

**POSTANOWENIE**  
z dnia 2 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**  
**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 2 marca 2021 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2021 r. przez wykonawcę

**Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DREMEX” Spółka**

**z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Głogowie Małopolskim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna z siedzibą w Bogdance**

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DREMEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Głogowie Małopolskim i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DREMEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Głogowie Małopolskim tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „DREMEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Głogowie Małopolskim na rzecz zamawiającego Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna z siedzibą w Bogdance kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt: KIO 382/21

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Lubelski Węgiel „BOGDANKA” S.A. z siedzibą w Bogdance, prowadzi postępowanie o udzieleniu zamówienia publicznego pn. „Dostawa fabrycznie nowych rur stalowych kołnierzowych ocynkowanych ze szwem, przeznaczonych do pracy w podziemnych wyrobiskach górniczych zagrożonych wybuchem metanu I pyłu węglowego”. Numer referencyjny: 5415/EZP/MŚO/2020.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 244-605582 z dnia: 15 grudnia 2020 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 5 lutego 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DREMEX” sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie Małopolskim (dalej Odwołujący) od czynności Zamawiającego polegającej na przedstawieniu wyjaśnień i modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z 28 stycznia 2021 r. w zakresie pytania 7, 8, 9, i 10 dotyczącej sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i wewnętrznie sprzeczny oraz naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz w sposób niezgodny z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także w sposób naruszający zasady współżycia społecznego.

Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie:

1.art. 7 w zw. z art 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 36 ust. 2 i 3a ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. 2019 poz. 1843) w związku z art. 90 ustawy z dnia 11 września 2019 r. wprowadzającej ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2020) - Zamawiający odpowiadając w zakresie pytania 7 dot. Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Rozdział IV pkt. 4 i Rozdział VI pkt. 2 wymaga wykonania rury z konkretnego materiału, tj. stali w gatunku P235 TR1 przy jednoczesnym posiadaniu właściwości odporności korozyjnej na parametry wody dołowej, czym narzuca Wykonawcy konkretny materiał rury i jednocześnie oczekuje spełnienia odporności korozyjnej bez możliwości zaoferowania materiału równoważnego, co naraża Wykonawcę i Zamawiającego na wykonanie produktu nie spełniającego wymagań w zakresie odporności korozyjnej mediów podanych przez Zamawiającego, a więc sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ nie zostało dokonane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a ponadto jest wewnętrznie sprzeczne, utrudnia uczciwą konkurencję i jest niezgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Jednocześnie należy uznać, że takie rozwiązanie zagraża życiu i zdrowiu pracowników Zamawiającego.

2.art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 38 ust. 2 i 3a ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. 2019 poz. 1843) w związku z art. 90 ustawy z dnia 11 września 2019 r. wprowadzającej ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2020) - Zamawiający odpowiadając w zakresie pytania 8 dot. Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Rozdział VI pkt. 1 i Rozdział VI pkt 1, Tabela nr

wymaga wykonania średnic rur z 1 szeregu normy PN EN 10217-1, 2:2014, gdyż rzekomo wynika to z potrzeby poprawy parametrów wydajnościowych przepływu medium oraz zapewnienia pełną normalizację całego osprzętu, co stoi w sprzeczności z zapisami normy PN EN 1092-1, gdyż wymiary pierścieni i kołnierzy są takie same dla tych średnic rur, a dodatkowo ogranicza zakres ewentualnego produktu równoważnego - ogranicza krąg potencjalnych producentów rur i utrudnia uczciwą konkurencję. Jednocześnie należy uznać, że takie rozwiązanie zagraża życiu i zdrowiu pracowników Zamawiającego;

- 3.art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 38 ust. 2 i 3a ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. 2019 poz. 1843) w związku z art. 90 ustawy z dnia 11 września 2019 r. wprowadzającej ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2020) - Zamawiający odpowiadając w zakresie pytania 9 dot. Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Rozdział VI pkt 5 wymaga przy spawaniu kołnierzy rur wykonania spoiny zewnętrznej za pomocą spawania automatycznego jednocześnie określając klasę spoiny B wg PN EN ISO 5817 co jednoznacznie ogranicza konkurencję i faworyzuje określoną grupę wykonawców, a jednocześnie naraża Zamawiającego na drastyczny wzrost cen rur w postępowaniu, albowiem klasa spoiny przekłada się na odpowiedni wzrost ceny - zatem takie postępowanie Zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję i jest niezgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Jednocześnie należy uznać, że takie rozwiązanie zagraża życiu i zdrowiu pracowników Zamawiającego.
- 4.art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 38 ust. 2 i 3a ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. 2019 poz. 1843) w związku z art. 90 ustawy z dnia 11 września 2019 r. wprowadzającej ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2020) - Zamawiający odpowiadając w zakresie pytania 10 dot. Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Rozdział VI pkt 8 wymaga cechowania półproduktów oraz znakowania produktu finalnego w sposób trwały i czytelny przez cały okres eksploatacji wskazując m.in. zewnętrzną powierzchnię pierścienia obwodu rur, co jest technicznie niewykonalne (cecha na pierścieniu rury będzie zasłonięta przez kołnierze oraz śruby połączeniowe), bez sprecyzowania i podania wymogu umieszczenia cechy rur kołnierzowych tylko na kołnierzach trwale połączonych z rurą - takie opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego nie zostało dokonane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także jest niezgodne z zasadami przejrzystości.
- 5.Odwołujący się zauważa również, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia podkreśla jego jakość (odpowiedź na pytanie 9) jednak porównując postępowania w przedstawionym przedmiocie rok do roku na ten sam asortyment w obecnym postępowaniu Zamawiający drastycznie zmniejszył grubość ścianek rur (odpowiednio z 4,0 mm na 3,2 mm i 3,6 mm) co w jednoznaczny sposób przekłada się na jakość i bezpieczeństwo produktu np. dla DN 100 z 4mm na 3,2 mm czyli 20%.

Wobec powyższego Odwołujący wniosk o nakazanie Zamawiającemu:

1. wprowadzenia zmian i uzupełnień w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczących udzielenia zamówienia publicznego na „Dostawa fabrycznie nowych rur stalowych kołnierzowych ocynkowanych ze szwem, przeznaczonych do pracy w podziemnych wyrobiskach górniczych zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego.”, numer referencyjny: 5415/EZP/MSO/2020, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, a więc:
  - a.poprzez wykreślenie parametrów składu chemicznego wody dołowej w odniesieniu do Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Rozdział IV pkt. 4,
  - b.dopuszczenie rur z 3 szeregu normy PN EN 10217-1,2:2014 jako produktów równoważnych do wymaganych przez Zamawiającego rur z 1 szeregu normy PN EN 10217-1,2:2014 w odniesieniu do Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Rozdział VI pkt. 1 i Rozdział V pkt 1,
  - c.dopuszczenie metody spawania półautomatycznego oraz zmiany klasy spoiny na C wg PN EN ISO 5817, a także wprowadzenia obowiązku posiadania przez wykonawców certyfikatów prowadzenia prac spawalniczych wg. PN EN ISO 3834: Wymagania jakości dotyczące spawania materiałów metalowych w odniesieniu do Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Rozdział VI pkt 5,
  - d.poprzez określenie wymogu podania cechy (zawierającej wszystkie niezbędne informacje wymagane przez Zamawiającego) rur kołnierzowych tylko na kołnierzach, które są trwale połączone z rurą w odniesieniu do Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Rozdział VI pkt 8;
2. ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał, iż jako potencjalny Oferent i Wykonawca posiada Interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż zarzucane Zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, a poprzez niewłaściwe zorganizowanie procesu realizacji dostawy narazić się na szkody związane z odpowiedzialnością odszkodowawczą wobec Zamawiającego, co bliżej opisane zostało w uzasadnieniu do niniejszego odwołania. Należy zauważyć również, że wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach proponowanych przez Zamawiającego może rodzić po stronie Odwołującego się szkodę - proponowana umowa ma charakter wyraźnie jednostronny, co nie jest uzasadnione charakterem łączącego Strony stosunku prawnego i nie znajduje potwierdzenia w zasadach współżycia społecznego.

Odwołujący wskazał również, że zamierza złożyć w niniejszym postępowaniu ofertę, a w przypadku uznania ją za najkorzystniejszą przystąpić do realizacji zamówienia, niemniej wobec wskazanych wyżej zarzutów może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy.

Przed wszystkim Zamawiający wymaga wykonania rury z konkretnego materiału, tj. stali w gatunku P235 TR1 i jednocześnie oczekuje gwarancji odporności korozyjnej. Odwołujący nie zgadza się z narzucaniem wykonawcy określonego materiału dla rury i oczekiwania spełnienia odporności korozyjnej bez możliwości zaoferowania materiału równoważnego - co naraża Wykonawcę i Zamawiającego na wykonanie produktu nie spełniającego wymagań w zakresie odporności korozyjnej mediów podanych przez Zamawiającego nawet przy wykonaniu powłoki cynkowej zgodnie z PN EN ISO 1461. Trzeba podkreślić, iż to na Zamawiającym ciąży obowiązek dokładnego, jednoznacznego i profesjonalnego opisu przedmiotu zamówienia. Skoro Zamawiający określa materiał wykonania rury i jego powłokę ochronną - czyli dysponuje odpowiednią wiedzą, że jest to rozwiązanie wystarczające, nie może jednocześnie wymagać odporności tego materiału na skład chemiczny wody jaką podał w opisie SIWZ. Oferent nie ma żadnego wpływu przy

tak skonstruowanym opisie SIWZ na zapewnienie właściwości przedmiotu zamówienia w warunkach eksploatacyjnych. Odwołujący nie może zagwarantować, że jedyny dopuszczony konkretny materiał, tj. stal w gatunku P235 TR1 będzie odporna korozyjnie na działanie wody dołowej o parametrach i składzie chemicznym określonym przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia SIWZ wprost określa konkretną stal w gatunku P235 TR1 (w Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Rozdział VI pkt. 2) i to bez dopisku „lub równoważny”, to zna jej właściwości i jej odporność korozyjną i nie może przerzucać odpowiedzialności w tym zakresie za działanie wody dołowej ze składem opisanym w Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Rozdział IV pkt. 4 i Rozdział VI pkt. 2. Opisanie przedmiotu zamówienia „w sposób jednoznaczny i wyczerpujący” oznacza, że opis przedmiotu zamówienia musi mieć tylko jedno znaczenie (musi być rozumiany jednakowo przez wszystkich zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie zamówienia) i nie może budzić wątpliwości czy sprzeczności.

Odwołujący zarzuca również, że wymaganie przez Zamawiającego średnic rur z 1 szeregu normy PN EN 10217-1,2:2014 wynikające z potrzeby poprawy parametrów wydajnościowych przepływu medium oraz zapewniające pełną normalizację całego osprzętu stoi w sprzeczności z zapisami normy PN EN 1092-1, gdyż wymiary pierścieni kołnierzy są takie same dla tych średnic rur np. 108 i 114,3 i 159 i 168,3, a dodatkowo ogranicza zakres produktu równoważnego, a co za tym ogranicza krąg potencjalnych producentów rur. Należy podkreślić, że dotychczas stosowane średnice rur z 3 szeregu przez Zamawiającego nie były poddawane żadnemu dialogowi technicznemu zgodnie z PZP z potencjalnymi dostawcami rur kołnierzowych, taki dialog z wyprzedzeniem czasowym w znaczący sposób wpłynąłby na oferowanie konkurencyjnego produktu odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego rury z 3 szeregu normy PN EN 10217-1,2:2014 są produktem ównoważnym w stosunku do rur określonych w Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Rozdział VI pkt. 1 i Rozdział V pkt 1, Tabela nr 1. Takie stanowisko i opis przygotowany przez Zamawiającego, zdaniem strony odwołującej zagraża uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazuje również, że Zamawiający określając klasę spoiny B wg PN EN ISO 5817 (klasa nie adekwatna do produktu i jego przeznaczenia - najwyższa z możliwych) nie może narzucać technologii wykonania „za pomocą spawania automatycznego”, gdyż taki zapis eliminuje producentów stosujących metody półautomatyczne, a posiadających spawaczy o wysokich kwalifikacjach. Podtrzymanie tego zapisu naraża Zamawiającego na drastyczny wzrost cen rur w postępowaniu - ta klasa spoiny B czyli najwyższa jakość przekłada się proporcjonalnie na wzrost ceny. Zdaniem Odwołującego wykluczenie możliwości spawania półautomatycznego w Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Rozdział VI pkt 5 znacząco utrudnia uczciwą konkurencję, zaś określenie klasy spoiny B wg PN EN ISO 5817 jest niezgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący kwestionuje stanowisko i wyjaśnienia Zamawiającego w zakresie Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Rozdział VI pkt 8. Podkreśla, iż cechowanie rur na pierścieniu na powierzchni zewnętrznej (na innej powierzchni nie można cechować) jest cechowaniem niewidocznym - będzie zasłonięte przez kołnierze oraz śruby połączeniowe w trakcie eksploatacji. W tym zakresie opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego nie zostało dokonane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także jest niezgodne z zasadami przejrzystości. Dlatego Zamawiający powinien określić wymóg podania cechy rur kołnierzowych tylko na kołnierzach, które są trwale połączone z rurą z określeniem wszystkich niezbędnych informacji wymaganych przez Zamawiającego.

Wobec powyższego odwołanie należy uznać za zasadne.

Zamawiający w dniu 2 marca 2021 r. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc odrzucenie odwołania jako wniesionego z uchybieniem ustawowego terminu. Pomimo, że w treści odwołania wskazano, iż czynnością, od której wniesione zostało odwołanie jest przedstawienie przez Zamawiającego wyjaśnień i modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 28 stycznia 2021 r. (znak 212.MSO.252.5415.53.2021) w zakresie pytań 7 – 10, to w rzeczywistości sformułowane przez Odwołującego pismo jest odwołaniem wniesionym na treść postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, opublikowaną w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu (tj. 15 grudnia 2020 r.). Postępowanie prowadzone przez Zamawiającego zostało wszczęte w dniu 10 grudnia 2020 r. W tym samym dniu ogłoszenie o zamówieniu przekazane zostało do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE, zwanym dalej „DUUE”. W dniu 15 grudnia 2020 r. w DUUE miała miejsce publikacja ogłoszenia o zamówieniu, jak również zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, tj. Platformie zakupowej eB2B, w których treści jako termin składania i otwarcia ofert wskazano 15 stycznia 2021 r. Termin składania i otwarcia ofert został przesunięty pismami z dnia 18 stycznia 2021 r., 2 lutego 2021 r. i 12 lutego 2021 r.

Zamawiający wskazał, że przepisy Pzp przewidują możliwość zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i co do zasady, zamawiający obowiązany jest udzielić tychże wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż 6 dni przed upływem terminu składania ofert (w przypadku niniejszego postępowania o wartości przekraczającej progi unijne), pod warunkiem, że wniosek

o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do Zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu do składania ofert. Nie ulega wątpliwości, że jeżeli publikacja ogłoszenia o zamówieniu miała miejsce w dniu 15 grudnia 2020 r. a termin składania i otwarcia ofert wyznaczony był pierwotnie na dzień 15 stycznia 2021 r., to wniosek wniesiony w dniu 7 stycznia 2021 r. należy uznać za wniesiony po upływie połowy okresu wyznaczonego na złożenie ofert, wobec czego Zamawiający nie miał obowiązku udzielania odpowiedzi na te pytania.

Jednocześnie, należy zwrócić uwagę na doniosłą różnicę pomiędzy wyjaśnieniami a zmianą SIWZ. Wyjaśnienia mają na celu udzielenie odpowiedzi na wątpliwości powstałe po stronie wykonawców. Jak można łatwo zauważyć, udzielenie wyjaśnień nie zawsze prowadzi do zmiany SIWZ, co podkreśla się w doktrynie także w kontekście zakresu i celu udzielanych wyjaśnień: „Wyjaśnienie i zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia są czynnościami o odmiennym celu i znaczeniu, dlatego odróżnienie wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia od zmiany jej treści nie powinno budzić żadnych wątpliwości. Ratio legis art. 38 ust. 1 polega na uzyskaniu przez wykonawców pewności co do wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji umożliwienie podjęcia decyzji, czy są w stanie ubiegać się o udzielenie zamówienia i złożyć oferty niepodlegające odrzuceniu. W wielu przypadkach instytucja ta jest nadużywana przez wykonawców, którzy nie tyle chcą wyjaśnić budzące wątpliwości postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ile dążą do ich

„dopasowania” do swoich możliwości ofertowych. Instytucja zadawania pytań bywa nadużywana, co prowadzi do przewlekłości postępowania, ze szkodą dla zamawiającego” (tak: J. E. Nowicki, M. Kolecki, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. 4., 2019).

Mając na względzie, że zmiany z dnia 28 stycznia 2021 r. nie skutkowały wprowadzeniem jakichkolwiek zmian do treści SIWZ w części „Opis przedmiotu zamówienia”, dalej jako „OPZ”, a w szczególności zmiany te nie dotyczyły pytań, na które odpowiedzi udzielił Zamawiający i które zostały zaskarżone przez Odwołującego, stwierdzić należy, iż odwołanie, którego zarzuty odnoszą się do treści OPZ zostało złożone po upływie 10 dniowego terminu na jego wniesienie. Z uwagi na fakt, że treść SIWZ została opublikowana na Platformie 2B2B oraz w DUUE w dniu 15 grudnia 2020 r., termin na wniesienie odwołania od treści SIWZ upłynął w dniu 27 grudnia 2020 r.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie

z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego dokonała czynności formalnoprawnych, w wyniku których stwierdziła,

że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 w związku z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy nPzp.

Przepis art. 528 ustawy nPzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu. Zgodnie art. 528 pkt 3 ustawy nPzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Terminy wnoszenia odwołań zostały określone w art. 515 ust. 1 – 4 ustawy nPzp. Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy nPzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Z zapisów petitum odwołania wynika, że zostało ono złożone wobec czynności Zamawiającego, polegającej na przedstawieniu przez Zamawiającego wyjaśnień i modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie pytań 7 – 10, z dnia 28 stycznia 2021 r., jednakże okoliczności wskazane w treści odwołania tego nie potwierdzają.

Z analizy dokumentacji postępowania wynika, że 15 grudnia 2020 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej, (właściwej dla postępowania) Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), zawierającą Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ). W wyniku odpowiedzi na pytania wykonawców, w dniu 28 stycznia 2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej wyjaśnienia i modyfikację SIWZ.

W odpowiedzi na pytanie 7 i 9, Zamawiający w całości podtrzymał wymagania zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia, wyjaśniając uwarunkowania techniczne i jakościowe, które uzasadniały wymagania Zamawiającego.

W zakresie odpowiedzi na pytanie 8, Zamawiający nie wyraził zgody na propozycję zmiany wymogu co do wielkości średnic rur i podtrzymał dotychczasowy wymóg zawarty w Tabeli nr 1, w Rozdziale V, pkt 1 OPZ dotyczący wymogu średnic rur z pierwszego szeregu normy PN EN 10217-1,2 2014. Zamawiający przedstawił również uzasadnienie techniczne postawionych wymagań co do średnic rur.

W zakresie odpowiedzi na pytanie 10, Zamawiający nie wyraził zgody na propozycję oznakowania rur w formie trwałej naklejki i podtrzymał dotychczasowy wymóg co do znakowania rur.

W ocenie Izby, w wyniku odpowiedzi na pytania 7-10 z 28 stycznia 2021 r. Zamawiający nie dokonał żadnej zmiany i modyfikacji treści SIWZ, która wprowadziłyby nowe postanowienia do jej treści. Zamawiający w pytaniach 7-10 podtrzymał dotychczasowe zapisy SIWZ, w brzmieniu nadanym 15 grudnia 2020 r.

W treści odwołania, Odwołujący posłużył się zwrotem „kwestionuje stanowisko i wyjaśnienia Zamawiającego”, kwestionuje dokonaną modyfikację, jednakże nie wskazał na żadne zapisy w odpowiedziach na pytania 7-10, które stanowiłyby modyfikację i zmianę treści SIWZ.

Izba wyjaśnia, że cała argumentacja odwołania co do podniesionych zarzutów odnosi się do zapisów SIWZ i OPZ, których treść Zamawiający udostępnił wykonawcom 15 grudnia 2020 r. Ponadto treść pytań skierowanych do Zamawiającego (7-10), nie wskazuje na wątpliwości Odwołującego co do możliwości prawidłowego zrozumienia wymagań dotyczących OPZ. Wręcz przeciwnie, w ocenie Izby Odwołujący nie miał wątpliwości co do poprawności interpretacji stawianych przez Zamawiającego wymagań w zakresie OPZ, a w wyniku wyjaśnień treści SIWZ usiłował skłonić Zamawiającego do dokonania zmian i modyfikacji treści SIWZ, znanej Odwołującemu już od 15 grudnia 2020 r.

Zauważyć należy, że dana czynność Zamawiającego może stanowić podstawę do wniesienia odwołania, jeżeli przed jej dokonaniem przez Zamawiającego, nie istniała okoliczność stanowiąca podstawę do wniesienia odwołania. Jeżeli dana okoliczność, na którą powołuje się odwołujący jako podstawę wniesienia odwołania, istniała zanim Zamawiający dokonał określonej czynności, to dana czynność Zamawiającego nie będzie podstawą do wniesienia odwołania.

Powyższe wskazuje, iż Odwołujący w sposób niezasadny uznał, iż czynnością Zamawiającego stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania jest czynność z dnia 28 stycznia 2021 r. – wyjaśnienia i modyfikacją SIWZ, ponieważ w wyniku ww. odpowiedzi i modyfikacji nie nastąpiła żadna zmiana w zakresie kształtu i wymagań w OPZ w stosunku do treści określonej przez Zamawiającego i zamieszczonej na stronie internetowej w dniu 15 grudnia 2020 r. Zatem, kwestionowane przez Odwołującego zapisy SIWZ znane były wykonawcom od 15 grudnia 2020 r a nie od 28 stycznia 2021 r.

Izba wskazuje, iż wyjaśnienia treści SIWZ, w wyniku których Zamawiający podtrzymał dotychczasowe zapisy OPZ oraz wyjaśnił przyczyny i racje, w oparciu o które, zapisy i wymogi SIWZ przybrały określone brzmienie, nie stanowią podstawy, na bazie której wykonawca uzyskał wiedzę o nowych okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia

odwołania.

Z treści Odwołania wynika jednoznacznie, że Odwołujący przywołując argumentację merytoryczną, odwołuje się opisu przedmiotu zamówienia wskazanego w SIWZ 15grudnia 2020 r, co potwierdza, iż odwołanie odnosi się do Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z 15 grudnia 2020 r .

Powyższe potwierdza, iż zarzuty Odwołującego zostały podniesione z uchybieniem terminu na ich wniesienie, bowiem odwołanie w zakresie treści SIWZ należało złożyć w terminie określonym w art. 515 ust. 2 pkt 1 nPzp.

Izba podkreśla, iż termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, który nie podlega przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Jednocześnie Izba wyjaśnia, że zgodnie art. 555 nPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, zatem cała argumentacja Odwołującego podniesiona podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron, dotycząca modyfikacji SIWZ (formularza oferty) dokonanej w wyniku odpowiedzi na pytanie nr 2 nie została rozpoznana, jako nieobjęta treścią odwołania.

Wobec powyższego, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 nPzp oraz § 8 ust. 1 pkt rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), z którego wynika, że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od Odwołującego na rzecz Zamawiającego.

Przewodniczący: .....