

Warszawa, 9 grudnia 2019 roku

**Prezes Krajowej
Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający: Górnośląsko- Zagłębiowska Metropolia
ul. Barbary 21A, 40-053 Katowice
e-mail: za@metropoliagzm.pl
tel. 32 718 07 00

Odwołujący: Apex.IT Sp. z o.o.
ul. Janka Muzykanta 60, 02-188 Warszawa,
tel. 22 122 82 89, fax: 22 122 82 87, e-mail: office@apex.pl

**Przedmiot zamówienia/
postępowanie:** postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Kompletny System Backupowy dla Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii wraz z wdrożeniem, konfiguracją i szkoleniem”, znak sprawy ZA.270.20.2019 („Postępowanie”)

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 182 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) – nazywanej dalej „Ustawą”, Odwołujący wnosi odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na istotnej zmianie opisu przedmiotu zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) przy jednoczesnym braku przedłużenia przez Zamawiającego terminu składania ofert, dokonanej przez Zamawiającego w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 3 grudnia 2019 r.

Zarzuty:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy w związku z art. 38 ust. 4 Ustawy poprzez dokonanie zmiany treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, pomimo braku zaistnienia uzasadnionego przypadku do dokonania modyfikacji SIWZ,
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy w związku z art. 38 ust. 4 i 6 Ustawy oraz art. 7 Ustawy poprzez dokonanie zmiany treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, uniemożliwiający złożenie oferty części wykonawcom,
- 3) art. 29 ust. 1 Ustawy w związku z art. 38 ust. 6 Ustawy poprzez zaniechanie wyznaczenia dodatkowego, niezbędnego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, pomimo dokonania istotnej zmiany treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w wyniku której niezbędny był dodatkowy czas na wprowadzenia zmian w ofertach;

a jednocześnie

- 4) art. 32 ust. 2 Ustawy art. 32. ust. 2 Ustawy poprzez zaniżenie wartości zamówienia w celu uniknięcia reżimów przepisów Ustawy w odniesieniu do zamówień powyżej tzw. "progów unijnych" oraz dokonanie oszacowania wartości zamówienia w sposób dowolny, bez zachowania należytej staranności.

Wniosek co do rozstrzygnięcia:

W imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności otwarcia ofert oraz nakazanie mu unieważnienia Postępowania – w związku zaistnieniem sytuacji przewidzianej w art. 93 ust. 1 pkt 7) Ustawy,
- 2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Termin wniesienia odwołania

Zamawiający w dniu 3 grudnia 2019 r. o godz. 15:09 opublikował na swojej stronie internetowej wyjaśnienia treści SIWZ w Postępowaniu, w tym dokonał faktycznej zmiany treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Tym samym Odwołujący dowiedział się o podstawie do wniesienia niniejszego odwołania w dacie 3 grudnia 17 maja 2019 r., zatem odwołanie wniesiono w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 Ustawy.

Interes we wniesieniu odwołania i możliwa szkoda Odwołującego

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy. Zamawiający dopuszczając się naruszeń podstawowych zasad i obowiązków wynikających z Ustawy, w sposób bezprawny i bezzasadny uniemożliwił Odwołującemu zainteresowanemu udziałem w postępowaniu, przygotowanie rzetelnej oferty oraz realizację Zamówienia w sposób zgodny z prawem, co naraża go na szkodę wynikającą z nieuzyskania tego zamówienia, osiągnięcia z tego tytułu określonego przychodu oraz zysku. Należy podkreślić, że Odwołujący złożył ofertę na realizację przedmiotu zamówienia, zachowując status wykonawcy, pomimo iż w następstwie zmiany treści OPZ bez jednoczesnego przedłużenia terminu składania ofert, nie miał możliwości dokonania stosownych zmian w ofercie.

Jednocześnie, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, interes odwołującego należy rozpatrywać szeroko, także jako możliwość posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, które zostanie udzielone dopiero w kolejnym przetargu (tak m.in. TSUE w wyrokach z 5 kwietnia 2016 r. sygn. C-689/13 oraz z 4 lipca 2013 r. sygn. C-100/12). Taka wykładnia została potwierdzona przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. sygn. C-131/16, wydanego na podstawie pytania prejudycjalnego złożonego przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Ponadto interes prawny w zaskarżeniu czynności zmiany treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia jest całkowicie zgodny z celami poprawionej dyrektywy Rady nr 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (mającej zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r.). Jak wynika z Art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy „Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych w ramach

szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia”.

Również KIO stwierdziła istnienie interesu prawnego wykonawcy w postępowaniu gdzie pomimo istotnych uchybień, Zamawiający dokonał otwarcia ofert, a KIO nakazał unieważnienie postępowania (wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r. , KIO 496/15).

Wnioski dowodowe

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z dokumentów złożonych na rozprawie – zgodnie z wnioskowanymi tezami dowodowymi.

UZASADNIENIE

1) W Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ („OPZ”) w rozdziale II pt. „Podstawowe wymagania Systemu Backupowego” Zamawiający sformułował szczegółowe wymagania dla tego systemu. W szczególności:

1/ w punkcie 3 określił „Minimalne wymagania techniczne sprzętowego rozwiązania realizującego System Backupowy”, w tym w podpunkcie d) zawarł następujący wymóg:

d. minimalna wymagana przepustowość interfejsów dla sieci LAN 10 Gbps, a dla sieci SAN 16 Gbps,

Zamawiający nie sprecyzował tu konkretnej technologii transmisji danych, pozostawiając tym samym dobór technologii wykonawcy. W takim przypadku możliwe jest zastosowanie połączeń miedzianych lub światłowodowych.

2/ w punkcie 6 określającym „Pozostałe wymagania”, w podpunkcie h) znalazł się wymóg:

h. wykorzystanie mechanizmu deduplikacji i kompresji danych na celu,

Zamawiający nie sprecyzował sposobu wykonywania procesu deduplikacji (procesu odnajdującego powielające się ciągi danych i zapisującego taki ciąg raz, później tylko wskaźniki dla następnych powtórzeń, co znacząco zmniejsza wolumen składowanych danych), pozostawiając dobór technologii wykonawcy. Przy czym podkreślić należy, że proces deduplikacji może być realizowany przez oprogramowanie tworzące backup danych lub bezpośrednio przez urządzenie z wbudowanym mechanizmem deduplikacji, na którym te dane są zapisywane.

Dodatkowo w SIWZ, w jednym z kryteriów oceny ofert (Kryterium 5) znajduje się informacja o dodatkowej wadze w wysokości 5% dla wykonawcy oferującego urządzenie do składowania kopii zapasowych wyposażone w dwa redundantne kontrolery.

Zgodnie z powyższymi zapisami Zamawiający preferował dostarczenie macierzy dyskowej oraz zewnętrznego oprogramowania do backup’u z własnym mechanizmem do deduplikacji zabezpieczanych danych. W takim przypadku spełnione były wymagania Zamawiającego deduplikacji na źródle, celu oraz wysokiej dostępności urządzenia w postaci dwóch kontrolerów.

Następnie w dniu 3 grudnia 2019 r., dokonując wyjaśnienia treści SIWZ, w odpowiedzi na pytania wykonawców, Zamawiający dokonał modyfikacji OPZ.

I tak w odpowiedzi na pytanie nr 2 pt. „Zamawiający w OPZ w pkt II ppkt 3 d napisał, iż wymaga interfejsów sieci LAN 10 Gb/s. Czy mają to być interfejsy miedziane czy też SFP+?”

apex.it sp. z o.o.
ul. Janka Muzycanta 60
02-188 Warszawa
NIP: 5213617218, REGON: 145491853

Krzysztof Chapanionek 3

Chief Operating Officer

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Ze względu na wielkość zasobów danych Zamawiający dopuszcza podłączenie Systemu Backupowego wyłącznie za pomocą łącz optycznych.” Tym samym Zamawiający wykluczył możliwość zaoferowania łącz miedzianych.

Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 14 pt. „Zamawiający wymaga rozwiązania z deduplikacją danych. Czy Zamawiający wymaga rozwiązania oferującego sprzętową deduplikację danych celem wydajnego i bezpiecznego tworzenia kopii danych?”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Tak, Zamawiający wymaga sprzętowej deduplikacji danych.”

W konsekwencji Zamawiający jednoznacznie określił wymóg dostarczenia urządzenia zapewniającego sprzętową deduplikację danych (realizowaną przez urządzenie, a nie oprogramowanie wykonujące backup). Tym samym uniemożliwił złożenie oferty opartej o urządzenie (wcześniej dopuszczone). Podkreślić przy tym należy, że większość dostępnych na rynku urządzeń do deduplikacji danych posiada tylko jeden kontroler, co automatycznie powoduje brak punktowanej redundancji.

Ponadto, w odpowiedzi na pytanie 22 i 25 opublikowanej 3 grudnia Zamawiający zmienił również wymóg odnośnie funkcjonalności oferowanego oprogramowania. W odpowiedzi na pytanie 22 Zamawiający wskazał: „Zamawiający wymaga możliwości awaryjnego odtworzenia danych bezpośrednio z plików backupu nawet w przypadku awarii serwera backupu, bez konieczności jego reinstalacji”. Taka odpowiedź powoduje również zmianę istotnych wymagań co do oferowanej platformy backupu, gdyż nie wszystkie aplikacje dostępne na rynku oferują taką funkcjonalność.

Mając na uwadze, że w pierwotnych zapisach OPZ nie zostały sprecyzowane wymogi dotyczące technologii transmisji danych czy sposobu wykonywania procesu deduplikacji (w związku z czym wybór odpowiedniej technologii pozostawiono wykonawcy), **Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 2, 14, 22 i 25 dokonał faktycznie zmiany treści SIWZ** w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (na podstawie art. 38 ust. 4 Ustawy), bowiem wyłączył faktycznie możliwość zaoferowania określonych rozwiązań technicznych, które były możliwe na gruncie pierwotnej treści OPZ.

Możliwość „nieformalnej” zmiany SIWZ w wyjaśnieniach treści SIWZ (w odpowiedzi na pytania wykonawców) została zresztą potwierdzona w orzecznictwie, przy czym ustalenia, czy doszło do zmiany treści SIWZ, dokonuje się poprzez porównanie treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego do treści SIWZ. Tak stwierdzono m.in. w orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 9 maja 2016 r., BDF1.4800.11.2016:

„Wszystkie odpowiedzi na pytania wykonawców udzielane w ramach wyjaśniania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców. Odpowiedzi te ze swojej istoty często w pewien sposób zmieniają specyfikację, choćby przez to, że uszczegóławiają wymagania zamawiającego lub wskazują na ich interpretację. Artykuł 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) wskazuje na uprawnienie zmiany przez zamawiającego treści specyfikacji po jej publicznym ogłoszeniu, a to, czy zmiana taka została dokonana, ocenia się nie poprzez oficjalne powołanie się na ten przepis, lecz ocenę faktyczną oświadczeń złożonych przez zamawiającego. Zatem możliwe jest, aby zamawiający dokonał zmiany specyfikacji, o której mowa w art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych odpowiadając na pytania wykonawców - nie są to instytucje rozłączne i wyłączające się nawzajem. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej treści nowego znaczenia, mamy do czynienia ze zmianą treści specyfikacji.”

Jednocześnie powyższe zmiany istotnie wpłynęły na możliwości zaoferowania poszczególnych elementów systemu (sprzęt i oprogramowanie), co powinno prowadzić do przesunięcia terminu składania ofert, stosownie do treści art. 38 ust. 6 Ustawy (o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia).

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z treścią art. 38 ust. 4 Ustawy zmiana treści SIWZ jest możliwa jedynie w uzasadnionych przypadkach. Tymczasem Zamawiający nie uzasadnił w żaden sposób odejścia od pierwotnych zapisów SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, umożliwiającego zaoferowanie różnych rozwiązań technologicznych na rzecz wprowadzenie istotnych ograniczeń w zakresie możliwych rozwiązań technologicznych.

Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 stycznia 2014 r., KIO 2965/13: *„Zamawiający jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyłącznie w sytuacji wskazanej w art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), a zatem wyłącznie w uzasadnionych przypadkach. Jego rolą jest zatem wykazanie, iż w tym konkretnym przypadku miał miejsce ów uzasadniony przypadek, uprawniający do modyfikacji SIWZ.”*

Nawet jeżeli zmiana SIWZ (w zakresie OPZ) wynikała z niedopatrzania Zamawiającego w zakresie sformułowania określonych wymogów w pierwotnej wersji OPZ, to zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30 września 2013 r., KIO 2087/13: *„Zaniedbania zamawiającego, które potwierdził i do których się przyznał, nie mogą być zakwalifikowane jako uzasadnione przypadki stanowiące podstawę modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”*

2) Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego zmiana powyższych parametrów została dokonana przez Zamawiającego w sposób utrudniający uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami, co jest niedopuszczalne w świetle przepisu art. 29 ust. 2 Ustawy. Zmienione wymogi OPZ (w ww. odpowiedziach na pytania wykonawców) wyłączają bowiem możliwość złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty przez część wykonawców. Jednocześnie ich sformułowanie nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego czy obiektywnymi względami technicznymi i funkcjonalnymi, skoro Zamawiający nie zamieścił pierwotnie w OPZ tego rodzaju ograniczeń. Zamawiający wymagał jedynie *minimalnej przepustowości interfejsów dla sieci LAN 10 Gbps, a dla sieci SAN 16 Gbps oraz wykorzystania mechanizmu deduplikacji i kompresji danych na celu* – bez określenia technologii, która ma zapewnić spełnienie wymogu. Tym samym na etapie sporządzania OPZ bez znaczenia była dla niego okoliczność, w jaki sposób te wymogi zostaną spełnione i jakie rozwiązania technologiczne znajdą zastosowanie.

Natomiast wprowadzenie przedmiotowych ograniczeń stanowi zbyt rygorystyczne określenie parametrów przedmiotu zamówienia w zakresie systemu Backupowego, nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i utrudniające uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami, zwłaszcza że zostało dokonane dopiero w toku postępowania, w odpowiedzi na pytania wykonawców, tuż przed upływem terminu składania ofert (na dwa i pół dnia przed upływem tego terminu). Jednocześnie tego rodzaju zmiana uniemożliwiła faktycznie złożenie ważnej oferty wykonawcom, którzy przygotowali ofertę według pierwotnych założeń OPZ i z uwagi na nieprzedłużenie terminu składania ofert, nie mieli możliwości dokonania stosownych zmian w ofertach.

Tymczasem Zamawiający powinien opisywać przedmiot zamówienia w sposób pozwalający na uzyskanie produktu spełniającego jego uzasadnione wymagania, ale jednocześnie nie prowadzący do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, pomimo iż nie jest to uzasadnione jakimikolwiek względami technicznymi czy funkcjonalnymi przedmiotu zamówienia czy szczególnymi potrzebami Zamawiającego.

Zgodnie ze stanowiskiem zajmowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, do naruszenia art. 29 ust. 2 Ustawy dochodzi już w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami. Jednocześnie tego rodzaju naruszeniem jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący określonych wykonawców, przy czym do dyskryminacji wykonawców dochodzi w przypadku rygorystycznego określenia wymogów przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczają krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Potwierdzają to np. poniższe orzeczenia:

- wyrok KIO z 31.08.2017 r., KIO 1670/17

„Naruszenie zasady uczciwej konkurencji wskazanej w art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579) ma miejsce wtedy, gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt, a także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu. Jest przy tym naturalne, że niemal każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji polegające na niemożności złożenia oferty przez potencjalnie zainteresowanego wykonawcę z uwagi na niedysponowanie określoną technologią, wymaganym doświadczeniem itp. To jednak nie musi oznaczać, że doszło do naruszenia zasady z art. 7 ust. 1 ww. ustawy.”

- wyrok KIO z 05.05.2014 r., KIO 765/14

„Naruszenie zasady uczciwej konkurencji z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy zamawiający opisze przedmiot zamówienia przez zbytne dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego.”

- wyrok KIO z 19.05.2016 r., KIO 724/16

„Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest m.in. na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie może ograniczać krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.”

- uchwała KIO z 30.09.2016 r., KIO/KD58/16

„Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.”

Jednocześnie wystarczające jest samo uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Tak stwierdzono m.in. w orzeczeniach:

- KIO 617/11 z 06.04.2011 r.,

1. Wystarczające będzie uprawdopodobnienie przez wykonawcę powołującego zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 p.z.p., że czynności zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję. To uprawdopodobnienie sprowadza się do wykazania (a więc udowodnienia), jedynie tego, że

apex.it sp. z o.o.

ul. Janka Muzykanta 60
02-188 Warszawa
NIP: 5213617218, REGON: 145491853

Krzysztof Chapanonek

Chief Operating Officer

to odwołujący nie może złożyć oferty na warunkach uczciwej konkurencji wskutek dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia.

- KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11 z 01.02.2011 r.

5. Dowód w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli zamawiający, albo wykáže, że odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami zamawiającego.

W konsekwencji dokonana zmiana SIWZ (tj. zmiana OPZ w zakresie ww. wymogów dot. Systemu backupowego), narusza art. 38 ust. 4 Ustawy w związku z art. 29 ust. 2 Ustawy oraz art. 7 ust.1 Ustawy.

3) Niezależnie od powyższego, dokonanie przez Zamawiającego powyższych zmian OPZ wpłynęło istotnie na możliwości zaoferowania poszczególnych elementów systemu (sprzętu i oprogramowania). W konsekwencji niezbędny był dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, a Zamawiający obowiązany był przedłużyć termin składania ofert stosownie do treści art. 38 ust. 6 Ustawy.

Dokonane zmiany OPZ miały wpływ na treść ofert w zakresie zastosowanych i zaoferowanych rozwiązań technicznych, a tym samym również ceny ofertowej, w związku z czym wymagały ponownej wyceny całego zamówienia, ponownego opracowania oferty oraz dokonania stosownych zmian w ofertach.

W ocenie Odwołującego, uwzględnienie przy opracowaniu ofert informacji udostępnionych przez Zamawiającego w dniu 3 grudnia 2019 r., biorąc pod uwagę złożoność zadania oraz wagę nowych informacji i ich wpływ na treść oferty, wymagało przedłużenia terminu składania ofert o przynajmniej dwa tygodnie. Tymczasem Zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania wykonawców wraz ze zmianą OPZ w dniu 3 grudnia 2019 r. o godz. 15:09, podczas gdy termin składania ofert upływał już w dniu 6 grudnia 2019 r. o godz. 9:30.

W konsekwencji dokonanie zmian w ofertach z uwzględnieniem nowych informacji w pierwotnie terminie przewidzianym terminie do dnia 6 grudnia 2019 r. było niemożliwe.

W orzecznictwie KIO wielokrotnie podkreślono, że istotne zmiany SIWZ, wymagają przedłużenia terminu składania ofert. Tak np. w orzeczeniach:

- w wyroku KIO z dnia 16 lutego 2018 r., KIO 187/18

„Termin składania ofert, w związku ze zmianą treści siwz, powinien być przedłużony przez zamawiającego o taki czas, który zapewni zachowanie w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że okres, o jaki przedłużony zostaje termin składania ofert, powinien zapewniać, że wszyscy potencjalni wykonawcy będą dysponować wystarczającym czasem na dokonanie analizy zmian siwz, analizy ich wpływu na dotychczas przyjęte w ramach przygotowywanych ofert założenia, analizy zakresu koniecznych zmian w przygotowywanych ofertach, na dokonanie tych zmian oraz na dokonanie ponownej wyceny ofert. Jednocześnie, zgodnie z ww. zasadą, przedłużony termin składania ofert musi być wystarczająco długi, aby nie faworyzować żadnego z wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o zamówienie.”

- w wyroku KIO z dnia 30 sierpnia 2019 r., KIO 1599/19

„W świetle art. 38 ust. 6 p.z.p., jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, obowiązkiem zamawiającego jest

apex.it sp. z o.o.

ul. Janka Muzykanta 60
02-188 Warszawa

NIP: 5213617218, REGON: 145491853

Krzysztof Chapanionek

Chief Operating Officer

przedłużenie terminu składania ofert i dopełnienie wskazanych w tym przepisie obowiązków informacyjnych.”

- w wyroku KIO z dnia 5 stycznia 2017 r., KIO 2390/16

„Przepis art. 38 ust. 6 p.z.p. nakazuje Zamawiającemu przedłużyć termin składania ofert, w sytuacji, jeżeli jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Każdorazowo, dokonując modyfikacji treści siwz, nieprowadzącej do zmiany treści oferty, Zamawiający ma zatem obowiązek ocenić zakres i wpływ dokonanych zmian na sporządzenie ofert i podjąć decyzję o ewentualnym przedłużeniu terminu składania ofert.”

W stanie faktycznym niniejszego postępowania, pomimo obowiązku Zamawiającego przedłużenia terminu składania ofert, doszło jednak do otwarcia ofert. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, niniejsze Postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, co uzasadnia jego unieważnienie stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy w związku z art. 146 ust. 1 Ustawy.

Jak stwierdziła KIO w uzasadnieniu wyroku KIO 496/15 „W tym postępowaniu zaistniała sytuacja, że pomimo zasadności podniesionych wobec postanowień SIWZ zarzutów Zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert. W tej sytuacji dalsze prowadzenie postępowania mogło doprowadzić do zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu, jako zawarta z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p.. Wobec takiej sytuacji Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, gdyż zaistniały przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Za wyrokiem KIO z dnia 19 kwietnia 2010 r. (KIO/UZP 386/10) stwierdzić należy, że "Wadą w rozumieniu przepisu art. 93 ust. 1 pkt P.z.p. jest nieusuwalna wada samego postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, powodując jej bezwzględną nieważność ab initio, a tym samym prawną bezskuteczność. Wady takie wymienia przykładowo przepis art. 146 ust. 1 pzp", (podobnie orzekła KIO w wyroku z 11 kwietnia 2013 r. KIO 741/13).”

5) Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego Zamawiający zaniżył wartość zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów Ustawy w odniesieniu do zamówień powyżej tzw. "progów unijnych", a w konsekwencji również w celu uniemożliwienia wykonawcom zaskarżenia określonych czynności i zaniechań dokonanych w Postępowaniu.

Zgodnie z art. 32 Ustawy Zamawiający zobowiązany jest do należytej staranności w wyliczaniu wartości zamówienia oraz Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy zaniżać wartości zamówienia lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia. Natomiast niedopuszczalna jest sytuacja, w której Zamawiający szacując wartość zamówienia oraz ustalając wielkość kwoty która zamierza on przeznaczyć na jego realizację, w praktyce decyduje się na prowadzenie postępowanie w sposób "podprogowy".

Odwołujący wyjaśnia, że w planie zamówień na 2019 r. (poz. 14 w planie zamówień) orientacyjna wartość zamówienia została określona na kwotę 488 000 zł netto. Następnie miał miejsce dialog techniczny, w wyniku którego doszło do oszacowania wartości zamówienia, gdzie Odwołujący – w odpowiedzi na zaproszenie do szacowania – oszacował wartość zamówienia na kwotę 853 800,00 zł. Pomimo to, Zamawiający określił w SIWZ wartość zamówienia jako podprogowego. Jednocześnie przy otwarciu ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 785.000 PLN netto (tj. 965 550,00 PLN brutto).

W ocenie Odwołującego oszacowanie wartości zamówienia został zatem dokonane w sposób nierzetelny, w celu uniknięcia stosowania przepisów Ustawy dotyczących zamówień „powyżej progu”.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Z poważaniem,

apex.it sp. z o.o.
ul. Janka Muzykanta 60
02-188 Warszawa
NIP: 5213617218, REGON: 145491853

Krzysztof Chapanionek

Chief Operating Officer

Załączniki:

- 1) odpis z KRS Odwołującego,
- 2) potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 7.500,00 zł,
- 3) potwierdzenie przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.
- 4) pełnomocnictwo
- 5) opłata za pełnomocnictwo.

