Sygn. akt: KIO 3761/23

WYROK

z 27 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 27 grudnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 grudnia 2023 r. przez wykonawcę Fintech S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie, przy udziale:

1. wykonawcy Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

2. wykonawcy Passus S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Fintech S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 276 zł 00 gr (słownie cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) jako zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i jego dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od jego doręczenia -przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: …….....……..……

Sygn. akt: KIO 3761/23

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

Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie pn.: „Umowa ramowa na dostawę rozwiązania informatycznego obejmującego funkcjonalność zarządzania informacją i zdarzeniami bezpieczeństwa SIEM/SOAR oraz świadczenie innych usług towarzyszących WZP-421-16/2023, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 2 listopada 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 211-00666319.

15 grudnia 2023 r. wykonawca Fintech S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 137 ust. 6 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianami SWZ i przygotowanie oferty i przedłużenie terminu składania ofert jedynie o 4 dni, mimo że wprowadzone zmiany treści SWZ z 8 grudnia 2023 r. były istotne dla sporządzenia oferty oraz wymagały od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznane się z nimi i uwzględnienie w ofercie, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp w zakresie obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców wyrażające się w tym, że dostawcy rozwiązań zakwalifikowanych w opracowaniu

firmy badawczej Gartner, dotyczącym rozwiązań klasy SIEM w obszarze liderów lub w opracowaniu firmy badawczej Forrester Research, Inc. dotyczącym rozwiązań klasy Security Analytics Platforms w obszarze liderów (spełniający wymagania ogólne przed zmianą) mieli na sporządzenie oferty czas od 2 listopada 2023 r. do 15 grudnia 2023 r. (43 dni), zaś dostawcy rozwiązań nie spełniających tych wymagań jedynie od 8 grudnia 2023 r. do 15 grudnia 2023 r. (7 dni).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia postępowania w całości,

ewentualnie (w razie nieuwzględnienia powyższego żądania)

2. unieważnienia czynności dokonanych po dniu 8 listopada 2023 r. w szczególności czynności otwarcia, oceny i wyboru oferty (jeżeli dostały dokonane przed datą orzekania), a ponadto niezależnie od żądań zawartych w pkt 1 i 2, 3) jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1, o unieważnienie umowy o udzielenie zamówienia (jeżeli dostała zawarta).

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

W postępowaniu ustalono termin składnia ofert na 1 grudnia 2023 r.

8 grudnia 2023 r. Zmawiający opublikował zmianę Specyfikacji Warunków Zamówienia dokonując jego istotnej zmiany przez usunięcie z jego treści wymagania w postaci: „1. System SIEM musi być dojrzałym, uznanym na rynku produktem – jako potwierdzenie spełnienia wymagania uznane będzie: 1.1. zakwalifikowanie oferowanego Systemu SIEM w niezależnym opracowaniu firmy badawczej Gartner, dotyczącym rozwiązań klasy SIEM w obszarze liderów (w raportach najbardziej aktualnych na dzień składania ofert) lub 1.2. zakwalifikowanie oferowanego Systemu SIEM w niezależnym opracowaniu firmy badawczej Forrester Research, Inc. dotyczącym rozwiązań klasy Security Analytics Platforms w obszarze liderów (w raportach najbardziej aktualnych na dzień składania ofert)".

11 grudnia 2023 r., to jest na dzień przed pierwotnym terminem składania ofert, Zamawiający opublikował zmianę ogłoszenia o zamówieniu oraz zmianę SWZ przez zmianę terminu składnia ofert oraz ich otwarcia przedłużając termin o 3 dni (z 12 listopada 2023 r. na 15 listopada 2023 r.) W wyniku wyeliminowania wymagania ogólnego zawartego w pkt 1 SWZ (OPZ) potencjalną możliwość składania ofert w przedmiotowym postępowaniu uzyskali producenci rozwiązań wymienionych w opracowaniach Gartner i Forrester Research Inc., którzy nie zostali w nich zakwalifikowany jako liderzy (Devo, Fortinet, Gurucul, HiSec Insight, Logpoint, LogRhythm, ManageEngine, Micro Focus, Rapid7, Sumo Logic oraz Trellix), a ponadto inni dostawcy rozwiązań nie wymienionych w wyżej wymienionych opracowaniach. Zważywszy na złożoność oraz wysoki poziom szczegółowości wymagań określonych

w postępowaniu przez Zamawiającego, a także na zakres prac wdrożeniowych, liczbę

jednostek objętych zapytaniem oraz ramowy charakter umowy, prawidłowe przygotowanie oferty w tak krótkim czasie (7 dni, w tym 5 dni roboczych) jest niemożliwe do przeprowadzenia. Proces przygotowania oferty wymaga przeprowadzenia przynajmniej następujących czynności:

1. Szczegółowa analiza wykonalności wymagań określonych w postępowaniu z udziałem specjalistów, architektów oraz ekspertów ze strony producentów systemów SIEM, SOAR, z którymi współpracuje zamawiający. Szacowany czas analizy – ok. 2 tygodni.

2. Wybór rozwiązania spełniającego wymagania oraz uzgodnienia warunków technicznych z producentem (w postępowaniu dopuszczalne jest złożenie tylko jednej oferty przez danego wykonawcę). Szacowany czas – ok. 2-5 dni roboczych.

3. Potwierdzenie warunków kosztowych z producentem. Szacowany czas – ok. 2-5 dni roboczych.

4. Analiza wymagań dot. wdrożenia systemów SIEM, SOAR oraz wymaganych usług profesjonalnych i dodatkowych (w tym szkoleń), wstępne potwierdzenie dostępności niezbędnych zasobów. Szacowany czas – ok. 5-10 dni roboczych.

5. Zebranie wymaganych w postępowaniu referencji oraz przedmiotowych środków dowodowych. Szacowany czas – ok. 2-5 dni roboczych.

6. Kalkulacja i przygotowanie oferty zgodnie z wymaganiami określonymi w postępowaniu oraz wewnętrzny proces akceptacji. Szacowany czas – ok. 2-3 dni roboczych.

7. Przygotowanie dokumentacji ofertowej oraz wypełnienie warunków formalnych przewidzianych w postępowaniu (np. wadium). Szacowany czas – ok. 2-3 dni roboczych.

Łącznie przygotowanie oferty, przy założeniu zrównoleglenia niektórych ww. czynności, może zająć od 4 do 6 tygodni. Nie jest możliwe przygotowanie oferty oraz przesłanie jej w odpowiedzi na zapytanie w czasie kilku dni. Potwierdza powyższe fakt, że Zamawiający pierwotny termin składania ofert określił tak, że wynosił on (dla podmiotów spełniających wymagania

ogólne) 29 dni, a po przedłużeniu – 40 dni (do 12 grudnia 2023 r.). Natomiast wykonawcy ubiegający się o zamówienie spełniający wymagania ogólne po zmianie z 8 grudnia 2023 r. na sporządzenie oferty, nad przygotowaniem której uprzednio nie pracowali, bowiem nie spełniali usuniętego z treści SWZ wymagania ogólnego, mieli jedynie 7 dni, w tym 5 dni roboczych. W powyższym Odwołujący upatrywał rażącego naruszenia art. 137 ust. 6 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp.

22 grudnia 2023 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego

stanowiska Zamawiający wskazał:

Pierwotny termin składania ofert został ustalony na 1 grudnia 2023 r.

24 listopada 2023 r. na skutek wprowadzonych zmian SWZ i udzielonych wyjaśnień, Zamawiający dokonał zmiany terminu składania ofert na dzień 12 grudnia 2023 r. godzina 11:00. (zmiana SWZ nr 1).

27 listopada 2023 r. w wyniku częściowego uwzględnienia odwołań złożonych przez Fintech S.A. oraz Integrated Solution Sp. z o.o. Zamawiający dokonał zmiany SWZ w zakresie zgodnym z udzieloną odpowiedzią na odwołanie (zmiana SWZ nr 2). Wyrokiem z 1 grudnia 2023 r. sygn. akt KIO 3399/23 oraz 3427/23 w sprawie odwołań FINTECH S.A. oraz Integrated Solution Sp. z o.o. KIO:

- oddaliła odwołanie Fintech S.A.,

- uwzględniła odwołanie Integrated Solution Sp. z o.o. w części, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 Pzp w zakresie dotyczącym postanowienia pkt 1 ppkt 1 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego załącznik nr 2 SWZ (zarzut 3a odwołania) i nakazała Zamawiającemu usunięcie tego postanowienia. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania zostały oddalone.

8 grudnia 2023 r. Zamawiający, wykonując wyrok KIO z 1 grudnia 2023 r. opublikował sporną zmianę SWZ. Zamawiający, powołując się na art. 137 ustawy Pzp, poinformował o zmianie terminu składania i otwarcia ofert, który zgodnie z ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia przekazanym do publikacji 7 grudnia 2023 r. został przesunięty z 12 grudnia 2023 r. na 15 grudnia 2023 r.

Zmiana SWZ z 8 grudnia 2023 r. stanowiła co do zasady obniżenie wymagań dotyczących oferowanego sytemu, dopuszczając do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy oferują system SIEM, nie zakwalifikowany w obszarze liderów w niezależnym opracowaniu firmy badawczej Gartner lub Forrester Research Inc. Wprowadzona zmiana SWZ była wynikiem uwzględnienia odwołania złożonego przez Integrated Solution sp. z o.o., zaś Odwołujący był uczestnikiem tego postępowania odwoławczego, zatem już wcześniej uzyskał wiedzę co do ewentualnego wykreślenia pkt 1 ppkt 1 OPZ, co 1 grudnia 2023 r. tj. ogłoszenia orzeczenia KIO 3399/23 oraz 3427/23 stała się faktem. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wnosił o wykreślenie z OPZ wymogu z pkt 1 ppkt 1, co oznacza, że wymóg ten nie stanowił dla niego przeszkody w złożeniu oferty.

Art. 137 ust. 6 Pzp przewiduje konieczność przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty, wyłącznie w sytuacji, w której zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert. A contrario nie

każda zmiana SWZ wiąże się z koniecznością zmiany terminu składania ofert. Zmieniony termin składania ofert winien zostać określony w sposób indywidualny i adekwatny do dokonanej zmiany, z uwzględnieniem specyfiki i złożoności wprowadzonych zmian.

W orzecznictwie KIO podkreśla się, że zarzut zaniechania odpowiedniego wydłużenia terminu składania ofert nie może opierać się wyłącznie na subiektywnym twierdzeniu o zbyt krótkim terminie na sporządzenie oferty. Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu, powinien wykazać obiektywne okoliczności uniemożliwiające złożenie oferty w terminie

określonym przez zamawiającego. W analizowanych okolicznościach sprawy, Odwołujący takich okoliczności nie wykazał. W treści odwołania wyjaśnił, że adekwatny dla niego czas na przygotowanie oferty to 4-6 tygodni, wymieniając w tym szereg czynności, które nie są w ogóle związane z dokonaną zmianą SWZ np. zebranie wymaganych referencji, przedmiotowych środków dowodowych, przygotowanie dokumentacji, złożenie wadium etc. Wskazany termin 4-6 tygodni, o jaki należałoby wg Odwołującego przesunąć termin składania ofert, byłby dłuższy niż pierwotny termin składania, co w przypadku usunięcia wymogów

z SWZ, jak również faktu, że Odwołujący był uczestnikiem postępowania od samego jego wszczęcia i od samego początku analizował dokumenty zamówienia, jest nieuzasadniony.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami i dokumentacją dotyczącą zmiany treści SWZ z 8 grudnia 2023 r.,

2. dowodów złożonych przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Izba ustaliła, co następuje:

Stan faktyczny sprawy był niesporny między Stronami. Izba potwierdziła więc, że 8 grudnia 2023 r. Zamawiający wprowadził następującą zmianę treści SWZ:

„I . Na podstawie art. 137 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", Zamawiający - Sąd Apelacyjny w Krakowie, reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie, dokonuje zmiany SWZ, polegającej na zmianie Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ.

Zamawiający w pkt 1 OPZ dokonuje usunięcia ppkt. 1 o treści:

1. System SIEM musi być dojrzałym, uznanym na rynku produktem – jako potwierdzenie spełnienia wymagania uznane będzie:

1.1. zakwalifikowanie oferowanego Systemu SIEM w niezależnym opracowaniu firmy badawczej Gartner, dotyczącym rozwiązań klasy SIEM w obszarze liderów (w raportach najbardziej aktualnych na dzień składania ofert)

lub

1.2. zakwalifikowanie oferowanego Systemu SIEM w niezależnym opracowaniu firmy badawczej Forrester Research, Inc. dotyczącym rozwiązań klasy Security Analytics Platforms w obszarze liderów (w raportach najbardziej aktualnych na dzień składania ofert)".

Termin składania ofert został wydłużony do 15 grudnia 2023 r.

Zgodnie z art. 137 ust. 6 zd. pierwsze Pzp w przypadku gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty.

Biorąc pod uwagę fakt wydłużenia terminu składania ofert niewątpliwym jest, że Zamawiający formalnie zrealizował obowiązek wynikający z przytoczonego przepisu.

Biorąc pod uwagę zarzuty odwołania oraz ciężar dowodowy spoczywający na Odwołującym, winien on wykazać, że Zamawiający wydłużając termin składania ofert nie zrealizował obowiązku wynikającego z art. 137 ust. 6 Pzp w sposób rzeczywisty. Tym samym Odwołujący winien udowodnić, że wydłużony termin składania ofert nie był wystarczający dla zapoznania się ze zmianą SWZ i nie zapewniał czasu na prawidłowe przygotowanie oferty. Odwołujący w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron złożył dowody potwierdzające istotny charakter wprowadzonych zmian do SWZ, tj. że zmiany te rozszerzały krąg podmiotów potencjalnie zainteresowanych złożeniem oferty w postępowaniu. Okoliczność ta zasadniczo nie była kwestionowana przez Zamawiającego.

W zakresie wykazania, że zmieniony termin składania ofert nie pozwalał na złożenie oferty przez wykonawców, którzy zyskali możliwość jej złożenia po zmianie SWZ z 8 grudnia 2023 r. Odwołujący poprzestał jedynie na gołosłownych deklaracjach. Logicznym jest, że zmiana specyfikacji skutkująca rozszerzeniem kręgu potencjalnych wykonawców winna iść w parze z wydłużeniem terminu składania ofert tak, by wykonawcy mieli czas wziąć udział w postępowaniu, w którym pierwotnie nie mogli uczestniczyć. Biorąc jednak pod uwagę ciężar dowodu spoczywający na Odwołującym Izba nie może domyślać się czy zgadywać, czy zmiana terminu składania ofert rzeczywiście była niewystarczająca. Skoro Odwołujący podnosił, że Zamawiający swoim działaniem uniemożliwił mu złożenie oferty w postępowaniu to miał obowiązek udowodnić ten fakt, ze szczególnym uwzględnieniem związku przyczynowo skutkowego między wprowadzoną zmianą treści SWZ, zmianą terminu składania ofert

i obiektywną niemożliwością złożenia oferty w postępowaniu. Wobec nieudowodnienia, że Odwołujący nie złożył oferty w postępowaniu wyłącznie z przyczyn, za które winił Zamawiającego, to Izba musiała uznać odwołanie i podniesione w nim zarzuty za niezasadne, co skutkowało jego oddaleniem.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..……..……