokonanie rzetelnej wyceny oferty przez wykonawców, którzy to winni uwzględnić ewentualność przedłożenia zamawiającemu próbki na warunkach zgodnych z aktualnym brzmieniem SIWZ. W związku z tym, niezbędnym dla zachowania zasad uczciwej konkurencji i proporcjonalności (wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest przedłużenie terminu składania ofert zgodnie z żądaniem odwołującego. Zamawiający dokonując istotnej modyfikacji ogłoszenia winien też działać zgodnie z treścią art. 12a ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że nieuwzględnienie przez zamawiającego niniejszego odwołania przez wydłużenie terminu składania ofert do dnia 6 maja 2019 r., przy jednoczesnym rozpoznaniu i uwzględnieniu odwołania przez Izbę po aktualnym terminie składania ofert (5 kwietnia 2019 r.) - skutkować będzie powstaniem niemożliwej do usunięcia wady, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) - w konsekwencji skutkującej unieważnieniem postępowania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Integrale IT sp. z o.o. w Poznaniu. Wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje treści SIWZ, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Integrale IT sp. z o.o. w Poznaniu uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i w trakcie posiedzenia Izby podniósł, że o okolicznościach faktycznych stanowiących podstawę odwołania odwołujący powziął informację wcześniej, niż w dn. 19.03.2019 r. Wskazał, że obowiązek złożenia próbki istniał już w grudniu 2018r. (na tle pierwotnej treści SIWZ), natomiast od modyfikacji SIWZ z dnia 7.03.2019 r. odwołujący miał świadomość, co należy rozumieć poprzez próbkę. Dokonał porównania pkt I.7.8. ppkt 2 SIWZ w brzmieniu nadanym modyfikacją z 19 marca 2019 r. i w brzmieniu sprzed tej modyfikacji. Wywiódł, że porównanie obu postanowień pozwala na stwierdzenie, że nie doszło do rozszerzenia wymagań dotyczących obowiązku złożenia próbki, a jedynie jego doprecyzowania przez wskazanie zakresu wyłączonego spod badania próbki. Argumentował, że w konsekwencji nie doszło do istotnej zmiany treści wymagań zamawiającego. W tej sytuacji termin na wniesienie odwołania upłynął w dn. 17.03.2019 r., gdyż

Stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie*. Izba stwierdziła, że argumentacja zamawiającego przedstawiona we wniosku o odrzucenie odwołania stanowiła w istocie merytoryczną polemikę z zarzutami przedstawionymi w odwołaniu. Odwołujący w odwołaniu podniósł bowiem, że wskutek modyfikacji z 19 marca 2019 r. doszło do istotnej zmiany ogłoszenia i SIWZ przez rozszerzenie obowiązku złożenia próbki, a nie jego ograniczenia. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wywodził zaś przeciwnie. W tej sytuacji spór między stronami zaistniał na tle rozumienia modyfikacji dokonanej 19 marca 2019 r., co przesądzało o konieczności uznania, że termin na wniesienie odwołania rozpoczął bieg w tej właśnie dacie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ modyfikacji ogłoszenia i SIWZ sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny a także nieprzedłużenie terminu składania ofert, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia i godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „sukcesywna dostawa do ośrodków komputerów dużej mocy i jednostek miejskich sieci komputerowych systemu obliczeniowego i systemu składowania danych wraz z instalacją i integracją".

Ustalono także, że od dnia 7 marca 2019 r. sekcja VI. 3 pkt 7 ppkt 2 ogłoszenia o zamówienia i część I SIWZ pkt I.7.8 ppkt 2 otrzymała brzmienie: *„Ponadto zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia, w ciągu 14 dni, próbki umożliwiającej weryfikację zaoferowanych przez wykonawcę parametrów oraz spełnienia wymagań opisanych w SIWZ, o czym mowa w części IV SIWZ w pkt 9 lit. a. Szczegółowy opis próbki zawarty jest w części IV SIWZ w sekcji 1 Definicje pojęć.*".

W tej samej dacie, w części IV SIWZ, w sekcji 1 definicje pojęć, wprowadzono następującą definicję próbki:
„Próbka zdefiniowana jako system komputerowy składający się z:
-co najmniej 1 obudowy zbiorczej chassis wypełnionej maksymalną liczbą serwerów z CPU w konfiguracji zgodnej z ofertą złożoną w zadaniu 1
-lub co najmniej 12 serwerów CPU, w konfiguracji zgodnej z ofertą złożoną w zadaniu nr 1, wraz z infrastrukturą sieciową dla rozwiązania, które nie bazuje na obudowie chassis
- oraz klastra GPU - liczby serwerów tworzących co najmniej 1 jednostkę zakupową GPU opisaną w ofercie dla zadania nr 1.".

Ustalono ponadto, że zamawiający 19 marca 2019 r. dokonał modyfikacji sekcji VI. 3 pkt 7 ppkt 2 ogłoszenia o zamówienia i części I SIWZ pkt I.7.8 ppkt 2 w wyniku których postanowienia te otrzymały brzmienie:

„Ponadto zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia, w ciągu 14 dni, próbki umożliwiającej potwierdzenie, że zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego, o czym mowa w części IV SIWZ w pkt 9 lit. a).

Spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego oznacza, że przedmiot zamówienia musi spełniać wymagania opisane w zadaniu 1 dotyczące prawidłowej konfiguracji sprzętowej oraz zgodności z oprogramowaniem, którego uruchomienie planowane jest w zamawianym systemie. Ponadto próbka musi posiadać parametry nie gorsze niż wskazane przez wykonawcę w jego ofercie z wyłączeniem kryteriów KT(8) oraz KT(9).

Szczegółowy opis próbki zawarty jest w części IV SIWZ w sekcji 1 Definicje pojęć.”.

Ustalono ponadto, że w dniu 19 marca 2019 r. definicja próbki zawarta w części IV SIWZ, w sekcji 1 definicje pojęć, nie uległa zmianie.

Ustalono również, że ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu zostało przekazane do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 19 marca 2019 r.

Nie było sporne między stronami, że na datę dokonania modyfikacji ogłoszenia i SIWZ z dnia 19 marca 2019 r. termin składania ofert upływał w dniu 5 kwietnia 2019 r.

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 29 marca 2019 r. zamawiający przedłużył termin składania ofert do dnia 16 kwietnia 2019 r. godz.11.00.

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 5 kwietnia 2019 r. , na wniosek wykonawcy o treści: *„jakie konkretnie oprogramowanie (systemowe, narzędziowe, aplikacyjne) miał na myśl Zamawiający pisząc o <oprogramowaniu, którego uruchomienie planowanej jest w zamawianym systemie>?”* zamawiający udzielił odpowiedzi: *„Zamawiający wykorzysta oprogramowanie oraz aplikacje wymienione w SIWZ w zadaniu 1*. Tym samym pismem zamawiający przedłużył termin składania ofert do dnia 19 kwietnia 2019 r. godz. 11.00.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za chybione uznano zarzuty naruszenia art. 12 a ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 12 a ustawy Pzp:

1. *W przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne*.
2. *Jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 1, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania:*
   1) *ofert nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej - w trybie przetargu nieograniczonego;*
   2) *wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni, a jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej*
   - w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Z przywołanego przepisu art. 12a ust. 1 ustawy Pzp wynika, że w razie zmiany ogłoszenia o zamówieniu zamawiający ma obowiązek przedłużenia terminu składania ofert tylko jeśli zmiana ogłoszenia spowoduje konieczność wprowadzenia zmian w ofertach. Długość przedłużenia zaś zależy od okoliczności danej sytuacji i powinna być wystarczająca, aby zmiany w ofercie wprowadzić. Z kolei jeżeli zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu jest istotna, to zamawiający ma obowiązek przedłużyć termin składania ofert. Długość przedłużenia powinna uwzględniać czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, przy czym czas ten nie może być krótszy niż 15 dni licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zmianie ogłoszenia (art. 12a ust. 2 ustawy Pzp).

Rozstrzygnięcie zarzutów wymagało oceny, czy zmiana ogłoszenia dokonana przez zamawiającego w dniu 19 marca 2019 r. miała charakter istotny, a także czy wymagała zapewnienia wykonawcom dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach.

Udzielenie odpowiedzi na te pytania wymagało porównania wersji spornych postanowień sprzed i po dokonaniu spornej modyfikacji. Izba dokonała koniecznej analizy i doszła do przekonania, że zmiana wprowadzona przez zamawiającego nie wymagała zapewnienia dodatkowego czasu na wprowadzenie modyfikacji w treści przygotowywanych ofert.

Izba stwierdziła, że zamawiający dokonując w dniu 19 marca 2019 r. modyfikacji pkt I.7.8. ppkt 2 części I SIWZ nie dokonał rozszerzenia zakresu, w jakim będzie badana próbka, ale jego zmniejszenia (ograniczenia).

Na uwagę zasługiwał fakt, że już w poprzednio obowiązującym brzmieniu z dnia 7 marca 2019 r. próbka miała być badana nie tylko pod kątem parametrów oferowanych przez wykonawcę, ale także *„spełniania wymagań opisanych w SIWZ*”. Ponieważ zamawiający nie dookreślił o jakie „wymagania opisane w SIWZ” chodzi, należało dojść do wniosku, że chodziło o wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji. W modyfikacji z 19 marca 2019 r. zamawiający doprecyzował jedynie, co należy rozumieć przez spełnienie wymagań. Wskazał, że chodzi o *„wymagania opisane w zdaniu 1 dotyczące prawidłowej konfiguracji sprzętowej oraz zgodność z oprogramowaniem, którego uruchomienie jest planowane w systemie*”. Ponadto zamawiający wyłączył z zakresu badania kryteria KT(8) i KT(9). Taki zabieg oznaczał, że zamiast całego katalogu wymagań określonych w SIWZ, które miały być potwierdzone próbką, zamawiający wybrał i opisał jedynie te wymagania, które wymienił w modyfikacji 19 marca 2019 r.

Biorąc powyższe pod uwagę należało dojść do wniosku, że co najmniej od dnia 7 marca 2019 r. odwołujący jak i inni wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić konieczność złożenia próbki spełniającej nie tylko wymagania zaoferowane w ofercie, ale i wymagania opisane w SIWZ. Wprowadzona przez zamawiającego modyfikacja z 19 marca 2019 r. nie wymagała zatem zapewnienia wykonawcom dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w przygotowywanych ofertach, gdyż sprowadzała się do ograniczenia wymagań, jakie miały być potwierdzone próbką. Nakład pracy konieczny na przygotowanie próbki uległ zatem zmniejszeniu, a nie zwiększeniu, co przesądzało o konieczności oddalenia zarzutu.

Niezależnie od powyższego na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający zachował 15 dniowy termin składania ofert, o którym mowa w art. 12 a ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający pierwotnie wyznaczył termin składania ofert na 5 kwietnia 2019 r., a więc siedemnasty dzień licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zmianie ogłoszenia z dnia 19 marca 2019 r. Dostrzeżenia wymagało również, że na dzień wyrokowania w sprawie, termin składania ofert został przedłużony

przez zamawiającego o dalsze 14 dni, to jest do 19 kwietnia 2019 r. Wbrew stanowisku odwołującego, okoliczność tę Izba zobowiązana była wziąć pod uwagę, na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Kierując się tym przepisem Izba stwierdziła, że termin składania ofert, ustalony w chwili wyrokowania, około dwukrotnie przekraczał minimalne terminy, o których mowa w art. 12 a ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, że w rozpatrywanym stanie faktycznym można było mówić o zapewnieniu przez zamawiającego nawet 60 dni na przygotowanie próbki, który to termin był wskazywany przez samego odwołującego jako minimalny. Na okoliczność minimalnego czasu na przygotowanie próbki odwołujący złożył wydruk korespondencji mailowej prowadzonej 11 kwietnia 2019 r. z panem K. K. z Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z o.o. Z maila tego wynikało, że zdaniem pana K., czas potrzebny na przygotowanie i wysłanie określonego w postępowaniu sprzętu wynosi minimum 50 dni. Złożył także wyciąg z SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Warszawski na „sprzedaż i dostarczenie klastra obliczeniowego wraz z transportem, montażem we wskazanym pomieszczeniu, konfiguracją, wdrożeniem i instruktażem w ramach wyposażenia budynku CENT I". Z treści tej SIWZ wynikało, że zleceniodawca ten określił termin dostawy przedmiotu zamówienia na 60 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy.

Wzięto pod uwagę, że od dnia 7 marca 2019 r., to jest dnia od kiedy odwołujący powinien się liczyć z koniecznością złożenia próbki, do dnia 19 kwietnia 2019 r. czyli wyznaczonego terminu składania ofert, upłynie 43 dni. Do tego należało doliczyć odpowiedni czas, aby zamawiający zgodnie z ustanowionym wymogiem zbadał, która oferta jest najwyżej oceniona w rozumieniu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z kwestionowanym wymogiem, wezwanie do złożenia próbki, będzie kierowane jedynie do wykonawcy, który złoży ofertę najwyżej ocenioną. Wreszcie, po takim ustaleniu, zamawiający wystosuje do wykonawcy wezwanie do złożenia próbki zapewniając mu kolejne 14 dni. Powyższe prowadziło do wniosku, że możliwym było pozyskanie przez odwołującego wymaganej próbki nawet we wskazywanym przez niego terminie 60 dniowym, gdyby podjął działania w tym zakresie bez żadnej zwłoki. Kierując się powyższymi rozważaniami zarzut odwołującego podlegał oddaleniu.

Za chybione uznano zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*.

Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, *w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 stosuje się odpowiednio.*

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł, że w wyniku modyfikacji z dnia 19 marca 2019 r. wymóg dot. próbki stał się niejednoznaczny. W kwestionowanym postanowieniu pkt I.7.8. ppkt 2 SIWZ zamawiający przewidział, że *„zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia, w ciągu 14 dni, próbki umożliwiającej potwierdzenie, że zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego, o czym mowa w części IV SIWZ w pkt 9 lit. a).*

Spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego oznacza, że przedmiot zamówienia musi spełniać wymagania opisane w zadaniu 1 dotyczące prawidłowej konfiguracji sprzętowej oraz zgodności z oprogramowaniem, którego uruchomienie planowane jest w zamawianym systemie. Ponadto próbka musi posiadać parametry nie gorsze niż wskazane przez wykonawcę w jego ofercie z wyłączeniem kryteriów KT(8) oraz KT(9).

Odwołujący odnosząc się do przywołanego postanowienia SIWZ podniósł, że zapis jest niejednoznaczny. Wskazał, że *„Zamawiający w tym miejscu winien precyzyjnie wskazać jakie wymagania dotyczące sprzętu ma na myśli „w zadaniu 1", gdyż zakres prac wdrożeniowych jest opisany w pkt 3.4 IV SIWZ, nie zaś w pkt. 3.1 IV SIWZ odnoszącym się do Zadania 1*.".

Izba stwierdziła, że w kwestionowanym postanowieniu pkt I.7.8. ppkt 2 SIWZ, zamawiający nie posłużył się odwołaniem do pkt 3.4 części IV SIWZ ani do pkt 3.1 część IV SIWZ. W szczególności zamawiający w spornym postanowieniu nie wskazał, że zakres prac wdrożeniowych zawarty jest w pkt 3.1. części IV SIWZ, tak jak utrzymywał odwołujący. Zarzut zatem nie potwierdził się. Na marginesie należało dodatkowo wskazać, że tak opisanemu zarzutowi nie towarzyszyło żadne żądanie zmiany treści SIWZ.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł w odwołaniu, że zamawiający posłużył się w modyfikacji z 19 marca 2019 r. określeniem „oprogramowania planowanego". Zarzucił, że jest to sformułowanie, które nie zostało w żaden sposób określone.

Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku odwołującego zamawiający nie użył pojęcia „oprogramowanie planowane", ale „oprogramowanie, którego uruchomienie planowane jest w zamawianym sprzęcie". Stwierdzono ponadto, że zamawiający rzeczywiście w skarżonej modyfikacji nie zawarł definicji „oprogramowania, którego uruchomienie planowane jest w zamawianym sprzęcie", ale sformułowanie to nie powinno budzić większych wątpliwości. Niezależnie jednak od powyższego, Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający w dniu 5 kwietnia 2019 r. udzielił odpowiedzi na pytanie *„jakie konkretnie oprogramowanie (systemowe, narzędziowe, aplikacyjne) miał na myśli zamawiający pisząc o <oprogramowaniu, którego uruchomienie planowane jest w zamawianym systemie>?".* Na tak postawione pytanie zamawiający udzielił odpowiedzi: *„zamawiający wykorzysta oprogramowanie oraz aplikacje wymienione w SIWZ w zadaniu 1*". Kierując się treścią art. 191 ust. 2 ustawy Pzp i koniecznością wzięcia pod uwagę przy wydaniu wyroku stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania, Izba stwierdziła, że na moment wyrokowania sporne określenie zostało zdefiniowane w treści SIWZ. Określenie stało się znane wykonawcom, w tym odwołującemu, w dniu 5 kwietnia 2019 r., a więc przed dniem rozprawy i wyrokowania w sprawie. Mimo to odwołujący nie wycofał spornego zarzutu. Wobec powyższego stwierdzono, że zarzut nie potwierdził się. Na marginesie należało dodatkowo wskazać, że zarzutowi nie towarzyszyło żadne żądanie zmiany postanowień SIWZ.

Reasumując Izba doszła do przekonania, że nie doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał bowiem, aby wskutek modyfikacji SIWZ z 19 marca 2019 r., treść specyfikacji stała się niejednoznaczna, niewyczerpująca, czy wewnętrznie sprzeczna.

W konsekwencji niepotwierdzenia się wszystkich zarzutów, za chybiony uznano także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, 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. W rozpatrywanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Wobec powyższego odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący. Kosztami postępowania obciążono zatem tę stronę. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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:……