

WYROK

Warszawa, dnia 20.05.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2024 r. przez Odwołującego – wykonawcę Grupa Geofusion Sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Górze w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego, i:

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

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1462/24

Uzasadnienie

Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych

(t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „PZP” lub „ustawa Pzp”, postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Wykonanie wywiadu ferromagnetycznego – badań skanowania magnetycznego wraz

z raportem dla inwestycji pn. „Budowa falochronu dla nowego portu zewnętrzne w Świnoujściu” nr ref — PO-II.2600.2.24, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 01.03.2024 r., numer ogłoszenia: 2024/S 044-128850.

Dnia 26 kwietnia 2024 r. wykonawca Grupa Geofusion sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Górze (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, polegających na przedłużeniu w dniu 18 kwietnia 2024 r. do dnia 23 kwietnia 2024 r. terminu składania ofert. Przedłużenie to w ocenie Odwołującego naruszyło uczciwą konkurencję, naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, zasadę proporcjonalności oraz zasadę niezmienności istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów PZP:

- a) Art. 135 pkt 1 i 5 PZP — poprzez przyjęcie, że wykonawca SEATERRA POLSKA Sp. z o.o., zwrócił się z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ oraz powstał obowiązek przedłużenia terminu składania ofert z uwagi na złożony wniosek;
- b) Art. 137 ust. 1 PZP- poprzez przyjęcie, że nieobecność osoby uprawnionej do reprezentacji spółki w jej siedzibie jest uzasadnionym przypadkiem w którym zamawiający może dokonać zmiany treści SWZ.
- c) Art. 16 pkt 1 i 2 PZP— poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, tj. faworyzowanie wykonawcy SEATERRA POLSKA Sp. z o.o., który złożył wniosek o wyjaśnienie treści SWZ jeden dzień przed dniem złożenia ofert, celem umożliwienia temu wykonawcy złożenia oferty w postępowaniu, co w konsekwencji utrudniło uczciwą konkurencję i uprzywilejowało konkretnych wykonawców, naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności,
- d) Art 5 Kodeksu cywilnego (dalej: „KC”) w zw. z art. 8 ust. 1 PZP— poprzez przedłużenie terminu składania ofert w wyniku nadużycia przez wykonawcę SEATERRA POLSKA Sp. z o.o., prawa do złożenia wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, tj. wyłącznie z zamiarem przedłużenia terminu składania ofert.

W związku z powyższymi żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

a) zmiany treści SWZ, poprzez usunięcie w Rozdziale 9 ust. 1 SWZ — „Termin składania ofert. Termin otwarcia ofert. Termin związania ofertą”, zapisu o treści: „I. Ofertę należy złożyć w terminie do dnia 23.04.2024 r. do godz. 10:30.” i przywrócenie pierwotnego zapisu o treści: „Otwarcie ofert nastąpi w dniu 18.04.2024 r. o godz. 11:00.”;

b) unieważnienia czynności otwarcia ofert z dnia 23 kwietnia 2024 r.;

c) ponownego dokonania czynności otwarcia ofert, przy czym przy uwzględnieniu wyłącznie ofert, które zostały złożone do dnia 18.04.2024 r. do godz. 11:00.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że interes w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że Odwołujący nie został wykluczony z przetargu, a oferta wykonawcy SEATERRA POLSKA została złożona w terminie nieprawidłowo przedłużonym przez Zamawiającego. Uwzględnienie odwołania spowoduje odrzucenie oferty SEATERRA POLSKA, która złożyła ofertę jako ostatnia. Oferta wykonawcy znajduje na trzecim miejscu pod względem ceny za UXO Marine S.A. (której oferta zawiera rażąco niską cenę) oraz SEATERRA POLSKA. W przypadku odrzucenia ww. ofert, oraz unieważnienie czynności przedłużenia terminu na składanie ofert w zamówieniu, zamówienie przypadnie Odwołującemu.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że w ramach przedmiotowego postępowania, poszczególni wykonawcy mogli składać oferty do 18 kwietnia 2024 roku do godziny 10:30.

Zamawiający w dniu 18 kwietnia 2024 roku o godzinie 9:04 opublikował jednak zmianę SWZ, na mocy której termin składania ofert został wydłużony do 23 kwietnia 2024 roku do godziny 10:30. Równocześnie zamawiający o 4 dni wydłużył czas, do którego oferent jest związany ofertą, co było logiczną konsekwencją wydłużenia terminu składania ofert.

Na stronie zamówienia opublikowano także jednocześnie wyjaśnienie treści SWZ w formie odpowiedzi na pytanie zadane przez jednego z wykonawców. Treść pytania była następująca: „Zwracamy się do Państwa z uprzejmą prośbą o przedłużenie terminu składania ofert. Z powodu nagłych wydarzeń losowych osoba umocowana w KRS do podpisywania dokumentów podpisem kwalifikowanym i złożenia oferty na platformie jest niedostępna. Uprzejmie zwracamy się do Państwa o przedłużenie terminu złożenia oferty o kilka dni do 23.04.2024”. W odpowiedzi zamawiający stwierdził, że „Zamawiający dokona zmiany terminu składania ofert”.

Tak zakreślony stan faktyczny uzasadnia zdaniem Odwołującego zaskarżenie czynności polegającej na zmianie terminu składania ofert. Zmiana terminu składania ofert dokonana przez Zamawiającego była w ocenie Odwołującego całkowicie bezpodstawna i nieuzasadniona

oraz świadczyła o faworyzowaniu jednego z wykonawców. Okoliczność, iż jeden z wykonawców prosi o zmianę terminu składania ofert z tego względu, że „osoba umocowana w KRS

do podpisywania dokumentów podpisem kwalifikowanym i złożenia oferty na platformie jest niedostępna”, nie stanowi bowiem przypadku istotnego, uzasadniającego różnicowanie sytuacji danego oferenta. W praktyce bowiem jeżeli zmiana terminu składania ofert nastąpiła

o godz. 9:04 ostatniego dnia pierwotnego terminu składania ofert, to wszyscy pozostali wykonawcy mieli już gotowe oferty (w niniejszej sprawie wszystkie pozostałe oferty zostały już złożone, ostatnia w dniu 18 kwietnia 2024 r. wpłynęła od odwołującej o godzinie 8:54). Zmiana terminu została zatem dokonana na wyłączną prośbę jednego z wykonawców, co Zamawiający sam przyznał w wyjaśnieniach do SWZ, i wyłącznie na jego korzyść. Ponadto, zmiana ta została dokonana przy wykorzystaniu trybu wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, mimo że „pytanie” zadane przez wykonawcę w istocie nie było wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, ale postulatem skierowanym do zamawiającego. W swoim pytaniu oferent nie wskazywał bowiem

na jakiegokolwiek niejasności SWZ, ale postulował przedłużenie terminu składania ofert wyłącznie ze względu na swoje własne wewnętrzne problemy organizacyjne. Pytanie oferenta w żadnym razie nie mogło zatem zostać uznane za „wniosek o wyjaśnienie treści SWZ”, o jakim mowa

w art. 135 ust. 1 ustawy Pzp i już choćby z tego względu „pytanie” to (a w zasadzie postulat)

nie mogło zostać przyjęte i rozpatrzone w trybie art. 135 ww. ustawy, który został w tym wypadku wykorzystany zarówno przez wykonawcę, jak i Zamawiającego jako pretekst do zmiany terminu składania ofert.

Odwołujący podkreślił, że pierwotny termin składania ofert ustalony na 18 kwietnia 2024 r. znany był powszechnie od 29 marca 2024 roku, gdy zmieniono SWZ w ten sposób, że ustalono termin składania ofert na 18 kwietnia 2024 roku. Z kolei poprzedni termin składania ofert był jeszcze wcześniejszy, gdyż był to 9 kwietnia 2024 roku. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano zaś 1 marca 2024 roku, a zatem każdy z wykonawców miał łącznie ponad 1,5 miesiąca,

aby tak zorganizować swoją działalność, żeby zdążyć dochować terminu na złożenie oferty. Nieuzasadnione jest zatem faworyzowanie jednego z wykonawców poprzez przyznanie na jego prośbę dodatkowych 5 dni na złożenie oferty.

Wniosek ten jest tym bardziej aktualny

w kontekście faktu, że oferta składana jest w postaci elektronicznej, co oznacza, że możliwe jest jej podpisanie i złożenie

w każdym miejscu na świecie. Osoba uprawniona do reprezentacji danego oferenta nie musi zatem fizycznie przebywać w swojej siedzibie, aby podpisać ofertę. Jeżeli zaś osoba ta jest niedostępna z innych przyczyn, to powinna ustanowić pełnomocnika.

Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 12 września 2018 roku o sygn. akt III UK 124/17, *„Przy ocenie rodzaju, form i charakteru udziału osoby ubezpieczonej w przyznanym jej uczestniczeniu w działalności pozarolniczej w okresie pobierania zasiłków chorobowych nie można pomijać tego, że podmiot prawa gospodarczego nie może prawidłowo funkcjonować w obrocie gospodarczym bez umocowania osób lub organu zarządzającego w okresach niezdolności ubezpieczonej do prowadzenia pozarolniczej działalności. Niezdolna do prowadzenia pozarolniczej działalności osoba ubezpieczona, co najmniej w okresach przedłużającej się udokumentowanej niezdolności do pracy powinna zatem umocować lub wyznaczyć inną upoważnioną osobę do dokonywania istotnych czynności prawnych lub faktycznych w imieniu i na rzecz danego podmiotu gospodarczego”*. To obowiązkiem oferenta jest zatem tak zorganizować działalność danego podmiotu, aby mógł on na równych z innymi zasadach uczestniczyć w życiu gospodarczym, w tym np. składać oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Uchybienie zapewnienia prawidłowej reprezentacji profesjonalnego podmiotu przy ubieganiu się o zamówienie publiczne jest działaniem niestarannym i nieprofesjonalnym, a zgodnie z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, *„Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności”*. Wobec przedsiębiorców należy zatem stosować podwyższone standardy oceny ich profesjonalizmu, co dotyczyć powinno wszystkich oferentów w takim samym stopniu.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny”.

Jak wskazuje M. Jaworska *„zasada równego traktowania oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań (dotyczących warunków podmiotowych oraz odnoszących się do przedmiotu zamówienia), a także stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełnienia. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (por. wyr. TSUE: z 7.4.2016 r.*

w sprawie C-324/14, PARTNER Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta, EU:C:2016:214; z 24.5.2016 r. w sprawie C-396/14, MT Højgaard A/S i Ziiblin A/S v. Banedanmark, EU:C:2016:347; z 16.12.2008 r. w sprawie C-213/07, Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias, EU:C:2008:731)”. Postępowanie Zamawiającego nie może być uznane za spełniające opisane wyżej warunki, gdyż Zamawiający, poprzez zmianę terminu złożenia oferty na życzenie jednego zaledwie podmiotu, działał w sposób faworyzujący ten jeden podmiot. Nie można w tej sytuacji mówić o jednakowym traktowaniu.

Odwołujący podniósł, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazywano już, że bezpodstawne przedłużanie poszczególnych terminów może prowadzić do nierównego traktowania poszczególnych wykonawców. Przykładowo, w wyroku z dnia 3 marca 2022 roku o sygn. akt KIO 379/22 wskazano, że *„Zamawiający wobec przedłużania terminów wyznaczonych do zawarcia umowy mógł co niewątpliwie narazić się na zarzut naruszenia zasady konkurencyjności, równego traktowania wykonawców oraz braku przejrzystości”*.

Aby zatem przedłużenie terminu na dokonanie poszczególnych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie miało charakteru dyskryminacyjnego, przedłużenie to musi wynikać z przyczyn o charakterze obiektywnym. Jak wskazała D. Grześkowiak-Stojek, *„Zgodnie z ust. 1 komentowanego przepisu zamawiający ma prawo zmienić treść udostępnionej wykonawcom SWZ. Zmiana ta może zostać wprowadzona jednak wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, co oznacza, że musi być ona konieczna z punktu widzenia prawidłowości i celu prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia”*. O zasadności zmiany SWZ (w tym np. zmiany terminu składania ofert) decyduje zatem prawidłowość i cel prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, a nie wewnętrzne problemy organizacyjne któregoś z oferentów.

Nie sposób także zdaniem ODwołującego nie zwrócić uwagi na fakt, że termin składania ofert w niniejszym postępowaniu był już wcześniej przedłużany — pierwsze przedłużenie miało bowiem miejsce 29 marca 2024 roku.

Wszyscy wykonawcy i tak zatem znajdowali się w lepszej sytuacji niż gdyby zmiany terminu nie było, co tym bardziej świadczy o tym, że każdy z oferentów mógł się przygotować na konieczność podpisania oferty podpisem elektronicznym do dnia

18 kwietnia 2024 roku. W zapytaniu skierowanym przez SEATERRA POLSKA z dnia 17 kwietnia 2024 r. do Zamawiającego, które stało się następnie podstawą do przedłużenia terminu składania ofert, brak jest jednak jakichkolwiek realnych zastrzeżeń do ustanowionego wcześniej terminu: oferent powołał się wyłącznie na swoją własną wewnętrzną sytuację. Jak wskazała zaś Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27 grudnia 2023 roku o sygn. KIO 3761/23, *Biorąc 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 uniemożliwi 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". Takiego związku zaś oferent

w swoim pytaniu opublikowanym przez zamawiającego w dniu 18 kwietnia 2024 roku nie wykazał — poprosił jedynie o zmianę terminu, zaś Zamawiający prośbę tę bezrefleksyjnie spełnił,

tak jakby działał na zamówienie oferenta. Tego typu postępowanie nie może zostać uznane

za przejrzyste i zapewniające zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Konieczność równego traktowania oferentów podkreślana była także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów administracyjnych przed wejściem w życie obecnie obowiązującej ustawy Pzp. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2017 roku o sygn. akt KIO 2213/17 wskazano, że *Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje*

na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca

na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert". Z kolei Wojewódzki Sąd Administracyjny

w Warszawie w wyroku z dnia 25 sierpnia 2017 roku o sygn. akt VIII SA/Wa 13/17 wskazał,

że *„na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania - wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać*

w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określoną grupę wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowaną pozycję". Te reguły nie zostały dotrzymane przez Zamawiającego, który przyznał dodatkową ulgę i

przywilej jednemu tylko wykonawcy

bez żadnego obiektywnego uzasadnienia. Nie można bowiem według Odwołującego mówić

o równym traktowaniu w sytuacji, w której każdy z oferentów musiał się w odpowiedni sposób przygotować do złożenia oferty, w tym zapewnić możliwość jej podpisania w odpowiednim czasie przez osobę umocowaną do reprezentowania danego oferenta, a jednocześnie innemu

z oferentów przyznaje się możliwość zlekceważenia odpowiedniego, terminowego przygotowania oferty i pozwala mu się na jej podpisanie w terminie o 5 dni późniejszym tylko dlatego, że nie zorganizował on działalności swojego podmiotu w efektywny sposób, zapewniający należyłą reprezentację w każdym czasie, gdy będzie to (zgodnie z oczywistymi i racjonalnymi przewidywaniami wynikającymi z SWZ) konieczne.

Odwołujący wskazuje również, że w art. 135 ustawy Pzp przewidziano wniosek

o wyjaśnienie treści SWZ, po złożeniu którego zamawiający jest zobowiązany do udzielenia wyjaśnień, jeżeli taki wniosek wpłynie do niego w określonym w tym przepisie terminie.

Przy czym istotą wniosku o wyjaśnienie jest uzyskanie przez wykonawcę wykładni treści SWZ

w razie, gdy budzi ona wątpliwości interpretacyjne wykonawcy. Artykuł ten nie ma zastosowania do wniosków wykonawców o zmianę lub uzupełnienie jednoznacznych postanowień SWZ, gdyż nie zmiarzą one do uzyskania wyjaśnienia budzącej wątpliwości treści SWZ. Taki pogląd wyraziła Izba np. w sprawie o sygn. akt: KIO 736/17 i KIO 2358/21.

W związku z powyższym, działanie Zamawiającego było zdaniem Odwołującego nieprawidłowe i miało w celu zapewnienia wykonawcy, który wnioskował o przedłużenie terminu składania ofert, możliwości ubiegania się o zamówienie. Skoro ww. wykonawca skorzystał

z możliwości zadawania pytań w innym celu, niż prawo to zostało przyznane przez ustawę Pzp, zachodzi konieczność pozbawienia tego wykonawcy ochrony tego prawa stosownie do art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z

którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa.

W konsekwencji wszelkie czynności Zamawiającego dokonane w związku z ochroną interesów SEATERRA POLSKA wynikające z przedłużenia terminu na złożenie ofert w postępowaniu, stanowią naruszenie art. 5 KC.

W orzecznictwie KIO wskazuje się ponadto, że *„uregulowanie zawarte w art. 135 ust. 1-3 Pzp wymaga takiej interpretacji — dla odróżnienia wniosków zmierzających rzeczywiście*

do wyjaśnienia (treści SWZ, która obiektywnie mogła być niejednoznaczna lub niejasna),

od wniosków zmierzających do zmiany treści SWZ, jako określającej warunki zamówienia,

które nie odpowiadają danemu wykonawcy, względnie od zbędnych pytań dotyczących postanowień, które nie są niejednoznaczne ani niejasne. Przy czym w tym ostatnim przypadku punktem odniesienia nie jest subiektywne przekonanie danego wykonawcy, a wzorzec wykonawcy jako profesjonalisty, który przy dołożeniu należytej staranności, z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności (art. 355 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego

w zw z art. 8 ust. 1 Pzp), zapoznał się z treścią SWZ - tak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1830/22.

Powyższe potwierdza w ocenie Odwołującego, że Zamawiający rozpatrując wniosek

o wyjaśnienie treści SWZ, złożony dzień przed terminem złożenia ofert powinien ocenić

czy wniosek złożony przez wykonawcę faktycznie zmierza do wyjaśnienia treści SWZ czy może do zmiany jego warunków, ponieważ nie odpowiadały one temu wykonawcy - w niniejszej sprawie miał zdaniem Odwołującego miejsce drugi przypadek, dlatego zmiana SWZ była niedopuszczalna.

Odwołujący nie neguje faktu, że Zamawiający ma prawo dokonać zmiany SWZ,

w tym także zmiany terminu składania ofert. Co więcej, w przypadku zmiany SWZ w sposób wymagający modyfikacji przygotowywanych ofert, przedłużenie terminu ich składania może okazać się wręcz koniecznością. W niniejszym postępowaniu nic takiego nie miało jednak miejsca: zamawiający nie wprowadził do SWZ żadnych nowych warunków skutkujących koniecznością przemodelowania poszczególnych ofert. Zmiana SWZ z 18 kwietnia 2024 roku polegała wyłącznie na zmianie terminu składania ofert oraz zmianie terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 137 ust. 6 zdanie pierwsze ustawy 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”.

W postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, nic takiego jednak nie nastąpiło: nie było żadnych zmian treści SWZ, które byłyby istotne dla sporządzenia oferty lub wymagały

od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert.

Ponadto zgodnie z art. 137 ust. 1 PZP zamawiający ma prawo zmienić treść udostępnionej wykonawcom SWZ. Zmiana ta może zostać wprowadzona jednak wyłącznie

w uzasadnionych przypadkach, co oznacza, że musi być ona konieczna z punktu widzenia prawidłowości i celu prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa przewiduje również zasadę niezmienności SWZ, które w połączeniu powodują, że zamawiający nie może dowolnie, bez uzasadnionej przyczyny dokonywać zmian w treści przedstawionych dokumentów.

Przy ocenie postępowania Zamawiającego należy zdaniem Odwołującego wziąć również pod uwagę datę oraz godzinę:

(i) złożenia wniosku o wyjaśnienie treści SWZ przez wykonawcę (17.04.2024 r. godzina aktualnie nie znana Odwołującemu),

(ii) podpisania przez zamawiającego podpisem elektronicznym pism informujących o zmianie treści SWZ i złożeniu wniosku do Zamawiającego (17.04.2024 r. godzina 10:33 oraz 10:34),

(iii) przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (17.04.2024 r. godzina 10:44);

(iv) otwarcia ofert wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w dniu 18 kwietnia 2024 r. (data i godzina aktualnie nieznana wykonawcy);

(v) godziny opublikowania informacji o zmianie SWZ przez Zamawiającego (18.04.2024 r. godzina 9:04);

(vi) godziny złożenia oferty przez Odwołującego, która była ostatnią ofertą złożoną w dniu 18 kwietnia 2024 r. (18.04.2024 r. godzina 8:54).

Zdaniem Odwołującego zgodnie z art. 135 ust. 1 i 5 PZP Zamawiający w ogóle nie był zobowiązany do reagowania na wniosek wykonawcy, który po pierwsze został złożony

w niewłaściwym trybie, a po drugie po terminie w którym zamawiający jest zobowiązany

do udzielenia odpowiedzi, pomimo tego, zamawiający pozytywnie rozpatrzył prośbę wykonawcy. Wczesne godziny sporządzania poszczególnych pism i wniosków przez Zamawiającego

oraz krótki okres czasu pomiędzy nimi mogą świadczyć według Odwołującego, że Zamawiający był przygotowany na prośbę wykonawcy, która miała wpłynąć w możliwie najpóźniejszym terminie, który pozwoli na dokonanie zmian w SWZ oraz opublikowanie ich w dzienniku UE. Publikacja informacji o zmianie SWZ i terminie składania ofert przedstawiona na niespełna półtorej godziny przed pierwotnie określonym terminem i po złożeniu oferty przez trzech innych wykonawców (Odwołujący złożył ofertę o godzinie 8:54 i znajduje się na 3 miejscu listy wskazanej w informacji o otwarciu ofert, co oznacza, że jego oferta została złożona jako trzecia oraz przed publikacją informacji o zmianie SWZ) może świadczyć o tym, że Zamawiający chciał umożliwić wykonawcy SEATERRA POLSKA przygotowanie oferty korzystniejszej od pozostałych wykonawców. Potwierdzenie ww. okoliczności będzie w ocenie Odwołującego możliwe po przedstawieniu przez Zamawiającego wniosku SEATERRA POLSKA o zmianę SWZ oraz wydruku/zrzutu ekranu/informacji z platformy Zamawiającego, z której będzie wynikać data otwarcia ofert.

W tych okolicznościach zdaniem Odwołującego zmianę terminu składania ofert należy uznać za nieuzasadnioną i dyskryminującą wobec wykonawców, a podyktowaną wyłącznie życzeniem jednego z oferentów, któremu Zamawiający przyznał nieusprawiedliwiony przywilej. SEATERRA POLSKA jako podmiot profesjonalny, który nienależycie zadbał o swoje interesy

i organizację swojego przedsiębiorstwa (nie udzielił pełnomocnictwa do reprezentowania spółki), pomimo prawie 1,5 miesięcznego terminu na złożenie oferty, nie powinien brać udziału

w postępowaniu, ponieważ nie zasługuje na ochronę i szczególne traktowanie ze strony zamawiającego.

W dniu 15 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź

na odwołanie, w której Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację dla takiego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.

W dniu 6 maja 2024 r. wykonawca MEWO S. A. z siedzibą w Straszynie zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego. Jednocześnie jak wynika z akt postępowania informacja o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią

oraz wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego została przesłana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym do wykonawcy MEWO S. A. w dniu

29 kwietnia 2024 r. Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. W przedmiotowym stanie faktycznym termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął

w dniu 2 maja 2024 r. Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę MEWO S. A.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie wywiadu ferromagnetycznego – badań skanowania magnetycznego wraz z raportem dla inwestycji pn. „Budowa falochronu dla nowego portu zewnętrznego w Świnoujściu” nr ref — PO-II.2600.2.24(dalej „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 01.03.2024 r., numer ogłoszenia: 2024/S 044-128850. W tym samym dniu Zamawiający udostępnił ogłoszenie o zamówieniu na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W rozdziale 9 ust. 1 SWZ Zamawiający wskazał, że ofertę należy złożyć w terminie do dnia 09.04.2024 r. do godz. 10:30. Z kolei zgodnie z ust. 2 otwarcie ofert nastąpi w dniu 09.04.2024 r. o godz. 11:00. Zgodnie zaś z ust. 7 Wykonawca pozostaje związany ofertą do dnia 05.07.2024 r. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

W dniu 29 marca 2024 r. Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 137 ust. 1, 2, 4 oraz 5 ustawy Pzp dokonał zmiany treści SWZ poprzez: zmianę terminu składania ofert

na 18 kwietnia 2024 r. godz. 10:30, zmianę terminu otwarcia ofert 18 kwietnia 2024 r. o godz. 11:00 oraz zmianę terminu związania ofertą do dnia 15.07.2024 r.

Informację o zmianie zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 marca 2024 r. pod numerem ogłoszenia: S 64/2024 188908-2024 oraz udostępniono tego samego dnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W dniu 18 kwietnia 2024 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania (o godz. 9:06) Zamawiający zamieścił wyjaśnienia treści SWZ, w których w odpowiedzi na pytanie o treści:

Zwracamy się do Państwa z uprzejmą prośbą o przedłużenie terminu składania ofert.

Z powodu nagłych wydarzeń losowych osoba umocowana w KRS do podpisywania dokumentów podpisem kwalifikowanym i złożenia oferty na platformie jest niedostępna.

Uprzejmie zwracamy się do Państwa o przedłużenie terminu złożenia oferty o kilka dni do 23.04.2024.

udzielił odpowiedzi:

Zamawiający dokona zmiany terminu składania ofert

W dniu 18 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 137 ust. 1, 2, 4 oraz 5 ustawy Pzp dokonał zmiany treści SWZ poprzez: zmianę terminu składania ofert na 23 kwietnia 2024 r. godz. 10:30, zmianę terminu otwarcia ofert 23 kwietnia 2024 r. o godz. 11:00 oraz zmianę terminu związania ofertą do dnia 19.07.2024 r.

Informację o zmianie zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 kwietnia 2024 r. pod numerem ogłoszenia: S 77/2024 229551-2024 oraz udostępniono tego samego dnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania (o godz. 9:07).

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 23 kwietnia 2024 r. o godz. 11:00. Zamawiający poinformował, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia to 5 000 000,00 zł brutto. Do wyznaczonego terminu składania ofert oferty złożyło 4 wykonawców

Nr	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Łączna wartość zamówienia
1	MEWO Spółka Akcyjna, Starogardzka 17A, 83-010 Straszyn NIP: PL 5833159342 Oferta złożona 17.04.2024 r. godz. 21:23	1 469 697,48 zł
2	UXO MARINE S.A., ul. Derdowskiego 30, 84-230 Rumia NIP: PL 6381817131 Oferta złożona 18.04.2024 r. godz. 06:58	429 024,00 zł
3	GRUPA GEOFUSION Sp. z o.o., Nowa Góra, ul. Akacyjowa 43, 32-065 Nowa Góra NIP: PL 6762490891 Oferta złożona 18.04.2024 r. godz. 08:54	1 006 928,00 zł
4	SEATERRA POLSKA Sp. z o.o., ul. Kurza Stopka 2 lok. 2, 70-535 Szczecin NIP: PL 8522653863 Oferta złożona 22.04.2024 r. godz. 21:16	895 628,19 zł

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 16 ustawy pzp – „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny”.

Art. 135 ust. 1 pzp – Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

Art. 135 ust. 5 pzp – W przypadku gdy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ nie wpłynął w terminie, o którym mowa w ust. 2, zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień SWZ oraz obowiązku

przedłużenia terminu składania ofert.

Art. 137 ust. 1 pzp – *W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.*

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba podziela stanowisko wyrażane doktrynie oraz orzecznictwie Izby, iż z przepisu art. 137 ust. 1 Pzp (wcześniej zaś art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.) wynika uprawnienie zamawiającego do dokonywania zmian treści SIWZ przed upływem terminu składania ofert. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 maja 2013 r.

sygn. akt: KIO 898/13 oraz wyroku z dnia 30 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1599/19, w oparciu o ww. przepis katalog sytuacji, w których zmiana SIWZ może nastąpić jest relatywnie szeroki. Zgodnie z ww. wyrokami *Zamawiający nie musi wykazywać szczególnej sytuacji związanej z postępowaniem, w wyniku której musiałby dokonać zmiany SIWZ. Obecne sformułowanie „w uzasadnionych przypadkach” oznacza, iż może dokonywać zmian zawsze, kiedy wymaga tego należyta staranność w przeprowadzeniu postępowania”.*

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający w sposób wystarczający uzasadnił dokonaną w dniu 18 kwietnia 2024 r. zmianę specyfikacji warunków zamówienia, wskazując w szczególności, iż była ona wynikiem analizy potrzeb Zamawiającego związanych

z charakterem zadania, na potrzeby którego zrealizowana ma być usługa, będąca przedmiotem postępowania, a także obawami odnośnie jego skutecznego przeprowadzenia i wyboru wykonawcy usługi. Podkreślenia wymaga w tym kontekście fakt, iż na moment podjęcia decyzji (17 kwietnia 2024 r. w godzinach porannych) Zamawiający nie dysponował jakąkolwiek ofertą złożoną w postępowaniu. Nie sprzeciwia się powyższemu przedstawiony przez Odwołującego wykaz postępowań prowadzonych przez Zamawiającego od początku 2024 roku.

Fakt, że w innych postępowaniach mających za przedmiot odmienny zakres świadczeń były składane oferty nie mogło dawać Zamawiającemu pełnego przekonania że w niniejszym postępowaniu oferty zostaną złożone.

Zgodnie z definicją postępowania zawartą w art. 7 pkt 18 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym celem czynności podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu jest wybór najkorzystniejszej oferty, a w dalszej kolejności zawarcie umowy. Trudno w tym kontekście czynić Zamawiającemu jako gospodarzowi postępowania zarzut z działań w wyniku których dążył on

do zwiększenia możliwości skutecznego przeprowadzenia postępowania. Jak długo czynności podejmowane przez Zamawiającego nie naruszają obowiązujących przepisów, jak również

nie prowadzą do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych działania takie należy uznać za dopuszczalne. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał aby doszło do którejkolwiek

z opisanych powyżej okoliczności. Po pierwsze Odwołujący nie wykazał, aby działanie Zamawiającego naruszało art. 137 ust. 1 ustawy Pzp. Sam Odwołujący nie neguje takiej możliwości, wskazywał jednak że zmiana musi być konieczna z punktu widzenia prawidłowości

i celu prowadzonego postępowania. W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego takiego charakteru nie miało, gdyż miało na celu zapewnienie wykonawcy wnioskującemu o przedłużenie terminu składania ofert, możliwości ubiegania się o zamówienie. Tym samym wnioskując

a contrario należy uznać, że w ocenie Odwołującego z punktu widzenia prawidłowości i celu prowadzonego postępowania prawidłowym byłoby pozbawienie takiego wykonawcy możliwości ubiegania się o zamówienie. Z oceną taką nie sposób się zgodzić mając na uwadze przywołaną wcześniej definicję postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również okoliczności wskazywane przez Zamawiającego.

Należy przy tym w sposób jednoznaczny podkreślić, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, prośba zawarta w treści wniosku o wyjaśnienie SWZ, nie była jednoznaczna

z powstaniem po stronie Zamawiającego obowiązku przedłużenia terminu składania ofert.

Taki obowiązek nie powstał, co więcej po stronie Zamawiającego nie powstał również obowiązek udzielenia jakiegokolwiek odpowiedzi w związku z wpłynięciem przedmiotowego wniosku,

co wynika jednoznacznie z treści art. 135 ust. 5 ustawy Pzp oraz terminu w którym wykonawca złożył przedmiotowy

wniosek. Brak takiego obowiązku nie jest jednak jednoznaczny z brakiem możliwości reakcji na złożony po terminie wniosek o wyjaśnienie SWZ, która to możliwość w tym zakresie została pozostawiona przez ustawodawcę mając na uwadze rolę zamawiającego

jako gospodarza postępowania oraz mnogość możliwych ewentualnych sytuacji, jakie mogą wystąpić w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia. Skorzystanie z takiej możliwości – jak długo jest dokonywane z poszanowaniem pozostałych przepisów ustawy

oraz wynikających z niej zasada – należy uznać za dopuszczalne i zgodne z prawem działanie Zamawiającego. W tym kontekście należy dodatkowo podkreślić, że również wykonawca wnoszący o zmianę terminu składania ofert nie miał wiedzy i pewności odnośnie tego

czy i w jaki sposób zostanie rozpatrzony przez Zamawiającego jego wniosek do momentu opublikowania informacji o zmianie treści SWZ przez Zamawiającego (tj. do dnia 18 kwietnia 2024 r. do godz. 9:06).

W kontekście powyższego zgodzić się należy z Zamawiającym, że kwestia kwalifikacji wniosku złożonego przez SEATERRA Polska Sp. z o.o. ma w okolicznościach rozstrzyganej sprawy drugorzędne znaczenie i uznanie czy pismo tego wykonawcy było wnioskiem

o wyjaśnienie treści SWZ, czy też wnioskiem o jego zmianę, pozostaje bez wpływu na ocenę prawidłowości działań Zamawiającego, obejmujących dokonaną zmianę SWZ zgodnie z art. 137 ustawy Pzp. Zamawiający może bowiem – mając na względzie stan prowadzonego postępowania oraz informacje pozyskane w jego toku – dokonać takiej zmiany z własnej inicjatywy, mając na uwadze prawidłowość i cel prowadzonego postępowania.

Z kolei wskazywane w odwołaniu naruszenie art. 5 Kodeksu cywilnego jest o tyle niezasadne, o ile zarzut wysnuty w odwołaniu zmierza w istocie do wykazania nadużycia prawa podmiotowego przez wykonawcę SEATERRA Polska sp. z o. o., a nie przez Zamawiającego.

W kontekście powyższego należy uznać, że Odwołujący wbrew podnoszonym twierdzeniom nie wykazał również, aby działanie Zamawiającego naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców. Zgodzić się należy z przywoływanymi przez Odwołującego stanowiskami doktryny i orzecnictwem odnoszącym się do niedopuszczalności uprzywilejowania określonego wykonawcy lub grupy wykonawców. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał jakiego rodzaju przywileju, ulga czy korzystniejsze warunki w stosunku do innych podmiotów powstały

po stronie wykonawcy SEATERRA Polska sp. z o. o., wskutek podjętej przez Zamawiającego czynności zmiany treści SWZ poprzez przedłużenie terminu składania ofert. Trudno bowiem

za taki przywilej uznać samo zapewnienie możliwości złożenia oferty wskutek zmiany terminu składania ofert, nie stanowi to bowiem w ocenie Izby przywileju, gdyż w żadnym stopniu nie daje jakiegokolwiek przewagi konkurencyjnej wskazywanemu wykonawcy w odniesieniu do innych podmiotów zainteresowanych zamówieniem. W kontekście wskazywanej przewagi polegającej na przyznaniu dodatkowych 5 dni na przygotowanie i podpisanie oferty, należy wskazać,

że również pozostali wykonawcy mogli z takiej możliwości skorzystać. Jak słusznie wskazywał Zamawiający wykonawcy, którzy złożyli oferty przed upływem pierwotnego terminu

(a więc w dniach 17 i 18 kwietnia 2024 r.) mieli możliwość wycofania swoich ofert (zgodnie

z art. 219 ust. 2 ustawy Pzp) po powzięciu informacji o przedłużeniu terminu składania ofert

do dnia 23 kwietnia 2024 r. – w celu ich późniejszego złożenia. Niezasadne jest zatem twierdzenie Odwołującego, że jedynie wskazywany wykonawca dysponował dodatkowym czasem na przygotowanie oferty.

Jako bezpodstawne należy również uznać sugestie Odwołującego, jakoby moment publikacji informacji o zmianie SWZ (niespełna 1,5 godziny przed pierwotnie wyznaczonym terminem składania ofert) miał świadczyć, o chęci umożliwienia wykonawcy SEATERRA Polska sp. z o. o. przygotowanie oferty korzystniejszej od pozostałych wykonawców. Jak wskazał Zamawiający odwołując się do sposobu działania platformy zakupowej z której korzysta Zamawiający, otwarcie i zapoznanie się z treścią ofert może nastąpić dopiero po upływie terminu i godziny wyznaczonej jako „Data otwarcia ofert”. Do tego czasu oferty są zaszyfrowane i nie ma możliwości technicznej zapoznania się z treścią oferty – funkcja ta pozostaje nieaktywna

do wyznaczonej daty i godziny. Potwierdziły to dowody przedstawione w toku postępowania przez Zamawiającego. Tym samym zarzut w tym zakresie należało uznać za bezpodstawny.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 8 ust. 2 pkt rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: