

Sygn. akt: KIO 1708/14

WYROK

z dnia 4 września 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2014 roku przez Odwołującego: **SYGNITY Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **DahliaMatic Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Gottlieba Daimlera 2, 02-460 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy: **IT.expert Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania 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 koszty postępowania odwoławczego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. 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

Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie [zwana dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na realizację zadania: Dostawa oprogramowania Oracle wraz z udzieleniem licencji i świadczeniem usług konwersji licencji oraz wsparcia technicznego dla Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o. o., na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą P.z.p.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 kwietnia 2014 roku pod numerem 2014/S 072-124761.

W dniu 14 sierpnia 2014 roku Zamawiający przesłał wykonawcom wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”] oraz poinformował o dokonaniu zmian w treści SIWZ.

W dniu 20 sierpnia 2014 roku Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie [zwana dalej: „Odwołującym”] wniosła odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- a) art. 38 ust. 4 i 6 ustawy P.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zmianę treści SIWZ na wniosek wykonawców bez uzasadnionej przyczyny oraz przesunięcie terminu składania ofert wstępnych w postępowaniu, mimo iż nie zaszły przesłanki ustawowe do dokonania zmian na etapie składania ofert wstępnych w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem;
- b) art. 58 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie negocjacji odnośnie treści SIWZ w zakresie uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy przed upływem terminu do składania ofert wstępnych;
- c) art. 58 ust. 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonane zmian SIWZ polegających na uzupełnieniu opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy bez przeprowadzenia negocjacji z wszystkimi zaproszonymi do negocjacji wykonawcami;
- d) art. 58 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonane zmian SIWZ polegających na uzupełnieniu opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy z wykonawcą, który nie złożył w postępowaniu niepodlegającej odrzuceniu oferty wstępnej;
- e) art. 59 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie uzupełnienia SIWZ i zmianę warunków umowy przed zakończeniem negocjacji;
- f) art. 59 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie uzupełnienia SIWZ i zmianę warunków umowy w zakresie w jakim nie była ona przedmiotem negocjacji.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

- unieważnienie czynności wyjaśnienia treści SIWZ i zmiany treści SIWZ z dnia 14 sierpnia 2014 roku, a także czynności przesunięcia terminu składania ofert, wraz z wszystkimi konsekwencjami tych zmian,
- uznanie, iż dniem składania ofert wstępnych był dzień 18 sierpnia 2014 roku zgodnie z terminem wyznaczonym w SIWZ,
- przeprowadzenie negocjacji z wykonawcami zaproszonymi do składania ofert wstępnych, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu oferty wstępne w dniu 18 sierpnia 2014 roku.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 5 sierpnia 2014 roku Zamawiający zaprosił wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, w tym Odwołującego, do składania ofert wstępnych, przesyłając jednocześnie treść SIWZ oraz wyznaczył termin składania ofert wstępnych na dzień 18 sierpnia 2014 roku. Następnie w dniu 14 sierpnia 2014 roku Zamawiający przesłał wykonawcom wyjaśnienia treści SIWZ oraz poinformował o dokonaniu zmian w treści SIWZ, na podstawie art. 38 ust. 2 i 4 ustawy P.z.p. W związku z dokonanymi zmianami został również zmieniony termin składania ofert wstępnych na dzień 21 sierpnia 2014 roku. Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 14 sierpnia 2014 roku Zamawiający nie zawarł uzasadnienia dokonanej zmiany SIWZ ani przesunięcia terminu składania ofert wstępnych. Zdaniem Odwołującego dokonana przez Zamawiającego zmiana treści SIWZ w zakresie doprecyzowania i uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia oraz treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także zmiana terminu składania ofert wstępnych jest niezgodna z zasadami rządzącymi postępowaniem w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Odwołujący wskazał, że zmiany SIWZ przed terminem składania ofert wstępnych w zakresie przewidzianym dla negocjacji są niezgodne w szczególności z art. 59 ust. 1 ustawy P.z.p. W ocenie Odwołującego właściwym i obowiązującym terminem składania ofert wstępnych był dzień 18 sierpnia 2014 roku, pierwotnie wynikający z SIWZ. W jego ocenie przywrócenie tego terminu, jako zawitego, było niedopuszczalne.

Odwołujący podkreślał, że negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielania zamówienia, który jest podzielony na kilka etapów, przy czym zakłada on możliwość doprecyzowania czy zmiany pierwotnej treści SIWZ i umowy w ściśle określonym zakresie, a jednocześnie taka zmiana, jeżeli następuje przed terminem składania ofert ostatecznych może być dokonana wyłącznie w związku i na skutek przeprowadzonych negocjacji z wykonawcami nie tylko zaproszonymi do składania ofert wstępnych, ale takim, którzy złożyli nie podlegające odrzuceniu oferty wstępne. Odwołujący wskazał, że celem negocjacji jest doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego i dopiero po zakończeniu negocjacji Zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić SIWZ i to wyłącznie w zakresie w jakim była ona przedmiotem negocjacji. Odwołujący stwierdził, że

dokonanie przez Zamawiającego zmian w SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia i treści umowy bez przeprowadzenia negocjacji jest złamaniem przepisów ustawy P.z.p. Dalej Odwołujący wskazywał, iż dokonywanie zmian SIWZ na wniosek wykonawców jest jawnym pominięciem zasad i istoty postępowania o udzielenie zamówienia, prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, gdzie istotą jest prowadzenie negocjacji z wszystkimi wykonawcami, którzy złożyli oferty wstępne, w wyniku których Zamawiający może doprecyzować przedmiot zamówienia, uzupełnić przedmiot zamówienia lub zmienić czy doprecyzować treść umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący podnosił, iż w przedmiotowym postępowaniu, W przedmiotowej sytuacji natomiast Zamawiający prowadził negocjacje skutkujące zmianą opisu przedmiotu zamówienia i umowy przed terminem wynikającym z art. 59 ust. 1 P.z.p., ale również przed wyznaczonym terminem składania ofert wstępnych. Dodatkowo, wskazał, że Zamawiający prowadził negocjacje z wykonawcą nieuprawnionym, a zatem z takim, który jeszcze nie złożył oferty wstępnej, a nawet gdyby wykonawca złożył ofertę wstępną, to nie podlegała ona jeszcze badaniu przez Zamawiającego i nie wiadomo, czy nie podlegałaby odrzuceniu. Odwołujący zauważył, że samo zaproszenie do złożenia oferty wstępnej nie jest wystarczające do podjęcia negocjacji z Zamawiającym, gdyż Zamawiający zaprasza do negocjacji tych wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu oferty wstępne. Odwołujący podniósł, że o ile wyjaśnienie treści SIWZ dokonane w trybie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. mogło służyć usunięciu ewentualnych niejasności co do zapisów SIWZ, o tyle zastosowanie przez Zamawiającego w stosunku do postępowania art. 38 ust. 4 ustawy P.z.p. jako odpowiedzi na pytanie wykonawcy zgłoszone w postępowaniu przed terminem składania ofert wstępnych i rozpoczęciem negocjacji było nieuprawnione. Ponadto, wskazał, że jeśli dopuścić możliwość dokonywania zmian SIWZ przed terminem składania ofert wstępnych, to wówczas prowadzenie negocjacji miałyby się z celem, przy czym już samo literalne brzmienie przepisu art. 38 prowadzi do wniosku, że ma on zastosowanie do SIWZ, na podstawie którego składana jest oferta, a nie oferta wstępna.

Odwołujący dalej wywodził, że nie było żadnych podstaw do przesunięcia terminu składania ofert wstępnych na podstawie art. 38 ust. 6 ustawy P.z.p. W ocenie Odwołującego uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o dodatkową możliwość formy dostawy oprogramowania, nie uzasadnia uzyskania dodatkowego czasu dla wykonawców na wprowadzenie zmian w ofertach, tym bardziej, że przedmiotem oferty wstępnej nie jest oferowanie rozwiązania takiego jakie składa się w ofercie (ostatecznej, zawierającej cenę). Następnie podniósł, że przedmiotem oferty wstępnej nie jest zatem oferowanie czegokolwiek czym wykonawca byłby związany w kolejnym etapie postępowania, a zatem nie ma podstaw do stosowania na tym etapie postępowania przepisu gwarantującego wykonawcy dodatkowy czas na wprowadzenie zmian do oferty. Odwołujący wskazywał też, że już na etapie formułowania treści SIWZ, Zamawiający zauważał różnicę pomiędzy etapem składania oferty

wstępnej i oferty, bowiem z treści SIWZ wynika wyraźne rozróżnienie na ofertę wstępną i ofertę. To też wskazuje na różne cele oferty i oferty wstępnej.

W podsumowaniu, Odwołujący stwierdził, że czynność Zamawiającego polegająca na zmianie treści SIWZ przed terminem składania ofert wstępnych i przed prowadzeniem negocjacji z wykonawcami zaproszonymi do negocjacji oraz przesunięcie terminu składania ofert wstępnych jest działaniem niezgodnym z ustawą P.z.p. Działanie takie nie korzysta z ochrony prawnej. Co więcej, w ocenie Odwołującego, wobec braku możliwości przyznania takim działaniom ochrony prawnej, uznać należy, że właściwym terminem składania ofert wstępnych był i pozostał dzień 18 sierpnia 2014 roku. A zatem badaniu i zaproszeniu do negocjacji powinni podlegać wyłącznie ci wykonawcy, którzy złożyli oferty wstępne do upływu tego terminu.

W dniu 22 sierpnia 2014 roku wykonawca DahliaMatic Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W tym samym dniu, tj. 22 sierpnia 2014 roku, wykonawca IT.expert Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, za pośrednictwem faksu w dniu 1 września 2014 roku, a w formie pisemnej w toku posiedzenia. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, wskazując w pierwszej kolejności, że Odwołujący nie wykazał, interesu we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., w tym nie wykazał, że poniósł lub mógł ponieść szkodę. W ocenie Zamawiającego działanie Odwołującego jest raczej nadużyciem prawa niż przejawem jego ochrony. W dalszej kolejności Zamawiający odniósł się merytorycznie do zarzutów podniesionych przez Odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, pismo Zamawiającego z dnia 14 sierpnia 2014 roku, dotyczące wyjaśnień treści SIWZ oraz modyfikacji SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy P.z.p.

Izba uznała, że Odwołujący nie spełnia przesłanek wniesienia odwołania wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., podzielając w tym zakresie argumentację Zamawiającego wskazaną w odpowiedzi na odwołanie, którą również podzielili obaj Przystępujący w toku rozprawy.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 września 2014 roku wskazał, że „Powyższy przepis wskazuje okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze środków odwoławczych, mające charakter przesłanek materialnoprawnych. Wskazany przepis wiąże zatem możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy z ochroną interesu Wykonawcy, który to interes realizuje się poprzez będącą następstwem wniesienia odwołania możliwość uzyskania zamówienia, tj. statuuje ochronę przed bezprawnymi czynnościami zamawiającego uniemożliwiającymi (mogącymi uniemożliwić) uzyskanie danego zamówienia. Powyższe w żadnym razie nie odnosi się do jakichkolwiek innych, np. majątkowych interesów Wykonawców, które mogą doznać szkody w związku z działaniami Zamawiającego. Nadto, korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie nie można sprowadzić do ochrony ogólnie pojętej praworządności i korygowania wszystkich nieprawidłowości, których Zamawiający zdaniem Wykonawcy dopuścił się w trakcie postępowania (nieprawidłowości irrelevantnych w stosunku do możliwości uzyskania konkretnego zamówienia przez danego Wykonawcę).”

W taki sam sposób w kwestii interpretacji przepisu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. wypowiedział się skład orzekający Izby w orzeczeniu z dnia 2 kwietnia 2013 roku wydanym w sprawie KIO 655/13.

Zamawiający stwierdził, że „Odwołujący wskazuje jedynie na okoliczności w jego ocenie mające być przejawem naruszenia ustawy pzp, nie wykazał natomiast, że „poniósł lub mógł ponieść szkodę”, z uwagi na uniemożliwienie mu przez Zamawiającego złożenia oferty, przez określenie w SIWZ takich wymagań, co spowodowało, że utracił on możliwość złożenia oferty, uzyskania zamówienia (por. wyrok z 17 maja 2013 r., KIO 1002/13). Zdaniem Zamawiającego działanie Wykonawcy jest raczej nadużyciem prawa niż przejawem jego ochrony”.

W toku rozprawy Odwołujący uzasadniając posiadanie interesu we wniesieniu odwołania wskazywał, że jego interes przejawia się w tym, że „jako jedyny złożył w terminie tj. do dnia 18.08.2014 r. ofertę wstępną i jeżeli ten termin zostałby uznany jako właściwy i jedyny to wówczas byłby jedynym podmiotem, który złożył ważną ofertę wstępną. W związku z tym nie miałby żadnej konkurencji, natomiast w przypadku przedłużenia tego terminu być może pojawili by się także inni wykonawcy i złożyli ważne oferty. Co w konsekwencji oznaczałoby, że miałyby mniej korzystną sytuację.”.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że Odwołujący swój interes w kwestionowaniu czynności dokonanych przez Zamawiającego upatrywał w tym, że w przypadku uwzględnieniu odwołania jego pozycja w przedmiotowym postępowaniu będzie korzystniejsza dzięki

wyeliminowaniu konkurencji. Takie stanowisko nie uzasadnia interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie wskazywano, że „zagrożenie szkodą nie występuje tylko z tej przyczyny, że wykonawca zmuszony będzie konkurować z innymi wykonawcami” [por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 272/13; KIO 285/13, podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2013 r., sygn. akt: 286/13].

Treść zarzutów podniesionych przez Odwołującego odnosi się do kwestii zgodności czynności podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, tj. wyjaśnienia treści SIWZ i modyfikacji SIWZ, dokonanej w dniu 14 sierpnia 2014 roku, z przepisami ustawy P.z.p. Nie ulega jednak wątpliwości, że nawet wykazanie niezgodności czynności podejmowanych przez Zamawiającego lub zaniechań niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. nie przesądza o możliwości uwzględnienia odwołania, wobec treści przepisu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., z którego wynika konieczność legitymowania się posiadaniem interesu we wniesieniu odwołania.

Odwołanie nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie wyłącznie ogólnej zgodności działań Zamawiającego z prawem, ale jest środkiem ochrony prawnej podejmowanym w celu uzyskania zamówienia przez wykonawcę, co też było akcentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej [wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2013 roku, sygn. akt KIO 655/13 oraz z dnia 22 listopada 2012 roku sygn. akt KIO 2396/12].

Wobec powyższego, należy uznać, że w przedmiotowej sprawie nie została wypełniona materialnoprawna przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego, określona w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., kwalifikowana możliwością poniesienia przez niego szkody, a w konsekwencji odwołanie podlega oddaleniu.

Niezależnie od powyższego, nie uchylając się od rozpoznania istoty sprawy, w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba ustaliła, co następuje.

Zarzuty wskazane w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 kwietnia 2014 roku pod numerem 2014/S 072-124761. W dniu 5 sierpnia 2014 roku Zamawiający zaprosił wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, przesyłając jednocześnie treść SIWZ oraz wyznaczył termin składania ofert wstępnych na dzień 18 sierpnia 2014 roku. Następnie w dniu 14 sierpnia 2014 roku Zamawiający przesłał wykonawcom wyjaśnienia treści SIWZ oraz poinformował o dokonaniu zmian w treści SIWZ, na podstawie art. 38 ust. 2 i 4 ustawy P.z.p. Zamawiający wprowadził w treści SIWZ zmianę polegającą na dopuszczeniu możliwości przekazania oprogramowania także drogą elektroniczną (przy pozostawieniu możliwości dostarczenia go w sposób pierwotnie określony – tj. na oryginalnych nośnikach), co w ocenie Zamawiającego

umożliwia rozszerzenie konkurencji, nie dyskryminując żadnego z wykonawców. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że „pozostawienie zapisów o dostarczeniu oprogramowania tylko na nośnikach magnetycznych mogłoby być utrudnieniem dla części wykonawców, gdyż nośniki z oprogramowaniem z oryginalnymi sygnaturami producenta może wyprodukować bezpośrednio tylko producent oprogramowania (firma ORACLE)”. Druga zmiana dotyczyła zmiany treści § 1 ust. 4 Projektu umowy, stanowiącym załącznik Nr 2 do SIWZ, w zakresie dotyczącym konwersji licencji w celu wyeliminowania nieścisłości zachodzącej pomiędzy treścią SIWZ a treścią ogłoszenia o zamówieniu. W związku z dokonanymi zmianami Zamawiający przesunął termin składania ofert wstępnych na dzień 21 sierpnia 2014 roku.

Odwołujący kwestionował możliwość dokonania zmian treści SIWZ w zakresie doprecyzowania i uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia oraz treści umowy w sprawie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, przed upływem terminu składania ofert wstępnych, a także kwestionował możliwość zmiany przez Zamawiającego terminu składania ofert wstępnych, wskazując, iż zmiany SIWZ przed terminem składania ofert wstępnych w zakresie przewidzianym dla negocjacji są niezgodne w szczególności z art. 59 ust. 1 P.z.p. oraz, że zmiana taka może być dokonana w związku i na skutek przeprowadzonych negocjacji z wykonawcami nie tylko zaproszonymi do składania ofert wstępnych, ale też takimi, którzy złożyli nie podlegające odrzuceniu oferty wstępne.

Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy P.z.p. w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie.

Z kolei art. 38 ust. 6 ustawy P.z.p. 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 i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją powołaną przez Odwołującego, wskazującą, że Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania zmian w treści SIWZ przed upływem terminu składania ofert wstępnych.

Przede wszystkim zważyć należy, że żaden z przepisów prawa regulujący tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakim jest tryb negocjacji z ogłoszeniem (art. 54 i n. ustawy P.z.p.), nie wyłącza stosowania przepisu art. 38 ustawy P.z.p.

Ponadto, należy wziąć pod uwagę systematykę ustawy P.z.p. oraz umiejscowienie przepisu art. 38 w tej ustawie. Otóż, przepis art. 38 został zawarty w Dziale II ustawy P.z.p. zatytułowanym Postępowanie o udzielenie zamówienia w Rozdziale 2 Przygotowanie postępowania, obejmującym regulacje proceduralne, wspólne dla wszystkich trybów udzielania zamówień, w tym również dla negocjacji z ogłoszeniem.

Jedyne ograniczenie w zakresie możliwości dokonywania modyfikacji SIWZ w przypadku prowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem wprowadza przepis art. 38 ust. 4b ustawy P.z.p., który stanowi, iż z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

W przedmiotowej sprawie termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu minął dnia 23 kwietnia 2014 roku.

W przypadku, gdyby modyfikacja treści SIWZ dokonana przez Zamawiającego prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu należałoby wówczas stwierdzić, iż jest ona niedopuszczalna. W przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca. Jak przyznał Zamawiający jedna ze zmian treści SIWZ (dotycząca postanowienia zawartego w § 1 ust. 4 Projektu umowy) miała na celu dostosowanie treści SIWZ do treści ogłoszenia o zamówieniu. Treść ogłoszenia o zamówieniu miała pozostać w pierwotnej wersji. Druga ze zmian dotycząca sposobu dostarczenia oprogramowania również nie miałaby wpływu na kształt treści ogłoszenia o zamówieniu.

W związku z powyższym, stwierdzić należy, że zmiany treści SIWZ dokonane przez Zamawiającego, były zgodne z przepisami ustawy P.z.p. i były uzasadnione, wbrew temu, co twierdził Odwołujący.

W tym miejscu warto powołać wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r. wydany w sprawie o sygn. akt X Ga 127/08, w którym Sąd ten stwierdził, że: „Przepis art. 59 ust. 1 p.z.p., zezwalając na doprecyzowanie lub uzupełnienie SIWZ po przeprowadzonych negocjacjach, określa zakres dozwolonych zmian w takim zakresie, w jakim negocjacje były prowadzone, choćby z jednym z wykonawców. Przepis ten nie stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 38 ust. 4 p.z.p. i wydaje się, że nie wyklucza możliwości wprowadzenia zmian również na tej podstawie (art. 38 ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 60 ust. 4 p.z.p.) z zachowaniem rygorów wynikających z art. 38 ust. 5 p.z.p.”.

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że Zamawiający był uprawniony do dokonania zmian treści SIWZ także przed upływem terminu składania ofert wstępnych.

W ocenie Izby słuszne jest stanowisko Zamawiającego, że użyte w dyspozycji art. 38 ust. 4 zd. 1 ustawy P.z.p. sformułowanie „w uzasadnionych przypadkach”, oznacza, że Zamawiający

może dokonywać zmian zawsze, kiedy wymaga tego należyta staranność w przeprowadzeniu postępowania.

Zmiany wprowadzone przez Zamawiającego do treści SIWZ w dniu 14 sierpnia 2014 roku, jak już wcześniej zostało wskazane, dotyczyły dopuszczenia możliwości dostawy przedmiotu umowy – oprogramowania także w formie elektronicznej, a nie jak było pierwotnie – wyłącznie na oryginalnych nośnikach. Kolejna zmiana dotyczyła konieczności modyfikacji SIWZ z uwagi na rozbieżność treści SIWZ w stosunku do treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie dotyczącym świadczenia usług konwersji licencji. W treści ogłoszenia o zamówieniu (pkt II.1.5) lit. c) wskazano, że przedmiotem zamówienia jest: „c) świadczenie usługi konwersji licencji posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania na nowy model licencjonowania (zmiana licencji), dla poniższych produktów: (...)”. Natomiast w pierwotnej treści § 1 ust. 4 Projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał, że przedmiotem umowy jest: „4. Świadczenie usług konwersji licencji posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania na nowy model licencjonowania (zmiana licencji) z metryki „revenue” na metrykę „named user” dla produktów i w ilości wskazanej poniżej (...)”. W następstwie dokonanej w dniu 14 sierpnia 2014 roku Zamawiający w § 1 ust. 4 Projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ wykreślił sformułowanie „z metryki „revenue” na metrykę „named user”, wskazując w treści pisma z dnia 14 sierpnia 2014 roku, że „zgodnie z treścią punktu 3.3 SIWZ Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązany będzie do świadczenia usług konwersji licencji posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania na nowy model licencjonowania (zmiana licencji) dla produktów „PeopleSoft Enterprise” oraz „Hyperion Planning Plus” z metryki „Revenue” do metryki „Application User Perpetual”. Zatem, w związku z zaistniałymi rozbieżnościami, ale również i wątpliwościami zgłaszanymi przez wykonawców do treści SIWZ, należało uznać, że wprowadzone do treści SIWZ zmiany były uzasadnione. Wbrew temu co twierdził Odwołujący uzasadniona była także zmiana terminu składania ofert wstępnych z dnia 18 sierpnia 2014 roku na dzień 21 sierpnia 2014 roku. Nie bez znaczenia jest okoliczność, że zmiany zostały dokonane w dniu 14 sierpnia 2014 roku (tj. w czwartek), a pierwotny termin składania ofert wstępnych upływał w dniu 18 sierpnia 2014 roku. Pomiędzy tymi terminami przypadło święto państwowe w dniu 15 sierpnia 2014 r. oraz weekend.

Bezzasadne, w ocenie Izby, są także zarzuty wskazane w pkt b) – f) odwołania, a dotyczące naruszenia art. 58 ust. 1, art. 58 ust. 2 i art. 59 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ramach powyższych zarzutów Odwołujący m.in. zarzucał Zamawiającemu, że prowadził on negocjacje odnośnie treści SIWZ w zakresie uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy przed upływem terminu składania ofert wstępnych oraz, że dokonał zmiany SIWZ w tym zakresie bez przeprowadzenia negocjacji z wszystkimi zaproszonymi do negocjacji wykonawcami.

Biorąc pod uwagę okoliczności przedmiotowej sprawy Izba uznała, że twierdzenia Odwołującego są nieuzasadnione. Jak już powyżej zostało wskazane, Zamawiający był uprawniony do samodzielnej modyfikacji treści SIWZ bez przeprowadzenia negocjacji z wykonawcami, o ile zmiany te nie prowadziły do zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Na uprawnienia Zamawiającego w tym zakresie nie ma wpływu to czy zmiany te zostały wprowadzone z własnej inicjatywy czy też w następstwie pytań wykonawców do treści SIWZ. Nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający prowadził jakiegokolwiek negocjacje z wykonawcami jeszcze przed składaniem ofert wstępnych i, że prowadził je tylko z niektórymi wykonawcami. Zamawiający bowiem nie zaprosił jeszcze żadnych wykonawców do negocjacji i nie prowadził z nimi negocjacji. To, że wykonawcy zadawali pytania do treści SIWZ, czy to, że Zamawiający wprowadził zmiany do treści SIWZ, nie oznacza, że prowadził w tym zakresie negocjacje. Jak już powyżej zostało wskazane w przypadku trybu negocjacji z ogłoszeniem nie jest wyłączone stosowanie przepisu art. 38. Zgodnie zaś z art. 38 ust. 1 ustawy P.z.p., wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W świetle okoliczności, o których była mowa powyżej, nieuzasadniony jest także zarzut, iż Zamawiający dokonał zmian treści SIWZ polegających na uzupełnieniu opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy z następstwem negocjacji z wykonawcą nieuprawnionym, czyli z takim, który nie złożył jeszcze oferty wstępnej, czy też którego oferta jeszcze nie podlegała badaniu przez Zamawiającego w zakresie ewentualnego odrzucenia.

Tym samym bezpodstawny jest również zarzut naruszenia art. 59 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie uzupełnienia SIWZ i zmianę warunków umowy przed zakończeniem negocjacji, jak i art. 59 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie uzupełnienia SIWZ i zmianę warunków umowy w zakresie w jakim nie była ona przedmiotem negocjacji.

Reasumując, stwierdzić należy, że Zamawiający miał prawo do dokonania zmian treści SIWZ na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy P.z.p., z uwagi na to, że nie prowadziły one do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz był uprawniony do przesunięcia terminu składania ofert wstępnych na podstawie art. 38 ust. 6 ustawy P.z.p., ze względu na wyjaśnienia i dokonaną modyfikację treści SIWZ.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień zawartych w § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 lit. a, § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

