

WYROK
z dnia 2 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 września 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 września 2020 r.** przez wykonawcę **UMO Sp. z o.o., z siedzibą w Zielonce,**

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Jednostka Wojskowa nr 2305,

przy udziale:

- A. wykonawcy **GRIFFIN GROUP Spółka Akcyjna DEFENCE Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **WORKS 11 Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ustawy Pzp dotyczącego wymagania w zakresie masy wyrzutni (punkt 2 ppkt 3a Opisu Przedmiotu Zamówienia) oraz w zakresie zarzut naruszenia art. 38 ust. 6 i art. 9 ust. 1 ustawy Pzp dotyczący terminu składania ofert.**
- 2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **UMO Sp. z o.o., z siedzibą w Zielonce** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **UMO Sp. z o.o., z siedzibą w Zielonce** 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 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 Warszawie.**

Przewodniczący:
UZASADNIENIE

W dniu 2 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy **UMO Sp. z o.o., z siedzibą w Zielonce** (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Skarbowi Państwa - Jednostce Wojskowej Nr 2305 (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w przetargu prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa jednorazowych wyrzutni pocisków przeciwpancernych (zwane dalej „**Postępowaniem**”):

- 1) art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania modyfikacji SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego wyrażonym w odwołaniu z dnia 6 lipca 2020 r. pomimo, że Zamawiający w dniu 19 sierpnia 2020 r. w całości uwzględnił odwołanie a żaden z wykonawców przystępujących po stronie Zamawiającego nie złożył sprzeciwu;
- 2) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, ograniczający krąg potencjalnych wykonawców, wyrażający się w wyznaczeniu terminu realizacji dostaw do dnia 30.11.2020 r., podczas gdy sam cykl produkcyjny wraz z dostawą wskazanej ilości

- jednorazowych wyrzutni pocisków przeciwpancernych wynosi w zależności od rodzaju wyrzutni od kilku do kilkunastu miesięcy, co uniemożliwia złożenia oferty przez któregośkolwiek z wykonawców, poza wykonawcą, który już dokonał zlecenia produkcji jednorazowych wyrzutni pocisków przeciwpancernych;
- 3)art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 387 kc poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia polegającego na wyznaczeniu zbyt krótkiego, obiektywnie nierealnego i niemożliwego do dotrzymania w stosunku do czasu produkcji i realiów niniejszego Postępowania, terminu dostawy, tj. na dzień 30.11.2020 r. Zamawiający bowiem wielokrotnie przedłużył termin składania ofert (obecnie został on ustalony na dzień 4.09.2020 r.) nie przedłuża terminu realizacji zamówienia. Mając na uwadze wartość Postępowania, przysługujące w nim środki ochrony prawnej (na obecnym etapie, oraz po wyborze oferty) oraz minimalne terminy na zawarcie umów należy przyjąć, że Postępowanie zakończy się najwcześniej na koniec października 2020 r. Tym samym obiektywnie nie ma możliwości w tak krótkim terminie przeprowadzić procesu zamówienia i dostawy u Producenta tego rodzaju, specjalistycznego przedmiotu dostawy. Termin ten nawet nie uwzględni skomplikowanych procedur związanych np. z uzyskaniem certyfikatów importowych dotyczących przywozu broni spoza obszaru celnego Unii Europejskiej, a także innych niezbędnych zgód i pozwoleń. Obecnie zatem Zamawiający prowadzi Postępowanie na świadczenie niemożliwe;
- 4)art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wadliwe określenie terminu dostawy polegające na określeniu daty dziennej w sytuacji, gdy na dzień składania ofert wykonawca nie może ustalić, kiedy zostanie zawarta umowa, nie może zatem ustalić czy termin ten będzie wystarczający do zrealizowania zamówienia;
- 5)art. 38 ust. 6 i art. 9 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przedłużenie terminu składania ofert w sposób niewystarczający, niepozwalający złożyć oferty, z uwagi na fakt, że Zamawiający poprzez modyfikacje dokonane w dniu 26 sierpnia 2020 r. zmienił parametry przedmiotu zamówienia w sposób istotny, zmienił bowiem katalog wyrzutni możliwych do zaoferowania. Wydłużył termin składania ofert jedynie o 6 dni robocze, który uniemożliwia przygotowane konkurencyjnej oferty;
- 6)art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ w sposób preferujący jednego Wykonawcę dopuszczonego do Postępowania;
- 7)art. 38 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie wyjaśnień wewnętrznie sprzecznych i nie wyjaśniających w żaden sposób wątpliwości wskazanych w pytaniach, lecz je kreując;
- 8)art. 38 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 144 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 15 r. ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 poprzez dokonanie odpowiedzi na pytanie w sposób de facto modyfikujący SIWZ w sposób niezgodny z przepisami prawa oraz wprowadzający stan niepewności, co do czynności, które będzie podejmować Zamawiający w trakcie realizacji zamówienia.

W związku z opisanymi naruszeniami Odwołujący wniósł o uwzględnienie w całości odwołania oraz na podstawie art. 180 ust. 3 Pzp nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ w zakresie wskazanym poniżej, z uwzględnieniem konsekwencji i następstwa dla pozostałych postanowień SIWZ:

- 1)Modyfikację SIWZ poprzez zmianę terminu realizacji dostaw w Części I, Dziale I, Rozdziale V - Termin i miejsce wykonania zamówienia w pkt 1 na: „Termin wykonania zamówienia: nie później niż 12 miesięcy od dnia podpisania umowy” alternatywnie w przypadku dokonania modyfikacji wskazanej w punkcie 6 poniżej dopuszczający wyrzutnie o kalibrze do 90 mm włącznie, zmianę terminu w Części I, Dziale I, Rozdziale V - Termin i miejsce wykonania zamówienia w pkt 1 na: „Termin wykonania zamówienia: nie później niż 10 miesięcy od dnia podpisania umowy”;
- 2)Modyfikację SIWZ poprzez zmianę we Wzorze Umowy w §3 ust. 1 na: „WYKONAWCA dostarczy wyrob: określone w § 1 ust. 1 nie później niż w ciągu 12 miesięcy od dnia podpisania umowy”. alternatywnie w przypadku dokonania modyfikacji wskazanej w punkcie 6 poniżej dopuszczający wyrzutnie o kalibrze do 90 mm włącznie, zmianę we Wzorze Umowy w §3 ust. 1 na: „WYKONAWCA dostarczy wyroby określone w §1 ust. 1 nie później niż w ciągu 10 miesięcy od dnia podpisania umowy”.
- 3)Modyfikację wszelkich innych zapisów w SIWZ, które są wymagane w następstwie wnioskowanej zmiany terminu

dostawy, o których mowa powyżej.

- 4) Zmianę terminu składania i otwarcia ofert na dzień 15 września 2020 r. lub na termin przypadający min 15 dni po wydaniu wyroku ustalającego ostateczne brzemienne SIWZ lub 15 dni od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.
- 5) Modyfikację wszelkich innych zapisów w SIWZ, które są wymagane w następstwie wnioskowanej zmiany terminu składania ofert.
- 6) Zmianę punktu 2 pkt 3a OPZ nadając mu następujące brzmienie: „Kaliber: od 60 mm do 90 mm (włącznie)”;
- 7) Zasadzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przypisanych.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15.05.2020 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz na stronie internetowej Zamawiającego. Zgodnie z informacją zawartą w Sekcji II.1.5 ogłoszenia, ze względu na poufny charakter informacji, szczegółowe informacje dotyczące przedmiotu zamówienia określone w części III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, zostały przekazane wyłącznie wykonawcom, którzy zostali zaproszeni do składania ofert. SIWZ został przekazany Odwołującemu wraz z zaproszeniem do składania ofert w dniu 26.06.2020 r. Dopiero więc w tym momencie Odwołujący zapoznał się z opisem przedmiotu zamówienia i mógł ocenić realność określonego w ogłoszeniu terminu wykonania zamówienia. Termin zawarty w ogłoszeniu stał się już całkowicie oderwany od realiów Postępowania, gdyż zakłada on datę początkową i końcową realizacji zamówienia. Data początkowa już minęła i nie jest możliwa do dotrzymania, jak również założony czasookres realizacji zamówienia. Uznaje zatem, że daty tam wskazane są wiążące i niezmiennie musiałyby skutkować unieważnieniem Postępowania z uwagi na wadę, której nie da się usunąć.

Odwołujący wskazał, że w dniu 6 lipca 2020 r. wniósł odwołanie na treść SIWZ. Odwołanie to zostało uwzględnione przez Zamawiającego w dniu 19 sierpnia 2020 r. W dniu 26 sierpnia 2020 r. Zamawiający dokonał publikacji odpowiedzi na pytania, w których dał wyraz, że nie zamierza jednak modyfikować SIWZ w sposób zgodny z uwzględnionym uprzednio odwołaniem. W tym samym dniu Zamawiający dokonał również modyfikacji SIWZ, które są podstawą dodatkowych zarzutów, nie podniesionych w dniu 6 lipca 2020 r.

Zarzut naruszania art. 186 ust. 2 oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie modyfikacji zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W dniu 6 lipca 2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie na treść SIWZ (w załączeniu), w którym żądał zmiany terminu realizacji zamówienia. Odwołanie to zostało uwzględnione przez Zamawiającego w dniu 19 sierpnia 2020 r. Żaden z wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego nie wniósł sprzeciwu. W dniu 26 sierpnia 2020 r. Zamawiający dokonał publikacji odpowiedzi na pytania, w których dał wyraz, że nie zamierza modyfikować SIWZ w jakikolwiek sposób, w tym sposób zgodny z uwzględnionym uprzednio odwołaniem. W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego poza tym, że jest niezgodne z ww. przepisem jest całkowicie niezrozumiałe. Zamawiający nawet częściowo nie uwzględnił żądań Odwołującego, nie zmodyfikował terminu realizacji nawet o jeden dzień. Natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 30 opublikowane w dniu 26 sierpnia 2020 r. sam potwierdza, że „nie posiada pełnej informacji na temat możliwości dostaw poszczególnych producentów w wymaganym terminie do dnia 30 listopada 2020 r. jego decyzja nie wynika zatem z faktu, że zweryfikował możliwości rynku i uzyskał informacje o możliwości dostawy w tym terminie.

W ocenie Odwołującego, działanie Zamawiającego w sposób radykalny pogorszyło sytuację Wykonawców biorących udział w Postępowaniu, jak i samego Zamawiającego z następujących powodów:

- zarzuty nie zostały rozstrzygnięte - pomimo, że na dzień 26 sierpnia 2020 r. został wyznaczony termin rozpoznania odwołania, kolejny termin zostanie wyznaczony za minimum dwa tygodnie a zatem nie wcześniej niż w połowie września;

- terminy Postępowania się bezproduktywnie wydłużyły, a termin wykonania dostawy pozostał bez zmian, co w praktyce uniemożliwia jego realizację;
- otwarcie ofert bez czekania na rozstrzygnięcie niniejszego odwołania naraża Zamawiającego na ryzyko unieważnienia Postępowania i związane z tym roszczenia odszkodowawcze wykonawców w nim uczestniczących;
- ewentualnie działanie Zamawiającego może wskazywać na to, że zakłada on, że już w tej chwili jeden z wykonawców ma na stanie wymaganą ilość aż 500 szt. wyrzutni i niezależnie od daty zawarcia umowy będzie mógł dostarczyć ją w terminie do 30 listopada 2020 r. Oparcie postanowień SIWZ na takim założeniu z gruntu przesądza o wadliwości SIWZ.

II. Zarzut dotyczący terminu realizacji zamówienia.

Na wstępie Odwołujący wskazał, że w pełni podtrzymuje argumentację prawną zawartą w pierwszym odwołaniu oraz orzecznictwo tam powołane na poparcie swoich twierdzeń. Przedmiotem zamówienia dostaw w Postępowaniu są jednorazowe wyrzutnie pocisków przeciwpancernych. Jest to sprzęt specjalistyczny, podlegający małoseryjnej produkcji, który produkowany jest wyłącznie na zamówienie. Nie jest dostępny w powszechnym obrocie „od ręki”, czy też „z półki”. Nie magazynuje się go. Większość czasu w ramach procesu zamówieniowego przeznaczona jest na proces produkcyjny i dostawę. Termin realizacji zamówienia zależy od szeregu czynników, w tym od rodzaju wyrzutni lecz niezmiennie niezależnie od rodzaju jest pewien okres minimalny związany z zamówieniem, produkcją i dostawą wyrzutni.

Odwołujący wskazał, że pierwotny opis przedmiotu zamówienia w sposób radykalny zawężył przedmiot zamówienia. Odwołującym dokonał rozeznania rynku i z jego ustaleń wynikało, że w pełni wszystkie wymagania Zamawiającego spełniała wyrzutnia SAAB AT4-Cs-ER. Producent tej wyrzutni zakomunikował Odwołującemu, że sam okres produkcji trwa od kilku do kilkunastu miesięcy i możliwy jest do ustalenia ostateczny w dniu złożenia zamówienia. Dodatkowo niezbędny jest czas na dostawę, w tym uzyskanie wymaganych prawem zezwoleń. Stąd w pierwszym, uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu, Odwołujący wnosił o zmianę terminu realizacji na co najmniej 12 miesięcy.

Odwołujący wskazał, że w dniu 26 sierpnia 2020 r. Zamawiający zmodyfikował SIWZ poprzez zmianę jednego parametru masy wyrzutni i dopuszczając wyrzutnie lżejsze niż 9 kg (poprzednio parametr ten był uregulowany niemalże „na sztywno” - 9+/- 0,1 kg). Tą zmianą dopuścił wyrzutnie RPG 75 oferowane przez jednego z wykonawców (Works 11) zaproszonych do składania ofert oraz przy dopuszczeniu do kalibru 90 mm prawdopodobnie wyrzutnie INSTALAZ A - C90. W ocenie Odwołującego zmiana ta z pewnością rozszerza katalog możliwych do zaoferowania przedmiotów dostawy i pozwala rozpocząć rozmowy o terminie ich dostawy z ich producentami, jednakże nie zmienia ona charakteru przedmiotu dostawy. Odwołujący wskazał, że nie jest to przedmiot ogólnodostępny, który jest produkowany i składowany w dużych ilościach, dostępny „od ręki”. Nawet gdyby przyjąć, że inni producenci oferują krótsze terminy dostawy to jednak obiektywnie nie mogą one być krótsze niż kilka miesięcy. Z przyczyn obiektywnych jest to minimalny okres na produkcję i dostawę sprzętu wojskowego. Oczekiwanie dostawy w ciągu kilku tygodni oznaczałoby, że wyrzutnie te zostały wyprodukowane i oczekują jedynie na dostawę.

Mając na uwadze powyższe zastrzeżony przez Zamawiającego termin, mając na uwadze etap Postępowania jest, w ocenie Odwołującego nierealny.

Odwołujący wskazał, że prowadzenie Postępowania na świadczenie niemożliwe pierwotnie jakim byłaby dostawa wyrzutni pocisków w ciągu kilkunastu lub kilkadziesiąt dni jest bezprzedmiotowe ponieważ prowadzi do zawarcia umowy nieważnej od chwili jej podpisania. Zgodnie z art. 387 kc umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Niemożliwość wykonania musi mieć charakter nieprzemijający i obiektywny, tj. dotyczyć wszystkich potencjalnych Wykonawców. Taka sytuacja ma miejsce w Postępowaniu. Żaden z Wykonawców który nie mają pewności co do wyniku Postępowania nie jest w stanie zrealizować umowy w terminie 4 tygodni. W ocenie Odwołującego nie można również przyjąć, że wykonawcy wcześniej powinni zakontraktować taką ilość wyrzutni i zabezpieczyć sobie możliwość ich

dostawy. Takie działanie narażałoby wykonawców na dotkliwe sankcje ze strony producentów w sytuacji braku odbioru przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że termin składania i otwarcia ofert w Postępowaniu został wyznaczony na dzień 4.09.2020 r. Biorąc pod uwagę minimalny czas potrzebny na przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, wyjaśniania lub uzupełniania ofert, wybór oferty najkorzystniejszej, zachowanie wymogów standstill, przyjąć należy, że umowa w sprawie niniejszego zamówienia nie zostanie zawarta ok 30.10.2020 r. Należy zastrzec, że wskazany termin nie uwzględnia możliwości skorzystania przez wykonawców biorących udział w Postępowaniu ze środków ochrony prawnej w postaci odwołań do KIO, co doprowadziłoby do przedłużenia terminu rozpoczęcia realizacji dostaw. Realny czas na realizację dostaw może zatem ulec skróceniu poniżej 30 dni.

Odwołujący wskazał, że termin wykonania zamówienia nie może zostać określony w sposób naruszający podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na gruncie art. 7 ust. 1 ustawy publicznych określającego podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych (zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców) zakazane jest ustalanie terminu realizacji zamówienia w odniesieniu do danego wykonawcy (tak m.in.

wyrok KIO 4 lutego 2019 r., KIO 12/19). Termin wskazany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu może być spełniony wyłącznie przez wykonawcę, który złożył odpowiednie zamówienie na długo przed wszczęciem niniejszego postępowania. Nie można uznać, że takie działanie na rynku w stosunku do tego rodzaju produktu jest standardowym, typowym i spodziewanym przez zamawiającego działającego zgodnie z przepisami prawa. Przeciwnie oparcie terminu o tego rodzaju założenie wprost prowadzi do wniosku, że Zamawiający działa z naruszeniem ustawy Pzp, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, preferując konkretnego wykonawcę.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, przewidzenie realnych terminów wykonania zamówienia ma też z wielu powodów istotne znaczenie dla Zamawiającego. Między innymi, zamawiający nie jest zaskakiwany opóźnieniami w realizacji zamówienia i może wcześniej przygotować podjęcie odpowiednich działań mających na celu zabezpieczenie swoich interesów. Zwróciła na to uwagę Izba w wyroku z dnia 4 lutego 2019 r. (KIO 12/19). Zamawiający już teraz nie wyrażając zgody na zmianę terminu dostawy nie może następnie zgody takiej udzielać aneksując umowę. Byłoby to działanie wprost sprzeczne z prawem. Co więcej żadnej racjonalny, legalnie działający Wykonawca nie złoży oferty mając świadomość braku możliwości dostarczenia wyrzutni w terminie, a jedynie licząc na możliwość aneksowania Umowy.

Ponadto Odwołujący wskazał, że termin wykonania zamówienia abstrahuje również od najpoważniejszego kryzysu światowego od lat, tj. od pandemii SARS-CoV-2. Globalna pandemia koronawirusa wywiera wpływ na wiele branż, w tym również na przemysł zbrojeniowy. To między innymi zakłócenia w łańcuchach dostaw, czy konieczność ograniczenia działalności w zakładach, z uwagi na sytuację epidemiczną. Z tego samego powodu zaburzone nie tylko procesy produkcyjne, ale i logistyczne. Wyznaczając termin wykonania zamówienia Zamawiający powinien wziąć te okoliczności pod uwagę. Z uwagi na dużą dynamikę tych zmian nie da się z góry pewnych terminów zagwarantować, zleżą one bowiem od szeregu czynników, na które przedsiębiorcy mają ograniczony lub żaden wpływ. Jak istotna to kwestia dla wszystkich wykonawców świadczy treść zadawanych przez nich pytań. Ich znacząca część dotyczy właśnie terminu dostawy oraz ryzyk związanych z jego niedotrzymaniem.

Odwołujący zaznaczył, że symptomatyczna jest również odpowiedź na pytanie nr 13, w którym sam Zamawiający przyznaje, że nie ma wiedzy czy możliwa będzie realizacja zamówienia w terminie do 30 listopada 2020 r. oraz odpowiedź nr 14, w której wyraźnie stwierdza, że termin ten jest oderwany od możliwości rynkowych i podyktowany wyłącznie „koniecznością realizacji zadania przetargowego do końca roku kalendarzowego”.

W ocenie Odwołującego sam fakt zabezpieczenia środków na realizację zamówienia w danym roku i możliwość utraty tych środków nie może stanowić przesłanki usprawiedliwiającej narzucania terminów nierealnych, rażąco naruszających uczciwą konkurencję. W sprawie z odwołania toczącego się w ubiegłym roku w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Izba zajęła następujące stanowisko: „Niezasadnym jest argumentacja Zamawiającego, że termin

realizacji dostaw do końca rok 2019r. jest podyktowany możliwą utratą środków finansowych zaplanowanych w budżecie na ten rok. Wydatkowanie zaplanowanych środków budżetowych na ten cel nie może uzasadniać ograniczenia lub wręcz wyeliminowania konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie otwartego przetargu nieograniczonego. Jednostka sektora finansów publicznych winna zapewnić wydatkowanie środków publicznych w sposób oszczędny, celowy z uzyskaniem najlepszych efektów z poniesionych nakładów oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji, (tak wyrok KIO z dnia 10 października 2019 r., KIO 1912/19).

W ocenie Odwołującego Zamawiający dysponuje narzędziami przewidzianymi w przepisach o finansach publicznych, takimi jak wydatki nie wygasające, aby w sytuacji przedłużania się realizacji przedsięwzięć można było określone wydatki ponieść w kolejnym roku budżetowym.

Za wadliwe i niezgodne z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać określenie terminu dostawy datą dzienną. Tak określony termin trudno uznać za jednoznaczny czy uwzględniający wszystkie okoliczności mające wpływ na złożenie oferty. Przeciwnie, składając ofertę Wykonawca nie wie, ile zostanie mu czasu na realizację zamówienia i czy w ogóle będzie to możliwe. Nie można na ten dzień bowiem przewidzieć terminów, w jakich zamawiający będzie dokonywał oceny ofert ani czy wykonawcy skorzystają z przysługujących im środków ochrony prawnej. W przypadku wystąpienia tej drugiej okoliczności obiektywnie nie będzie można zrealizować zamówienia w terminie wskazanym w SIWZ, a negatywną konsekwencję z tytułu zaniechania zawarcia umowy - tj. utratą wadium - poniesie wykonawca działający w dobrej wierze.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie zawarł żadnych szczególnych przesłanek zmiany umowy (poza zmianą prawa i siłą wyższą). Te jednak nie będą miały zastosowania w opisywanej sytuacji, trudno bowiem zakwalifikować skorzystanie ze środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o znacznej wartości za okoliczność nadzwyczajną czy nie dająca się przewidzieć (zgodnie art. 144 ust. 1 pkt 3) lub siłą wyższą (art. 144 ust. 1 w zw. Z SIWZ). Zmiany terminu nie będzie można uznać również za okoliczność nieistotną, zwłaszcza w świetle poprzedniego i niniejszego odwołania oraz szeregu pytań, które podkreślają wagę tego elementu SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 oraz art. 38 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie odpowiedzi na pytania, które zmieniają sytuację wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami i zasadami uczciwej konkurencji, zmieniają (pogarszają jego sytuację na etapie realizacji zamówienia, a dodatkowo są niejasne co do intencji Zamawiającego).

Odwołujący wskazał, że w dniu 26 sierpnia 2020 r. Zamawiający opublikował odpowiedzi na pytanie nr 14 i na pytanie nr 30, których można wywieść całkowicie wykluczające się wnioski. Na pytanie nr 14, które brzmi: „Czy określając termin wykonania zamówienia zamawiający wziął pod uwagę trwającą pandemię SARS-CoV-2” Zamawiający odpowiedział, że bierze pod uwagę zakłócenia, które mogą wystąpić w związku z trwającą pandemią. Pytanie to zostało zadane przez Odwołującego. Natomiast na pytanie nr 30, w którym inny Wykonawca (nie Odwołujący) zapytał o wyrażenie zgody na zmianę Umowy dopuszczającą możliwość zmiany Umowy w sytuacji wystąpienia COVID-19 - Zamawiający nie zgodził się na zmianę. Tą drugą odpowiedzią Zamawiający de facto dał do zrozumienia Wykonawcom, że nie będzie zgadzał się na zmianę Umowy w okolicznościach wskazanych w pytaniu. Co więcej, poprzez dokonaną odpowiedź Zamawiający de facto pogorszył sytuację Wykonawców ponieważ uniemożliwił dokonanie w okolicznościach objętych pytaniem dokonanie zmiany umowy na gruncie art 144 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten bowiem dopuszcza możliwość zmiany Umowy w sytuacji, gdy konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć. Obecnie Zamawiający nie tylko może przewidzieć (bo jest to sygnalizowane przez różnych wykonawców) ale również wyraźnie stwierdził, że w jego ocenie okoliczności te nie będą stanowiły podstawy zmiany Umowy, nie zgadzając się na ich wprowadzenie do Umowy. Żaden z Wykonawców działających racjonalnie nie może zatem przyjąć, że Zamawiający pomimo negatywnej odpowiedzi kilka tygodni później zgodzi się na zmianę terminu realizacji wynikającą z okoliczności objętych pytaniem.

W ocenie Odwołującego, odpowiedź na pytanie nr 30 mimo, że formalnie nie jest modyfikacją SIWZ wprost wpływa na sytuację prawną Wykonawców, gdyż wyłącza możliwość skorzystania z nich z pewnych uprawnień, z których uprzednio (tj. bez odpowiedzi nr 30) mogli oczekiwać, ich respektowania. Takie ograniczenie narusza również art. 15 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374), w którym

ustawodawca nakłada na zamawiających obowiązek zmiany umowy w sprawie zamówienia jeżeli konieczność ta wynika z wirusa. Jeżeliby natomiast przyjąć, że intencją Zamawiającego nie było wyłączenie ustawowej podstawy zmiany umowy (art. 144 ust. 1 pkt 3, i art. 15 ust. 4 tarczy antykryzysowej) to należy uznać, że dokonane odpowiedzi na pytania naruszają art 29 ust. 1 ustawy Pzp. Tak sformułowane odpowiedzi są bowiem niespójne oraz tworzą stan niepewności, co do działań, które podejmie Zamawiający w okolicznościach wskazanych w pytaniu nr 14 i 30. Ten stan nie pozwala w sposób prawidłowy ocenić ryzyk Wykonawcy i de facto złożyć prawidłowej oferty. O tym jak istotne są ryzyka świadczy nie tylko treść niniejszego odwołania ale również pytania zadawane przez innych wykonawców (np. nr 30, 26, 27, 28, 29).

Zarzut dokonania modyfikacji naruszającej art. 29 ust. 2 i art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 26 sierpnia 2020 r. Zamawiający na wniosek Wykonawców zmodyfikował wymagania dot. wyrzutni odnoszące się do jej masy. Dokonując odpowiedzi na pytanie nr 1, 7 9, 20 zgodził się na zmianę obecnego zapisu punkt 2 ppkt 3c OPZ , który brzmiał „Masa całkowita: $9 \pm 0,1$ kg” na „Masa całkowita: do $9 \pm 0,1$ kg”. W ocenie Odwołującego zmianę tą należy ocenić pozytywnie, Zamawiający dopuścił bowiem lżejsze, a zatem lepsze i nowocześniejsze wyrzutnie. Jednocześnie jednak nie dokonał modyfikacji wnioskowanej w pytaniu nr 18 dotyczącej kalibru wyrzutni. W pytaniu nr 18 inny Wykonawca wnioskował o zmianę punkt 2 ppkt 3a, który obecnie brzmi „Kaliber: od 60 mm do 84 mm” na „Kaliber od 60 mm do 90 mm”. Nie wyrażając zgody na modyfikację Zamawiający nie dopuścił rozwiązań nowocześniejszych niż określone pierwotnie.

W ocenie Odwołującego poczynione przez Zamawiającego modyfikacje są niekonsekwentne, bo z jednej strony dopuszcza technologię nowocześniejszą, która zakłada produkcję lżejszych wyrzutni, a z drugiej strony nie dopuszcza wyrzutni o nowocześniejszym, większym kalibrze. W ocenie Odwołującego takie rozwiązanie pozwala na zwiększenie przebijalności pancerza a także na znacznie lepszą precyzję oraz efektywny zasięg. Oczywiście jest, że przy większym kalibrze takim jak 90 mm, wystrzeliwany pocisk oraz jego głowica posiada większą ilość materiału wybuchowego i jest bardziej stabilny w trakcie lotu. Nie ulega również wątpliwości, że ilość materiału pędnego ze względu na większe wymiary granatnika posiada większą masę a więc zarazem jest w stanie wytworzyć większą energię, co pozwala na zwiększenie efektywnego zasięgu. Nowoczesne technologie produkcyjne a także niepodważalny postęp z zakresu materiałoznawstwa pozwolił producentom na stosowanie lżejszych komponentów oraz materiałów, w związku z czym większość wiodących producentów granatników przeciwpancernych posiada w swojej ofercie rozwiązania o większym kalibrze takim jak 90 mm, których waga jest porównywalna do starszych rozwiązań, natomiast ich parametry użytkowe znacznie je przewyższają.

Zdaniem Odwołującego konsekwentna zmiana obu tych parametrów pozwoliłaby Zamawiającemu uzyskać nowoczesne, funkcjonalne wyrzutnie oraz zwiększyłoby konkurencyjność Postępowania ponieważ umożliwiłaby zaoferowanie większej liczby modeli wyrzutni spełniających wymagania Zamawiającego np. RGW90, produkowana przez Dynamie Nobel Defense oraz Instalaza C90.

W ocenie Odwołującego wskazana niekonsekwencja Zamawiającego uzasadniona może być jedynie chęcią nakierowania na jeden produkt będący na rynku, tj. wyrzutnie RPG 75 oferowaną przez firmę Works 11 sp. z o.o. Tylko to rozwiązanie, stanowiące pewien anachronizm, z jednej strony zredukowało wagę w stosunku do modeli o starszej technologii a z drugiej strony ma kaliber mieszczący się w wymaganiach Zamawiającego (nie większy niż 84 mm). Zdaniem Odwołującego dokonanie ww. modyfikacji narusza zasady art. 7 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jako mogący utrudniać uczciwą konkurencję opis przedmiotu zamówienia.

Zarzut zaniechania przedłużenia terminu składania ofert w stopniu wystarczającym

Odwołujący wskazał, że w dniu 26 sierpnia 2020 r. Zamawiający zmodyfikował SIWZ poprzez rozszerzenie parametrów wyrzutni. Poza kluczową na co wskazuje liczba aż 4 pytań na 30 zadanych przez różnych wykonawców kwestią wagi wyrzutni zmianie uległy również inne parametry tj. funkcję samoneutralizacji (pyt. 2), maksymalna odległość lotu

batalistycznego (pyt.6). W ocenie Odwołującego zmiany te wymagają ponownej analizy rynku i podjęcia rozmów z producentami sprzętu, które spełniają obecne wymagania SIWZ. W trakcie tych negocjacji każdy Wykonawca musi ustalić warunki dostawy, ceny, terminy. Z uwagi na wartość zamówienia i specyfikę przedmiotu zamówienia rozmowy te wymagają czasu. Zamawiający w dniu 26 sierpnia 2020 r. przedłużył termin składania ofert na dzień 4 września 2020 r. co daje jedynie 6 dni roboczych na przemodelowanie całej oferty oraz uzyskanie wiążących ofert producentów wyrzutni pocisków. W ocenie Odwołującego ten termin jest niewystarczający z uwagi na specyfikę zamówienia. Nie jest to bowiem produkt ogólnie dostępny, wyrzutnie nie są również produkowane w znaczącej większości w Polsce stąd też prowadzenie negocjacji wymaga znacznie większej ilości czasu niż w przypadku innych, bardziej typowych dostaw. W ocenie Odwołującego o tym jak kluczowy dla zamówień publicznych jest termin składania ofert przesądził ustawodawca w 2016 r. kiedy to wytyczne w tym zakresie podniósł do rangi zasady prawa. Od tego czasu nie tylko art. 38 ust. 6 ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odpowiedniego przedłużenia terminu składania ofert, ale również art. 9a ustawy Pzp ust. 1 ustawy Pzp. Zaniechaniem przedłużenia terminu związania ofert na min. 15 dni od dokonanej modyfikacji Zamawiający naruszył dyspozycje obu ww. przepisów.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r..

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: oświadczenie Metalexport -S sp. z o.o. z dnia 29 września oraz oświadczenie Instalaza s.a. z dnia 29 września 2020 r. na okoliczność wykazania, że nie ma możliwość realizacji zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. dostawa jednorazowych wyrzutni pocisków przeciwpancernych.

Izba ustaliła, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15 maja 2020 r. W treści ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa wyrzutni pocisków przeciwpancernych.

Do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu takie wnioski złożyli: (i) Odwołujący; (ii) Works 11 sp. z o.o.; (iii) Griffin Group S.A. Defence Sp.k; (iv) Zakłady Metalowe Dezamet S.A.; (v) Konsorcjum Metalexprt-S sp. z o.o. oraz Vazovski Mashinostroitelni Zavodi, Blvd, Bułgaria. Wszyscy ww. wykonawców spełnili kryteria selekcji i zostali zaproszeni do złożenia oferty w postępowaniu. Zamawiający w dniu 26 czerwca przekazał zaproszenia do składania ofert wraz ze SIWZ.

Izba ustaliła, że w dniu 6 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy UMO sp. z o.o. Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczy terminu realizacji zamówienia i określenie go poprzez wskazanie daty dziennej.

Izba ustaliła, że w dniu 19 sierpnia 2020 r. poinformował Odwołującego, iż działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp uwzględnił w całości odwołanie z dnia 6 lipca 2020 r.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 29 września 2020 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ pkt 2 ppkt 3 dopuszczając wyrzutnie o kalibrze od 60 mm do 90 mm. Zamawiający zmienił również datą składania ofert wskazując, że oferty mogą być składane do dnia 9 października 2020 r.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została spełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 1 Pzp, a Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z

przepisami Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym w ocenie Izby wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić.

Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ustawy Pzp dotyczącego wymagania w zakresie masy wyrzutni (punkt 2 ppkt 3a Opisu Przedmiotu Zamówienia) oraz w zakresie zarzut naruszenia art. 38 ust. 6 i art. 9 ust. 1 ustawy Pzp dotyczący terminu składania ofert. Pełnomocnik Odwołującego złożył podczas rozprawy oświadczenie o cofnięciu powyższych zarzutów. W ocenie Izby rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w *uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15*. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego wyrażono identyczne stanowisko w szeregu orzeczeń Izby m.in. w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16. W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania modyfikacji SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego wyrażonym w odwołaniu z dnia 6 lipca 2020 r.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera więc dwie normy prawne. Pierwsza z nich, wskazana w zdaniu pierwszym tego przepisu, skierowana jest do Izby i jest przepisem o charakterze procesowym, dotyczącym postępowania odwoławczego, natomiast druga norma (zawarta w drugim zdaniu) odnosi się do samego zamawiającego i czynności wykonywanych już w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazane przez Odwołującego naruszenia dotyczą więc zdania drugiego ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z przywołanym przepisem, jeśli zamawiający uwzględni w całości zarzuty odwołania, zobowiązany jest wykonać, powtórzyć lub unieważnić kwestionowane czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jest bezsporne, że Zamawiający uwzględnił odwołanie z dnia 6 lipca 2020 r. w całości, zatem formalnie powinien postąpić zgodnie z dyspozycją zdania drugiego ustawy Prawo zamówień publicznych i wykonać czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Zamawiający jednak nie zmieniał SIWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia.

W tym zakresie wskazać należy, że zd. 2 ustawy Pzp i obowiązku zamawiającego dotyczącego realizacji postulatów wykonawcy związanych z określonymi żądaniami zmiany treści SIWZ musi być poddany analizie względem przepisów ustawy Pzp. Może bowiem zaistnieć sytuacja, w której nie wszystkie żądania odwołującego są zgodne z prawem lub jednocześnie możliwe do wykonania albo że przed ich dokonaniem zamawiający musi dokonać jeszcze innych

czynności.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, w przypadku zaistnienia konfliktu pomiędzy obowiązkiem wynikającym z zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych a przekonaniem zamawiającego, że wykonanie tego obowiązku doprowadzi do niezgodności deklarowanej do wykonania czynności z prawem - przyjmuje się, że poprawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest priorytetem. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór oferty (wykonawcy) dokonany prawidłowo, podobnie prawidłowe powinny być pozostałe czynności w postępowaniu, a postępowanie odwoławcze ma tę prawidłowość zapewnić - niezgodne więc z tym założeniem byłoby przyczynianie się przez postępowanie odwoławcze do błędnego (niezgodnego z prawem) wyniku postępowania przetargowego, czy tym bardziej jego bezpośrednie powodowanie. Tym samym za dopuszczalną należy uznać sytuację, w której zamawiający nie uwzględni określonych żądań wykonawcy - niezgodnie z zd. 2 ustawy Pzp, jeśli ich niewykonanie jest poprawne w świetle przepisów „merytorycznych”, tj. dotyczących samej procedury udzielania zamówienia. W przypadku takim Izba rozpatruje więc kolejne wniesione odwołanie. Tak też Izba uczyniła w analizowanym stanie faktycznym, dokonując oceny zarzutów dotyczących terminu realizacji zamówienia oraz określenia terminu realizacji zamówienia poprzez datę dzienną. Izba uznała jednak, że zarzuty te są spóźnione z uwagi na regulacje zawarte w art. 38 ust. 4b ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp dotyczący terminy realizacji dostawy, zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez określenie terminu realizacji dostawy datą dzienną oraz zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 387 kc dotyczący zbyt krótkiego, obiektywnie nierealnego i niemożliwego do dotrzymania terminu dostawy, tj. na dzień 30.11.2020 r.

W ocenie Izby oba zarzuty należy uznać za zarzuty spóźnione i z tej przyczyny nie podlegały rozpoznaniu merytorycznemu.

W orzecznictwie sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że przepisy Pzp nie przewidują instytucji częściowego odrzucenia odwołania, jednakże zarzuty skutkujące odrzuceniem odwołania w przypadku gdy odwołanie nie zawiera pozostałych zarzutów, w sytuacji połączenia ich w odwołaniu z innymi zarzutami - powinny zostać pozostawione bez rozpoznania - podobnie w wyroku SO w Szczecinie z 20.07.2012 r., sygn. akt: II Ca 685/12, wyroku SO w Przemyślu z 11.05.2015 r., sygn. akt: I Ca 131/15. W tym ostatnim orzeczeniu w uzasadnieniu sąd wskazał, że gdyby zarzut stanowił samodzielną podstawę odwołania, wówczas odwołanie podlegałoby odrzuceniu. Jednakże jeśli spóźniony zarzut został zgłoszony obok innych zarzutów, wniesionych w ustawowym terminie, winien być na podstawie odpowiedniego stosowania przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp pozostawiony bez rozpoznania, oraz wyrokach KIO z 19.05.2017 r., sygn. akt: KIO 903/17, z 03.03.2016 r., sygn. akt: KIO 222/16, z 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2690/13 oraz z 30.03.2012 r., sygn. akt: KIO 482/12. Podobnie w wyroku KIO z 03.08.2020 r., sygn. akt: KIO 1349/20, w wyroku KIO z 13.08.2019 r., sygn. akt: KIO 1447/19, w wyroku KIO z 19.09.2018 r., sygn. akt: KIO 1808/18, w wyroku KIO z 21.02.2018 r., sygn. akt: KIO 231/18, w wyroku KIO z 30.06.2016 r., sygn. akt: KIO 1047/16, czy też w wyroku KIO z 19.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2743/14.

W ocenie Izby spóźniony charakter powyższych zarzutów wynika z faktu, że informacja o terminie wykonania dostawy znajdowała się już w ogłoszeniu z 15 maja 2020 r. Wskazać należy, że zgodnie z art. 38 ust. 4 b Pzp, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. W konsekwencji należy uznać, że zgłoszenie zarzutów, których uznanie skutkowałoby takimi zmianami SIWZ, które prowadziłyby do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, z uwagi na ich niedopuszczalny charakter skutkuje tym, że ich zgłoszenie powinno nastąpić wcześniej (i na których zgłoszenie we właściwym trybie termin upłynął). Uznanie zasadności omawianych zarzutów skutkowałoby koniecznością zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w Sekcji II pkt 3. W ocenie Izby, ta okoliczność ma charakter bezsprzeczny.

Jednocześnie, Izba wskazuje, że profesjonalny charakter Odwołującego, dogłębna wiedza techniczna i merytoryczna potwierdzona wielokrotnym udziałem Odwołującego w przetargach organizowanych przez Zamawiającego, pozwala na przyjęcia założenia, że Odwołujący mógł przynajmniej przypuszczać, co jest przedmiotem zamówienia od dnia publikacji ogłoszenia, mógł określić jego szacunkową wartość, a tym samym mógł podnieść zarzut zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia na etapie publikacji ogłoszenia o zamówienia, podnosząc jednocześnie ograniczenia wynikające z art. 38 ust. 4b ustawy Pzp. Wskazać jednocześnie należy, że jeżeli Odwołujący miał określone wątpliwości, to z uwagi na art. 38 ust. 4 b Pzp winien w tym zakresie zadać pytanie. Wymaga podkreślenia, że orzecznictwo KIO dopuszcza taką możliwość (np. wyrok KIO z 01.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 853/08), choć dostrzega brak szczegółowych uregulowań w tym zakresie, podkreślając na zasadzie analogii, konieczność zachowania standardu przejrzystości i jawności nie gorszego, niż uregulowany w art. 38 Pzp (np. wyrok KIO z 25.04.2013 r., sygn. akt: KIO 855/13). Inaczej mówiąc wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia o wyjaśnienie treści ogłoszenia o zamówieniu, jednakże nie wiążą ich terminy określone w przepisie art. 38 Pzp. Z kolei Zamawiający nie ma obowiązku udzielić odpowiedzi, niemniej jednak ze względu na dobro postępowania powinien on starać się udzielić wszelkich wyjaśnień wykonawcom.

Izba wskazuje, że zakaz z art. 38 ust. 4 b Pzp ma na celu zachowanie wynikających z art. 7 ust.1 Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tych trybach wykonawcy podejmują decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu na podstawie ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana ogłoszenia po kwalifikacji wykonawców w oparciu o jego zapisy mogłaby prowadzić do sytuacji zmiany kręgu potencjalnych wykonawców zainteresowanych wykonaniem zamówienia w momencie, w którym nie mogliby oni przystąpić do udziału w postępowaniu. Niniejsze stanowisko, Izba uznaje za adekwatne w zakresie omawianego zarzutu. Wskazując na podobne stanowisko wyrażone w uchwale KIO z 25.05.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 28/15 i przywołanych tam także uchwale KIO z 22.11.2010 r., sygn. akt: KIO/KU 83/10, czy też wyroku KIO z 30.04.2013 r., sygn. akt: KIO 871/10, KIO 875/10. Nadto, jak stwierdził w wyroku NSA z 09.12.2016 r., sygn. akt: II GSK 1458/15: „(...) *rozwiązanie przyjęte w art. 38 ust. 4 b Pzp ma na celu zapobieżenie ewentualnemu ograniczeniu konkurencji i równego traktowania potencjalnych wykonawców zamówienia (art. 7 ust. 1 P.z.p.) (...)*”■

Izba podkreśla, że przywołana powyżej uchwała z 25.05.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 28/15 dotyczyła kwestii terminu realizacji zamówienia w SIWZ i informacji ujętych w tym zakresie w ogłoszeniu o zamówieniu. Z kolei w wyroku NSA z 09.12.2016 r., sygn. akt: II GSK 1458/15 sąd stwierdził, że: „(...)skarżąca w SIWZ nie zawarła szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia określonego w ogłoszeniu, ale w sposób istotny zmieniła ten przedmiot, co w świetle art. 38 ust. 4 b P.z.p. było niedopuszczalne (...)”. Sytuacja ta więc jest podobna do sytuacji z zarzutu pierwszego, proponowane zmiany niewątpliwie w sposób istotny zmieniłyby ten przedmiot. Izba podkreśla, że rozważania te nie mają charakter merytoryczny, ale określają powody pozostawienia tych zarzutów bez rozpoznania.

Jednocześnie Izba rozumie argumentację Odwołującego z rozprawy, jednakże Izba po pierwsze związana jest przepisami ustawy Pzp i w tym zakresie nie może wydać orzeczenia, które skutkowałby naruszeniem art. 38 ust. 4 b ustawy Pzp. Po drugie, wskazać należy, że Odwołujący dokonując już całościowej analizy informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówienia, z uwzględnieniem swojego profesjonalizmu, miał możliwość oceny czy wskazany przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia nie będzie zbyt krótki, zwłaszcza biorąc pod uwagę okoliczności znane Odwołującemu na etapie publikacji ogłoszenia o zamówienia, a dotyczące stanu epidemii COVID-19. Wskazać należy, że z ogłoszenia o zamówieniu niezbicie wynika, że zamówienie nie jest podzielone na części (Sekcja II. pkt 1.8), ani nie jest częścią jakiejś większej całości, przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 428.000 euro (Sekcja II pkt 2.1), nie przewiduje prawo opcji (Sekcja II pkt 2.3), podaje termin zakończenia realizacji (Sekcja II pkt 3) oraz wysokość wadium jakie będą zobowiązani do wniesienia wykonawcy zaproszeni do składania ofert (Sekcja III pkt 1.1 ppkt 1), co pozwala na ustalenie wartości szacunkowej zamówienia (art. 45 ust. 4 w zw. z art. 53 Pzp). W ocenie Izby treści ogłoszenia dla profesjonalisty, który regularnie bierze udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, którym niewątpliwie jest Odwołujący, biorąc pod uwagę ograniczenia wynikające z art. 38 ust. 4b ustawy Pzp umożliwiała Odwołującemu sformułowanie zarzutu dotyczącego terminu realizacji zamówienia na etapie publikacji ogłoszenia z zamówienia.

Zdaniem Izby Odwołujący miał możliwość sformułowania zarzutu dotyczącego określenia datą dzienną terminu realizacji zamówienia już na etapie publikacji ogłoszenia o zamówienia. Podnoszona przez Odwołującego obecnie argumentacja nie odnosi się do żadnych okoliczności, jakie wystąpiły po udostępnieniu SIWZ, ma charakter ogólny i mogła być podniesiona przez Odwołującego na wcześniejszym etapie postępowania, zwłaszcza biorąc pod uwagę ograniczenia wynikające z art. 38 ust. 4b ustawy Pzp.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego dotyczącego świadczenia niemożliwego i argumentacji dotyczącej dostawy wyrzutni pocisków w ciągu kilkunastu lub kilkudziesięciu dni jako bezprzedmiotowej ponieważ prowadzi do zawarcia umowy nieważnej od chwili jej podpisania, to Izba uznała, iż argumenty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Wskazać należy, że zgodnie z art. 387 §1 kodeksu cywilnego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Jako niemożliwość świadczenia należy rozumieć niemożliwość o charakterze obiektywnym, pierwotnym i trwałym, przy czym przesłanki te muszą zostać spełnione łącznie. Świadczenie jest zaś obiektywnie niemożliwe, jeśli nie może go spełnić nie tylko dłużnik, ale każda inna osoba. Niemożliwość świadczenia skutkująca nieważnością umowy musi nadto istnieć w chwili jej zawarcia oraz mieć charakter trwały (nieprzemijający), co oznacza, że wedle rozsądnych ludzkich oczekiwań świadczenie nie stanie się możliwe w niedalekiej przyszłości.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, iż mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym ze świadczeniem, które w sposób obiektywny i trwały nie może wykonany przez wykonawców świadczących dostawę objęte przedmiotem zamówienia. Odwołujący co najwyżej wykazał swoją subiektywną niemożność wykonania zamówienia w terminie wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu. To jednak nie uzasadnia pierwotnej i obiektywnej niemożliwości świadczenia objętego przedmiotowym postępowaniem przetargowym. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający zakwalifikował do postępowania pięć podmiotów. Jeden z nich zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, jednakże w zakresie zarzut dotyczącego terminu realizacji zamówienia wyraził pogląd, iż po zmianach dokonanych przez Zamawiającego w dniu 29 września 2020 r. nie zgłasza żadnych dodatkowych argumentów. Nie wskazał na niemożliwość świadczenia. Tym samym, uznać należy, że pozostali wykonawcy, którzy zostali zakwalifikowaniu do udziału w postępowaniu na tym etapie przynajmniej teoretycznie dopuszczają możliwość realizacji zamówienia w terminach określonych przez Zamawiającego.

Okoliczności podnoszone przez Odwołującego dotyczące charakteru dostawy, czasu potrzebnego na realizację zamówienia są, w ocenie Izby, subiektywnymi stanowiskiem Odwołującego w sprawie. Co prawda Odwołujący złożył do akt postępowania oświadczenia Metalexport oraz Instalaza s.a., jednakże w ocenie Izby, po pierwsze wskazać należy, że wykonawca Metalexport nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Po drugie, zdaniem Izby, to etap składania ofert w postępowaniu zweryfikuje czy wykonawcy zakwalifikowani do udziału w postępowaniu złożą oferty czy też dojdą do przekonania, iż z uwagi na zbyt krótki termin realizacji zamówienia świadczenie nie może być zrealizowane. Ingerencja Izby na tym etapie postępowania byłaby przedwczesna, zwłaszcza, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, iż jakkolwiek wykonawca znajduje się w uprzywilejowanej pozycji. Jak wskazał Zamawiający zarzut Odwołującego o preferowaniu produktu jednego wykonawcy - WORKS11 sp. z o.o. tj. wyrzutni RPG 75 jest nietrafiony, ponieważ wyrób ten zgodnie z kartą katalogową nie spełnia kryterium przebijalności (dopuszczona przez Zamawiającego minimalna przebijalność to 350 mm, a RPG 75 ma do 300 mm). Podobnie w zakresie zarzutu Odwołującego dotyczącego faworyzowania wyrzutni INSTALZA - C90, jak wskazał Zamawiający, sam Odwołujący wnosił o dopuszczenie wyrzutni o kalibrze do 90mm, a więc między innymi tej wyrzutni, co czyni podniesiony zarzut niezrozumiałym. W ocenie Izby, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż Zamawiający faworyzuje jednego wykonawcę w ramach prowadzonego postępowania przetargowego, naruszając tym samym przepisy ustawy Pzp. Dowody na potwierdzenie takich okoliczności nie zostały złożone Izbie.

Zarzut naruszenia art. 38 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie wyjaśnień wewnętrznie sprzecznych i nie wyjaśniających w żaden sposób wątpliwości wskazanych w pytaniach, lecz je kreujące oraz zarzut naruszenia art. 38 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 144 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 15 r. ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 poprzez dokonanie odpowiedzi na pytanie w sposób de facto modyfikujący SIWZ w sposób niezgodny z przepisami prawa oraz wprowadzający stan niepewności, co do czynności, które będzie podejmować Zamawiający w trakcie realizacji zamówienia.

W ocenie Izby powyższe zarzuty nie potwierdziły się. Istota argumentacji Odwołującego sprowadzała się do twierdzenia, że Zamawiający nie wyraził jednoznacznego stanowiska co do wpływu stanu epidemii na realizację zamówienia, ewentualnych opóźnień w jego realizacji z powodu COVID - 19 i możliwości zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby ustawy o COVID — 19 przewidują z mocy ustawy liczne rozwiązania niwelujące odpowiedzialność wykonawcy, jeżeli do nienależytego wykonania umowy przyczyniły się okoliczności związane z wirusem. Zdaniem Izby nie jest konieczne ujmowanie tych postanowień w treści projektu umowy, gdyż mają one powszechne zastosowanie. Niezależnie zatem od tego, czy Zamawiający przewidział w projekcie umowy, czy też nie, na gruncie ustaw o COVID — 19 będzie możliwe skorzystanie z możliwości np. zmiany postanowień umowy lub odstąpienia od naliczania kar umownych, oczywiście pod warunkiem, że wystąpią ku temu wszystkie wymagane przesłanki. Zamawiający, jak każdy podmiot publiczny, jest związany przepisami powszechnie obowiązującego prawa, nie zaś tylko ustawą Pzp. Stąd też w ocenie Izby, wskazywane przez Odwołującego niejasności co stanowiska Zamawiającego dotyczącego stosowania możliwości powoływania się wykonawcy na regulacji ustawy COVID-19 nie ma potwierdzenia w przepisach prawa, do których Zamawiający ma obowiązek się stosować i przestrzegać.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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: