

Sygn. akt: KIO 144/12

WYROK
z dnia 3 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **Sygnity S.A. w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Projektów Informatycznych w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Consortia sp. z o.o. w Warszawie, On Track Innovations Ltd Z.H.R. Industrial Zone, Rosh Pina, Izrael, ASEC S.A. w Krakowie, Trusted Information Consulting sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- C. wykonawcy **Gildia sp. z o.o. w Lublinie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Sygnity S.A. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sygnity S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Projektów Informatycznych w Warszawie prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „dostawa niespersonalizowanych blankietów dowodów osobistych wyposażonych w mikroprocesor wraz z oprogramowaniem middleware zapewniającym komunikację z mikroprocesorem i wykonanie projektu technicznego dowodu osobistego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 listopada 2010 r. Nr 2010/S 217-332956.

W dniu 12 stycznia 2012 r., pismem z tego samego dnia, w formie elektronicznej, zamawiający przesłał wykonawcom informację o modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mocą której termin składania ofert wyznaczył na dzień 17 kwietnia 2012 r. Poinformował także, że dokonuje zmiany opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, który również przesłał wykonawcom.

Odwołujący Sygnity S.A. w Warszawie wniósł w dniu 23 stycznia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 38 ust. 6 i ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wyznaczenie terminu składania ofert w sposób który bez uzasadnienia jest zbyt oddalony od poprzednio obowiązującego terminu, co jednocześnie stanowi nieuzasadnioną zmianę SIWZ w zakresie wyznaczenia terminu składania ofert,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, poprzez zmianę treści składania ofert, która może w przyszłości doprowadzić do niezłożenia ofert przez część wykonawców z obawy o krótki termin realizacji przedmiotu zamówienia,
- 3) naruszenie art. 5 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp, poprzez nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa przedłużenia terminu składania ofert i wyznaczenie nowego terminu w sposób sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem przyznanego mu prawa przedłużenia terminu składania ofert oraz niezgodnie z zasadami współżycia społecznego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Sygnity S.A. w Warszawie wskazywał, iż dokonana przez zamawiającego zmiana w zakresie terminu składania ofert jest nieuzasadniona i nie wynika ze zmian dokonanych w treści opisu przedmiotu zamówienia. Podnosił, iż dokonana przez zamawiającego zmiana treści SIWZ w zakresie terminu

składania ofert jest piętnastą z kolei zmianą terminu składania ofert w postępowaniu, które trwa od 9 listopada 2010 r., a pierwszy termin złożenia ofert wyznaczony był na dzień 19 września 2011 roku. Kolejne zmiany terminu składania ofert uzasadnione były istotnymi zmianami treści SIWZ mającymi wpływ na treść potencjalnych ofert jak również z uwagi na toczące się postępowania odwoławcze. Termin składania ofert zwykle przesuwany był przez zamawiającego od jednego do czterdziestu czterech dni. Kwestionowane przesunięcie terminu składania ofert dotyczy 102 dni kalendarzowych. Podnosił, iż w świetle art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, przedłużenie terminu składania ofert następuje tylko wtedy, gdy ten czas jest niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach. Pojęcie „niezbędny dodatkowy czas” nie jest pojęciem zdefiniowanym w ustawie Pzp, a zatem ma charakter ocenny.

Odwołujący Sygnity S.A. w Warszawie wywodził, że ustawa Pzp pozostawia zamawiającemu względną jedynie swobodę co do określenia okresu, o jaki należy przedłużyć termin składania ofert, zarówno jeżeli chodzi o minimalny jak i maksymalny okres przedłużenia terminu składania ofert. Względność swobody wyraża się w użytym przez ustawodawcę sformułowaniu „niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach”. Należy zatem uznać, że okres ten zamawiający będzie wyznaczał z uwzględnieniem ilości i charakteru dokonywanych modyfikacji i ich znaczenia dla przygotowania ofert, ale także biorąc pod uwagę chociażby tryb postępowania i inne uwarunkowania zewnętrzne dla postępowania, do czego zobowiązuje go treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakazująca przygotować i prowadzić postępowanie w sposób nie naruszający zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający zobowiązany jest zatem tak przygotować i prowadzić postępowanie, by na przykład podejmowane przez niego czynności lub zaniechania nie ograniczały możliwości uczestniczenia w nim wykonawcom zakwalifikowanym do dalszego udziału w postępowaniu wieloetapowym i pozwalały złożyć im oferty pozwalające na najkorzystniejszą realizację przedmiotu zamówienia, również z uwagi na termin jego realizacji. Odwołujący Sygnity S.A. podnosił również, że wskazane wyżej przepisy ustawy Pzp wyraźnie wskazują że zmiana terminu składania ofert jest pochodną dokonanych modyfikacji SIWZ przez zamawiającego.

Odwołujący Sygnity S.A. w Warszawie wywodził, że w przypadku trybu dialogu konkurencyjnego zmiany wprowadzane do SIWZ przekazanej wybranym wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert po zakończeniu dialogu, wobec brzmienia art. 38 ust. 6 oraz art. 60e ust. 1 ustawy Pzp powinny mieć jedynie charakter porządkujący, nie zaś tworzący nową sytuację w postępowaniu. Dodatkowo wskazywał, że postępowanie jest prowadzone w oparciu o szczególny stan prawny nakładający obowiązek ustawowy wdrożenia rozwiązań będących przedmiotem postępowania w określonym przez ustawodawcę terminie, a na zmianę tego terminu nie ma wpływu ani zamawiający ani wykonawca. Sposobem na rozwiązanie niedochowania terminu realizacji przedmiotu

zamówienia nie jest również zastrzeżenie przez zamawiającego w umowie obowiązku zapłaty wysokich kar przez wykonawcę, gdyż ustawa o dowodach osobistych z dnia 6 sierpnia 2010 roku, będąca podstawą do prowadzenia postępowania, wprowadza sztywne daty rozpoczęcia jej obowiązywania (1 lipca 2013). Ponadto wskazywał, iż według jego wiedzy, pomiędzy dniem składania ofert wyznaczonym na dzień 1 grudnia 2011 roku oraz dniem 13 stycznia 2012, który to został zmieniony na dzień 17 kwietnia 2012 roku nie doszło do zasadniczych zmian przepisów prawa mających wpływ na opis przedmiotu zamówienia. Odwołujący wywodził, że nie kwestionuje dokonanych przez zamawiającego zmian w treści SIWZ w zakresie załącznika nr 1 do SIWZ, a jedynie fakt, iż do ich wprowadzenia do ofert, które mają być złożone w postępowaniu, nie jest niezbędny ponad 100 dniowy termin.

Odwołujący Sygnity S.A. w Warszawie podnosił, iż zamawiający do facto nie dokonał zmian w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie rozwiązań merytorycznych, a jedynie skrócił terminy realizacji przedmiotu zamówienia. W jego ocenie nie zaistniała żadna okoliczność, która uzasadniałaby zmianę terminu składania ofert, czy wymagałaby tworzenia oferty na nowo. Okres ponad 100 dni pomiędzy dotychczasowym terminem składania ofert a nowo wyznaczonym jest przy tym niewspółmiernie dłuższy niż pierwotny termin wyznaczony przez zamawiającego na złożenie oferty, który wynosił zaledwie 14 dni. Zauważyć należy, że zmiany treści SIWZ nie skomplikowały samego zamówienia ani nie zmieniły go na tyle, by do zmiany przygotowanych już ofert wykonawca potrzebował okresu dłuższego niż tydzień. Odwołujący Sygnity S.A. przy tym wskazywał, iż zamawiający nadużywa przysługującego mu prawa podmiotowego, i w sposób niezasadny dokonuje wydłużenia terminu składania ofert, co z kolei wpływa w sposób istotny na potencjalną możliwość terminowej realizacji przedmiotu zamówienia albo też realizacji jej w sposób należyty. Odwołujący wnosząc niniejsze odwołanie pragnie uniknąć sytuacji, w której Zamawiający po terminie składania ofert dojdzie do wniosku, iż nie jest w stanie podpisać ważnej umowy, gwarantującej mu terminową realizację przedmiotu zamówienia i wówczas unieważni postępowanie. W postępowaniu, z uwagi na wyżej wskazane ograniczenia ustawowe, nie ma możliwości przesuwania terminu składania ofert oraz jednoczesnego przesuwania (odpowiednio) terminu realizacji zamówienia. Każde zatem przesunięcie terminu składania ofert, a szczególnie przesunięcie o ponad 100 dni, ma bezpośredni wpływ na termin realizacji zamówienia pozostawiony do dyspozycji wybranego wykonawcy. Podkreślał przy tym odwołujący, że zamawiający wskazał w SIWZ najpóźniejszy dopuszczalny termin dostawy pierwszej partii blankietów - 30 kwietnia 2013 roku, a skrócenie terminu dostawy blankietów jest premiowane większą ilością punktów, a zatem większą szansą na uznanie oferty za najkorzystniejszą. Zamawiający przy tym wskazał, że maksymalne skrócenie terminu dostawy może wynieść 7 dni, zdając sobie sprawę, że terminy realizacji zamówienia, już w pierwotnym terminie składania ofert były istotnie napięte.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący Sygnity S.A. w Warszawie wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 12 stycznia 2012 roku o zmianie treści SIWZ w zakresie terminu składania ofert, a także o wyznaczenie terminu składania ofert lub zobowiązanie zamawiającego do wyznaczenia terminu składania ofert na 4 dni od dnia otrzymania przez zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej na piśmie.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: postanowienia SIWZ, modyfikację SIWZ z dnia 12 stycznia 2012 r. orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, wydane w sprawach o sygn. akt KIO 2288/11, KIO 2301/11, KIO 2546/11, KIO 2429/11, KIO 2452/11, KIO 2546/11, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Ustalono również, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu *środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy*. Odwołujący został zaproszony przez zamawiającego do składania ofert i przekazano mu specyfikację istotnych warunków zamówienia w trybie art. 60 e ust. 3 ustawy Pzp, a zatem przysługuje mu status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, albowiem ubiega się o udzielenie zamówienia. Ponadto kwestionował czynność zamawiającego polegającą na przedłużeniu terminu składania ofert, która nastąpiła bez jednoczesnego przedłużenia terminu wykonania zamówienia, co w jego ocenie grozi niedotrzymaniem terminu realizacji zamówienia lub znacznymi trudnościami w ich dotrzymaniu i naliczeniu wysokich kar umownych za opóźnienie w realizacji przedmiotu zamówienia, a także możliwością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Wyczerpuje to przesłankę określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 12 stycznia 2012 r., pismem z tego samego dnia, zatytułowanym „zmiana nr 15 treści SIWZ”, zamawiający zmodyfikował postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedłużając termin składania ofert z dnia 17 stycznia 2012 r. na dzień 17 kwietnia 2012 r. Poinformował także, że dokonuje zmiany opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, który również przesłał wykonawcom.

Nie było również spornym, że zgodnie ze zmodyfikowanym opisem przedmiotu zamówienia dostawa pierwszej transzy blankietów dowodów osobistych ma zostać wykonana do 30 kwietnia 2013r. (pkt HA.9 załącznika nr 1 do SIWZ), zaś dostawa 2500 sztuk blankietów przeznaczonych do testów ma zostać dokonana w terminie nie później niż 4 miesiące przed datą wejścia w życie ustawy z dnia 6 sierpnia 2010r. o dowodach osobistych (pkt HA.3 ww. załącznika). Poza tym wykonawca jest zobowiązany do uzyskania certyfikacji middleware oraz blankietu dowodu osobistego zgodnie z profilem bezpieczeństwa opisanym w zatwierdzonym projekcie technicznym w terminie nie później niż 2 dni przed terminem wejścia w życie przepisów ustawy (pkt HA.8). Wreszcie, w świetle pkt HA.1 przywoływanego załącznika wykonawca ma 6 miesięcy od dnia podpisania umowy na przekazanie zamawiającemu uzgodnionego projektu technicznego dowodu osobistego. Biorąc pod uwagę, że termin realizacji dostawy pierwszej partii blankietów, który był terminem wymaganym tj. 30 kwietnia 2013 roku i nie został przez zamawiającego zmodyfikowany w dniu 12 stycznia 2012 r., przedłużenie terminu składania ofert oznaczało faktyczne skrócenie terminu realizacji dostawy pierwszej transzy blankietów.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uznała je za niezasadne.

Przedmiotem zaskarżenia była czynność zamawiającego polegająca na wydłużeniu terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego, który to termin w ocenie odwołującego należało uznać za zbyt odległy od poprzednio określonego. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, *specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert*. Za sporządzenie SIWZ odpowiada zamawiający, a więc to jego uprawnieniem jest wyznaczenie terminu składania ofert. W przypadku trybu dialogu konkurencyjnego ustawa przewiduje jedynie minimalny termin składania ofert, jaki obowiązany jest wyznaczyć zamawiający, tj. 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert (art. 60 e ust. 4 ustawy Pzp). Ustawa Pzp nie przewiduje maksymalnego terminu składania ofert, co oznacza, że swobodę w tym zakresie pozostawiono liwosci dostosowania przedmiotu zamówienia do ymieniaczcz Si wzmaga} i potrzeb, w tzm

niemozamawiającemu, choć wyznaczając termin składania ofert obowiązany jest uwzględnić okoliczności danego przypadku, w tym również termin realizacji zamówienia.

Dostrzeżenia wymaga, że wyznaczenie terminu składania ofert jest elementem SIWZ, a zatem zmiana tego terminu nastąpić może w drodze modyfikacji postanowień SIWZ. Ustawa Pzp reguluje w wielu miejscach kwestię modyfikacji postanowień SIWZ. Generalnym przepisem poświęconym temu zagadnieniu jest przepis art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Stosownie do art. 38 ust. 4 ustawy *Pzp W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.* Przepis ten przyznaje zamawiającemu prawo do modyfikacji postanowień SIWZ ograniczając je jedynie pod względem czasowym, tj. do upływu terminu składania ofert i pod względem merytorycznym – tj. w uzasadnionych przypadkach. A zatem, modyfikacja SIWZ polegająca na zmianie terminu składania ofert możliwa jest również bez dokonania innych zmian w treści SIWZ, byleby była uzasadniona. Podnieść należy, iż obecne brzmienie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp zostało ustalone w wyniku nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Poprzednio obowiązujące brzmienie ograniczało możliwość modyfikacji SIWZ do przypadków „szczególnie uzasadnionych”. Po wejściu w życie ww. nowelizacji w oparciu o przywoływany przepis katalog sytuacji, w których zmiana SIWZ może nastąpić jest relatywnie szeroki. Podobne stanowisko przedstawiane jest w piśmiennictwie, w którym akcentuje się, że 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. (por. Paweł Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck, wyd. 2. Warszawa 2009, s.186). *Ponieważ przepisy nie stawiają żadnych barier w tym zakresie, można przyjąć, iż praktycznie każda potrzeba zmiany siwz będzie uzasadniona i trudno będzie czynność jej zmiany podważyć, twierdząc, że nie zachodził uzasadniony przypadek* (por. Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydawnictwo C.H.Beck, wyd. 10, Warszawa 2010).

Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez pełnomocników zamawiającego, które zostały potwierdzone dokumentem złożonym w trakcie rozprawy, powodem przedłużenia terminu składania ofert było wejście w życie zarządzenia nr 2 Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 10 stycznia 2012 r. w sprawie powołania zespołu do analizy stanu przygotowań dotyczących wprowadzenia nowych wzorów dowodów osobistych. W świetle ww. zarządzenia, celem zespołu powołanego przez Ministra Spraw Wewnętrznych jest analiza stanu przygotowań do wprowadzenia nowych wzorów dowodów osobistych, analiza aktów prawnych dotycząca dowodów osobistych, a także opracowanie koncepcji optymalizacji wykorzystania środków publicznych. Zespół powołany zarządzeniem ma zakończyć swe

prace 10 lutego 2012 r., sporządzając sprawozdanie. Ponadto, jak wynika ze złożonych w trakcie rozprawy wyjaśnień przedstawiciela Centrum Personalizacji Dokumentów, sprawozdanie zespołu zostanie przedstawione Ministrowi Spraw Wewnętrznych i będzie przedmiotem jego oceny a następnie Komitetu Rady Ministrów ds. Cyfryzacji, który to komitet może rekomendować możliwość dokonania nowelizacji ustawy o dowodach osobistych.

Wyjaśnienia zamawiającego poparte treścią zarządzenia nr 2 Ministra Spraw Wewnętrznych dnia 10 stycznia 2012 r. oznaczały, że powodem przedłużenia terminu składania ofert była chęć oceny stanu przygotowań do wprowadzenia nowych wzorów dowodów osobistych, ponownego przeanalizowania potrzeb zamawiającego, jak również analiza potrzeby zmiany w obowiązujących przepisach. Na moment wyrokowania nie sposób przesądzać jakim wynikiem zakończą się prace zespołu, nie można jednak wykluczyć, że mogą mieć one istotne znaczenie z punktu widzenia przedmiotu zamówienia. Świadczy o tym sygnalizowana w zarządzeniu chęć opracowania koncepcji optymalizacji wykorzystania środków publicznych, czy możliwość rekomendowania niewątpliwie doniosłej z punktu widzenia wykonania przedmiotu zamówienia nowelizacji ustawy o dowodach osobistych. Wprawdzie potrzeby zamawiającego powinny być generalnie zidentyfikowane już na etapie wszczęcia postępowania, czego wymagają reguły należytej staranności, to jednak nie bez znaczenia były okoliczności, które pojawiły się w trakcie jego trwania. W momencie orzekania przez Izbę w niniejszej sprawie postępowanie o udzielenie zamówienia trwa ponad rok. W trakcie postępowania zostały powołane nowe organy administracji publicznej odpowiadające za wykonanie ustawy o dowodach osobistych. Nie bez znaczenia należało również uznać specyficzny charakter przedmiotu zamówienia tj. dostawę odmiennych od dotychczas stosowanych blankietów dowodów osobistych, znaczną wartość zamówienia, jego długofalowe i wieloletnie skutki. Uwzględnienie w sposób postulowany w odwołaniu żądania polegającego na wyznaczeniu terminu składania ofert na 4 dni po otrzymaniu wyroku Izby na piśmie tworzyłoby nową, nieodwracalną sytuację w postępowaniu. Ponieważ w świetle art. 38 ust. 4 ustawy Pzp modyfikacja SIWZ możliwa jest tylko do upływu terminu składania ofert, uwzględnienie odwołania uniemożliwiłoby zamawiającemu weryfikację jego potrzeb. W piśmiennictwie wskazuje się natomiast, że powodem modyfikacji SIWZ *może być nieprzewidziana zmiana potrzeb zamawiającego, którą może on uwzględnić, nie zmieniając przy tym zapisów SIWZ, w sposób, który powodowałby zmianę kwalifikacji zamówienia* (por. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2010, wyd. IV). Stanowisko to zasługuje na aprobatę, biorąc również pod uwagę to, że zasadniczym celem postępowania o udzielenie zamówienia jest zaspokojenie potrzeb zamawiającego. W tym kontekście, w zakresie wydłużenia terminu składania ofert, należy mieć na względzie zapewnienie zamawiającemu możliwości dostosowania

przedmiotu zamówienia do zmieniających się wymagań i potrzeb, w tym niemożliwego do przewidzenia kształtu regulacji prawnej.

Przy wyrokowaniu Izba wzięła również pod uwagę, że wszyscy obecni w trakcie rozprawy wykonawcy tj. wykonawca Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Consortia sp. z o.o. w Warszawie, On Track Innovations Ltd Z.H.R. Industrial Zone, Rosh Pina, Izrael, ASEC S.A. w Krakowie, Trusted Information Consulting sp. z o.o. w Warszawie a także wykonawca Gildia sp. z o.o. w Lublinie oświadczyli, iż pomimo przedłużenia terminu składania ofert do dnia 17 kwietnia 2012 r. przy jednoczesnym zaniechaniu przedłużenia terminu realizacji zamówienia, w ich ocenie, wykonanie przedmiotu zamówienia jest możliwe, choć połączone będzie z większym ryzykiem i wymagało będzie dodatkowej analizy biznesowej. Zatem decyzja zamawiającego o przedłużeniu terminu składania ofert na dzień 17 kwietnia 2012 r. nie godzi w interes wykonawców w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nie musi bowiem skutkować ograniczeniem kręgu wykonawców zdolnych do złożenia oferty, ani koniecznością unieważnienia postępowania, z uwagi na to, że przedmiotem zamówienia będzie świadczenie niemożliwe do wykonania. Przedstawiciel Centrum Personalizacji Dokumentów oświadczył w trakcie rozprawy, że nie jest mu wiadomo, aby na moment wyrokowania intencją ministra właściwego do spraw wewnętrznych było unieważnienie postępowania. Nie można również wykluczyć możliwości nowelizacji ustawy o dowodach osobistych której termin wejścia w życie był już odraczany. Możliwość nowelizacji ustawy o dowodach osobistych sygnalizowana jest w zarządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych, zaś ewentualna zmiana tej ustawy może skutkować możliwością wydłużenia terminu realizacji zamówienia.

Z omawianych powodów Izba uznała zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp za niezasadny.

W ocenie Izby niezasadnym okazał się również podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 38 ust. 6 ustawy Pzp. Przywołany przez odwołującego przepis stanowi, że *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, zamawiający przedłuża termin składania ofert*. Przepis ten nakłada więc na zamawiających dodatkowy obowiązek przedłużenia terminu składania ofert jeżeli jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach w wyniku wprowadzonej zmiany SIWZ, na co wskazuje sformułowanie „przedłuża”. W przypadku, gdy modyfikacja SIWZ nie powoduje po stronie wykonawców konieczności wprowadzania zmian do przygotowywanych ofert, zamawiający nie ma obowiązku przedłużania terminu składania ofert. Naruszenie dyspozycji przywoływanego

przepisu możliwe jest zatem w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku zmiany SIWZ, wbrew owemu dodatkowemu obowiązkowi nie przedłuża terminu składania ofert pomimo, iż konieczny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach lub też gdy przedłuża ten czas o okres niewystarczający na wprowadzenie stosownych zmian. Natomiast nie stanowi naruszenia dyspozycji tego przepisu wyznaczenie zbyt odległego terminu składania ofert. Brak obowiązku przedłużenia terminu składania ofert w świetle art. 38 ust. 6 ustawy Pzp nie oznacza jeszcze bowiem, że zamawiający nie ma takiego prawa a to na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Gdyby tak było, przepis art. 38 ust. 4 ustawy Pzp byłby zbędny, zaś dopuszczalność modyfikacji SIWZ rozstrzygana byłaby tylko w świetle przepisu art. 38 ust. 6 ustawy Pzp.

Rozstrzygając o podniesionym przez odwołującego zarzucie naruszenia art. 5 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa do przedłużenia terminu składania ofert Izba nie znalazła podstaw do podzielenie argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu. Jak wynika z art. 14 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu stosuje się przepisy KC, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Czynność zamawiającego polegająca na wyznaczeniu terminu składania ofert czy przedłużeniu terminu składania ofert jest niewątpliwie „czynieniem użytku ze swojego prawa”, które to uprawnienie ma charakter prywatnoprawny, zaś sposób jego wykonywania może być rozpatrywane poprzez pryzmat brzmienia art. 5 KC.

W dalszej kolejności dostrzeżenia wymagało istnienie domniemania, że jeśli dany podmiot wykonuje uprawnienie przysługujące mu w ramach prawa podmiotowego, to działa zgodnie z prawem. Okoliczność przeciwną powinna wykazać zatem druga strona. Jak wskazano wcześniej, niewątpliwie zamawiający działał w ramach przysługującego mu prawa do modyfikacji SIWZ. Natomiast Izba nie znalazła podstaw, aby działanie w granicach prawa, w tej konkretnej sprawie, mogło być mimo to uznane za naganne z punktu widzenia zasad współżycia społecznego czy sprzeczności ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem prawa. Podkreślenia wymaga, że instytucja nadużycia prawa, o której mowa w art. 5 KC ma zapobiegać powstawaniu sytuacji, w których zastosowanie litery prawa prowadziłoby do rozstrzygnięć rażąco niesłusznych. W efekcie, ochrony odmawia się uprawnionemu dlatego, że w konkretnej sytuacji faktycznej wykonywanie prawa jest naganne. Izba wzięła pod uwagę, że jeżeli wykonawca powołuje się na jedną z zasad współżycia społecznego stwierdzając, że doszło do jej nadużycia (naruszenia), powinien wskazać, o jaką zasadę konkretnie chodzi. Bez takiego wskazania i dostatecznego wykazania rozstrzygnięcie Izby uwzględniające ten zarzut narażone byłoby na uzasadniony zarzut dowolności. Oznaczałoby bowiem, iż Izba odmówiła uprawnionemu możliwości korzystania z jego prawa z uwagi na

bliżej nieskonkretyzowaną zasadę. Powyższe znajduje uzasadnienie m.in. w wyroku z dnia 20 grudnia 2006 r., IV CSK 263/06, Lex, nr 257664, w którym Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż aby zarzut nadużycia prawa w rozumieniu art. 5 KC mógł odnieść skutek prawny należy wskazać jakie zasady współżycia społecznego w okolicznościach sprawy zostały naruszone.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał podniesionego przez siebie zarzutu. Nie wiadomo jaka zasada współżycia społecznego została naruszona, jak również na czym miałyby polegać sprzeczność ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem prawa do modyfikacji SIWZ. Chęć przeanalizowania możliwości dostosowania przedmiotu zamówienia do zmieniających się wymagań i potrzeb zamawiającego, optymalizacji wydatkowania środków publicznych, oceny stanu przygotowań do wprowadzenia nowych dowodów osobistych nawet na obecnym etapie postępowania nie może być uznana za działanie naganne skutkujące uznaniem, że działanie zamawiającego choć mające oparcie w prawie, to jednak musi być uznane za bezprawne wykonywanie tego prawa. Natomiast decyzja o przedłużeniu terminu składania ofert nie godzi w interes wykonawców w uzyskaniu danego zamówienia, albowiem pomimo sygnalizowanych trudności związanych ze skróceniem terminu realizacji zamówienia dostrzegają oni możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ. Zwiększone ryzyko jakie poniosą z tytułu sygnalizowanych przez nich zagrożeń może być przez nich uwzględnione i skalkulowane w cenie ofertowej.

Rozstrzygając w przedmiocie podniesionego zarzutu naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji Izba uznała ten zarzut za niezasadny. Nie uległo wątpliwości, że zmiana terminu składania ofert dotyczyła wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu, więc nie wykazano braku równego traktowania wykonawców. Natomiast treść odwołania, jak również złożonych w trakcie rozprawy wyjaśnień i oświadczeń nie dały Izbie podstaw do stwierdzenia nie przestrzegania przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: