

Sygn. akt: KIO 1867/15

WYROK

z dnia 15 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Indra Sistemas S.A., Alcobendas (Madryt), Avenida de Bruselas, nr 35, 28108, Hiszpania oraz Indra Sistemas Polska Sp. z o.o. w Warszawie (02-305), Al. Jerozolimskie 136** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie (00-955), Al. Jerozolimskie 7**

przy udziale:

- wykonawcy: **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (35-322), ul. Olchowa 14**
- wykonawcy: **Sygnity S.A. w Warszawie (02-486), Al. Jerozolimskie 180**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Indra Sistemas S.A., Alcobendas (Madryt), oraz Indra Sistemas Polska Sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Indra Sistemas S.A., Alcobendas (Madryt), oraz Indra Sistemas Polska Sp. z o.o. 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 2013 r. poz. 907 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: „*Centralny System Bankowy*” zostało wszczęte przez zamawiającego: Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 31 sierpnia 2015 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 216-382384) w dniu 8 listopada 2014 r.

W dniu 27 sierpnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Indra Sistemas S.A., Alcobendas (Madryt), oraz Indra Sistemas Polska Sp. z o.o. w Warszawie, zwanych dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec

- a) „*czynności polegającej na sformułowaniu, w wyniku wyjaśnień udzielonych w dniu 17 i 20 sierpnia 2015 r., postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z naruszeniem przepisów ustawy,*
- b) *zaniechania czynności przedłużenia terminu składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach.*”

Odwołujący postawił Zamawiającemu:

- a) „*zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez nieopisanie, w wyniku wyjaśnień udzielonych pismami z dnia 17 i 20 sierpnia 2015 r., przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i zarazem poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,*

b) *zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 38 ust. 6 ustawy poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach.*

Odwołujący twierdził, że Zamawiający dopiero pismem z dnia 17 sierpnia 2015 r. (BZP-064-564/2015 – pismo 564) postawił wymóg wykonania przez wykonawcę „*interfejsu plikowego zgodnie z dokumentacją First Data*”, przez co miał on faworyzować jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołujący wskazywał w tym kontekście na odpowiedź na pytanie 2 w piśmie 564, które odsyłało do odpowiedzi udzielonej pismem z dnia 6 sierpnia 2015 r., w której Zamawiający informował, że „*sposób i format komunikacji dla wymiany danych między Zamawiającym i First Data jest określony przez First Data Polska S.A. Wykonawca będzie zobowiązany do implementacji interfejsu po stronie CSB zgodnie z wymaganiami First Data.*” Zdaniem Odwołującego „*tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, gdyż nie zawiera opisu wymagań First Data, koniecznych do realizacji przedmiotu zamówienia. Dodatkowo powyższe postanowienie SIWZ wskazuje na konieczność współpracy wykonawcy z podmiotem First Data Polska S.A., przy czym zasady tej współpracy nie są w ogóle wskazane. Z punktu widzenia odwołującego się wykonawcy nie ma żadnej gwarancji, że First Data Polska S.A. udostępni Odwołującemu niezbędną dokumentację i zasoby konieczne do integracji systemów oraz że będzie współpracować z każdym z potencjalnych wykonawców z zachowaniem warunków uczciwej konkurencji.*”

W drugim z zarzutów Odwołujący odnosił się do postanowień zawartych w art. 22 ust.4 pkt 8 Istotnych Postanowień Umowy (IPU) – wskazał on na taką jednostkę redakcyjną IPU, a także przytoczył treść w tej jednostce zamkniętą. Twierdził przy tym, że treść ta – dopuszczająca możliwość zmiany zawartej już umowy preferuje jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, który posiada wiedzę na temat infrastruktury posiadanej obecnie przez Zamawiającego i wiedzę tę może wykorzystać „*na potrzeby optymalizacji oferty składanej w niniejszym postępowaniu*”.

Zgodnie z ostatnim, trzecim zarzutem, Zamawiający miał zaniechać przedłużenia terminu składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Odwołujący wskazywał na to, że ostateczna treść SIWZ ustalona została dopiero w dniu 21 sierpnia 2015 r. W jego ocenie niezbędnym było zapewnienie wykonawcom odpowiedniego czasu na analizę „*całości treści zmodyfikowanej SIWZ*”. Podnosił przy tym, że „*nie bez znaczenia jest, w sytuacji Odwołującego, gdzie jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest spółka hiszpańska, fakt, iż w Europie Zachodniej sierpień jest najpopularniejszym miesiącem urlopowym. Z okoliczności tej*

wynikają dodatkowe problemy organizacyjne po stronie naszego konsorcjanta, które również mają swój udział w niewielkim spowolnieniu procesu przygotowania oferty.”

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił „o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) zmodyfikował postanowienia SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, a dokonaną zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ,*
- b) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach.”*

W dniu 31 sierpnia 2015 r. Prezesowi Izby zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczyli niezależnie od siebie wykonawca: Asseco Poland S.A. w Rzeszowie oraz wykonawca: Sygnity S.A. w Warszawie

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, w szczególności w art. 189 ust. 2 pkt 3), o co wnosili Zamawiający wraz z popierającymi go Przystępującymi. W ich ocenie rozpoznawane odwołanie uznać należało za wniesione po terminie, albowiem Odwołujący miał błędnie przyjąć, że pismo z dnia 17 sierpnia 2015 r. (pismo 564) w pytaniu nr 2 wprowadzało zmiany w treści SIWZ. Tymczasem w odpowiedzi na to pytanie Zamawiający wyjaśnił jedynie, że za wiążącą należy traktować odpowiedź udzieloną pismem z dnia 6 sierpnia 2015 r. (BZP-064-524/2015 – pismo 524). Zamawiający podnosił również to, że tak w dniu 6 sierpnia 2015 r., jak i w dniu 17 sierpnia 2015 r. przedłużał on termin składania ofert (odpowiednio: na dzień 18 sierpnia 2015 r., tj. o 12 dni oraz na dzień 28 sierpnia 2015 r., tj. o 11 dni). Wszystko to miało stanowić podstawę do odrzucenia odwołania na podstawie powołanego przepisu ustawy Pzp.

Jak ustaliła Izba, na podstawie przedstawionych jej dokumentów, oraz zgodnych *de facto* w tym zakresie stanowisk Stron, Zamawiający w piśmie z dnia 6 sierpnia 2015 r. (pismo 524), oraz drugim z tego samego dnia - piśmie BZP-064-526/2015 (pismo 526), udzielił jednoznacznych odpowiedzi na zadane mu pytania. I tak w piśmie 524 w odpowiedzi na pytanie 9, zaś w piśmie 526 w odpowiedzi na 18 zakomunikował on wykonawcom co następuje:

„Zmienia docelowy schemat interfejsów Systemu (załącznik 1 do OPZ pkt III.4.2) uzupełniając interfejs między Systemem First Data oraz Systemem CSB o komunikację plikową w obie strony.

Uzupełnia opis relacji między Systemem First Data i Systemem CSB (załącznik 1 do OPZ pkt III.4.5 tabela Opis Relacji kolumna Sposób Połączenia).

Było: «usługi Webservice»;

Jest: «usługi Webservice i pliki».

Zmienia zawartość wiersza o tytule Uwagi w tabeli S02.EAP.008 – System First Data Polska S.A. (załącznik 1 do OPZ pkt 4.5 w tabeli dla systemu o nazwie S02.EAP.008 – System First Data Polska S.A.).

Było: «Do wykonania przez wykonawcę: Interfejs plikowy zgodnie z dokumentacją First Data.»;

Jest: «Do wykonania przez wykonawcę: Interfejs plikowy i Webservice zgodnie z dokumentacją First Data.»

Jednocześnie Zamawiający informuje, że sposób i format komunikacji dla wymiany danych między Zamawiającym i First Data jest określony przez First Data Polska S.A. Wykonawca będzie zobowiązany do implementacji interfejsu po stronie CSB zgodnie z wymaganiami First Data. Obecnie Zamawiający wymienia w sposób online informacje o wysokości salda na rachunkach, dla których wydano karty i realizowana jest autoryzacja transakcji (sprawdzanie dostępnych rachunków).»

W kontekście tak dokonanej zmiany postanowień SIWZ w piśmie 564 z dnia 17 sierpnia 2015 r. Zamawiający na pytanie: „Zamawiający nie zmienił w zał. 1 do OPZ opisu zgodnie z udzieloną odpowiedzią, nadal jest zapis «do wykonania przez wykonawcę: interfejs plikowy zgodnie z dokumentacją First Data» [tu przytoczono treść pytania nr 18 z pisma 526 i udzielonej na nie odpowiedzi]” wyjaśnił co następuje: „Zamawiający informuje, iż jako obowiązującą treść należy przyjąć treść odpowiedzi przekazaną pismem BZP-064-524/2015. Odpowiednia zmiana została uwzględniona w załączniku nr 1 do OPZ Specyfikacja wymagań funkcjonalnych i pozafunkcyjnych”.

Jak to przyznał sam Odwołujący w toku rozprawy przed Izłą „Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 18 (pismo 526) [a także na pytanie 9 w piśmie 524] zmienił zapisy SIWZ”. Podnosił on jednak przy tym, że Zamawiający nie przekazał wówczas treści załącznika nr 1 do OPZ, która to treść uwzględniałaby w sobie zmiany dokonane powołanymi pismami. W ocenie Odwołującego stan ten rodził sprzeczność w zapisach SIWZ, która została usunięta przez przekazanie odpowiedniej, ujednoliconej wersji załącznika nr 1 do OPZ wraz z pismem 564 z dnia 17 sierpnia 2015 r. Miało to pozwolić Odwołującemu postawić pierwszy ze swych zarzutów dopiero po uzyskaniu jednolitej treści powołanego załącznika do OPZ.

W ocenie Izby zarzut ten podniesiony został po terminie. Odpowiedź na pytanie nr 9 zawarta w piśmie 524 (tym samym odpowiedź na pytanie nr 18 w piśmie 526) w sposób jednoznaczny informowała wykonawców biorących udział w postępowaniu o tym,

w jaki sposób Zamawiający ukształtował sporne zapisy załącznika nr 1 do OPZ. Znajdują się tam jednoznacznie brzmiące komunikaty o dokonanej zmianie odpowiednich zapisów (wraz z przytoczeniem pierwotnych, zmienianych tym pismem postanowień SIWZ oraz określeniem nowego brzmienia tychże postanowień), jak również o przedstawieniu wykonawcom nowego schematu interfejsów (zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym w toku rozprawy przed Izłą powołany schemat przekazany mu wraz pismem z dnia 6 sierpnia 2015 r. nie różnił się niczym od schematu przekazanego mu wraz z pismem z dnia 17 sierpnia 2015 r.). Mając to na uwadze, niewątpliwym jest, że już w dacie otrzymania pism z dnia 6 sierpnia 2015 r. Odwołujący musiał wiedzieć, jakie wymagania stawia Zamawiający zamawianemu przez siebie systemowi. Oceny tej nie może podważyć fakt przekazania w tej dacie wersji powołanego załącznika nr 1 do OPZ, która nie uwzględniała w swej treści powołanych zmian. Wobec jednoznacznej stanowczej treści udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców, to właśnie treść tych odpowiedzi uznana powinna zostać przez Odwołującego za bardziej wiarygodną, a tym samym wiążącą go wersję postanowień SIWZ. Zauważenia też wymaga, że w piśmie 564 z dnia 17 września 2015 r. Zamawiający stwierdza jedynie, że wiążącą wykonawców jest odpowiedź udzielona na pytanie jednego z nich w piśmie 524. Sam fakt przekazania wraz z tym pismem wersji jednolitej SIWZ, która uwzględniała zmiany postanowień SIWZ wprowadzone pismami z dnia 6 sierpnia 2015 r. nie mogła uzasadniać przekonania, że Zamawiający tym samym wprowadził zmiany w treści SIWZ ponad te, które wprowadzone przez niego zostały na mocy pism z dnia 6 sierpnia 2015 r. Tym samym okoliczność, do której odwołuje się Odwołujący i na której opiera on pierwszy ze stawianych przez siebie zarzutów, tj. odesłanie przez Zamawiającego w treści SIWZ do dokumentacji First Data Polska S.A., znana była Odwołującemu co najmniej od chwili otrzymania pisma z dnia 6 sierpnia 2015 r. (treść zawarta w tabeli przedstawionej w pisemnym stanowisku Odwołującego na stronie czwartej i następnych, pozwoliła przyjąć Izbie, że pisma te Odwołujący otrzymał w dniu ich wytworzenia, a zatem 6 sierpnia 2015 r.). Dlatego też, w ocenie Izby, Odwołujący, jeżeli dostrzegał konieczność uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia określonych zapisów powinien był wnieść odwołanie wobec postanowień SIWZ i dokonanych przez Zamawiającego w nich zmian, zgodnie z treścią art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o dokonanej przez Zamawiającego zmianie postanowień SIWZ. Wnoszenie takiego odwołania w dniu 27 sierpnia 2015 r., dopiero wobec treści pisma 564 z dnia 17 sierpnia 2015 r., Izba oceniła, jako podjętą przez Odwołującego próbę przywrócenia terminu na wniesienie odwołania wobec postanowień SIWZ, które, jak to ustalono, w interesującym Odwołującego zakresie pismem 564 nie były zmieniane.

Kierując się tak dokonanymi ustaleniami, Izba uznała, że pierwszy z zarzutów stawianych przez Odwołującego, jako podniesiony po upływie terminu przewidzianego przepisami ustawy, nie mógł zostać przez Izbę rozpoznany merytorycznie – stawianie takiego zarzutu w ustalonych przez Izbę okolicznościach faktycznych ocenione musiało zostać za działanie spóźnione, a tym samym niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze jednakże to, że w rozpoznawanym odwołaniu podniesione zostały również inne zarzuty, w szczególności zarzut trzeci - zaniechania przez Zamawiającego przedłużenia terminu składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia całego odwołania, jako wniesionego po terminie. Nie było kwestionowane przez Zamawiającego to, że ostatnim z pism zawierającym odpowiedzi na pytania wykonawców odnoszące się do treści SIWZ, a także kształtującym postanowienia SIWZ, było pismo z dnia 21 sierpnia 2015 r. (pismo 575), stąd też brak było podstaw, aby uznać, że odwołanie wniesione w dniu 27 sierpnia 2015 r. uznane winno zostać, jako całe, za wniesione po terminie. Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, że odwołanie, jako takie, nie podlega odrzuceniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczone za zgodność z oryginałem, a także kopię SIWZ złożoną przez zamawiającego w sprawie KIO 1312/15 – zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego stanowiącą pierwotny tekst tego dokumentu, jak również dokumenty, które zostały przedstawione przez Strony w toku postępowania odwoławczego.

Pismem BZP-064-560-2015 z dnia 14 sierpnia 2015 r. termin składania ofert wyznaczony został na dzień 28 sierpnia 2015 r., na godzinę 11:00.

W piśmie 564 z dnia 17 sierpnia 2015 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców.

Pismem BZP-063-560-2015 z dnia 17 sierpnia 2015 r. termin składania ofert wyznaczony został na dzień 28 sierpnia 2015 r., na godzinę 15:30.

W piśmie BZP-063-572-2015 z dnia 20 sierpnia 2015 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców, wprowadził zmiany postanowień SIWZ, m.in. w zakresie treści art. 22 ust. 6 IPU, zaś termin składania ofert wyznaczył na dzień 31 sierpnia 2015 r., na godzinę 15:30.

W piśmie BZP-063-575-2015 z dnia 21 sierpnia 2015 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców, wprowadził zmiany postanowień SIWZ, zaś termin składania ofert wyznaczył na dzień 2 września 2015 r., na godzinę 15:30.

Ostateczny, na dzień rozprawy przed Izbą, termin składania ofert, jak zgodnie potwierdziły to Strony, już po wniesieniu rozpoznawanego przez Izbę odwołania, został wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 16 września 2015 r.

W tak zaistniałym stanie faktycznym Odwołujący wniósł rozpoznawane przez Izbę odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Fakt związania Izby granicami zarzutów wynika z powołanego przepisu art. 192 ust 7 ustawy Pzp. Wiążąca dla zakreślenia kognicji Izby jest bowiem treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu z uwzględnieniem wszystkich elementów konstrukcyjnych tych właśnie zarzutów, a zatem, co do zasady, wskazania w odwołaniu na czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, przywołania przepisów, z którymi te czynności lub zaniechania czynności mają być niezgodne, a wreszcie wskazania na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające formułowanie takich twierdzeń. Co do zasady, dopiero po przedstawieniu przez Odwołującego wszystkich tych elementów zawartych w odwołaniu (a nie formułowanych już po wniesieniu odwołania, choćby w toku rozprawy przed Izbą), Izba

władna jest odnieść się do podniesionych zarzutów i rozstrzygnąć o ich zasadności. O konieczności odpowiedniego sformułowania zarzutów w samym odwołaniu świadczy chociażby przepis § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U z 2014 r., poz. 964), który brak powołanych elementów konstrukcyjnych zarzutu traktuje jako brak formalny, którego niezuzupełnienie rodzi obowiązek zwrotu odwołania. Pamiętać przy tym należy, że w przypadku, gdy Odwołujący określi w sposób precyzyjny stan faktyczny (wskaże na konkretne dokonane przez Zamawiającego czynności, czy też na istnienie po stronie Zamawiającego obowiązku dokonania określonej czynności, z którego ten się nie wywiązał) i odniesie tenże stan faktyczny do określonej normy prawnej (nawet bez przywołania konkretnej jednostki redakcyjnej ustawy Pzp), wskazując przy tym na czym zarzucane przez niego naruszenie miałyby polegać i jakie, jego zaistnienie, rodzi konsekwencje dla sfery jego interesów, to takie sformułowanie zarzutu uznane zostać winno za wystarczające dla Izby, aby ta mogła orzec o zasadności tak postawionego zarzutu.

Przyjęcie takiej definicji zarzutu rodzi dalsze konsekwencje. Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym. Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one do tych czynności, jako takich, w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji o podjętych przez siebie czynnościach, a które de facto uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności.

Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też rozszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec konkretnych jego czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wskazywać

na nowe okoliczności, które przemawiać miałyby za słuszością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do tejże właśnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów.

Kierując się tak zakrojonym poglądem, a także uwzględniając okoliczności faktyczne rozpoznawanej sprawy, Izba uznała, że zarzut drugi, w takim kształcie, w jakim został postawiony w odwołaniu został *de facto* przez Odwołującego wycofany, a tym samym nie mógł zostać przez Izbę rozpoznany. Nie mógł zostać również przez Izbę rozpoznany zarzut odnoszący się do treści art. 22 ust. 6 IPU, do którego to zapisu Odwołujący odnosił się w swym pisemnym stanowisku przedstawionym Izbie w dniu rozprawy. Twierdzenia te Izba uznała za nowy zarzut, wykraczający poza granice odwołania, a tym samym niepodlegający rozpoznaniu. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał bowiem w sposób wyraźny na kwestionowaną przez siebie jednostkę redakcyjną IPU (art. 22 ust. 4 pkt 8), jak również na literalną treść w tej jednostce IPU zawartą. Nie odwoływał się on przy tym w żaden sposób do art. 22 ust. 6 IPU, czy to do jego oznaczenia, czy to do jego treści. Odwołanie takie zostało zawarte dopiero w piśmie z dnia 14 września 2015 r. Mając to na uwadze, Izba uznała, że z treści odwołania nie sposób było wywieść, że zamiarem Odwołującego było stawianie zarzutów odnoszących się do art. 22 ust. 6 IPU właśnie, a odwołanie do art. 22 ust. 4 pkt 8 IPU miało charakter omyłkowy. W tym stanie rzeczy, okoliczności faktyczne, na których zaistnieniu oparty został drugi z zarzutów stawianych przez Odwołującego, zakreślone zostały w sposób wyraźny – kwestionował on treść art. 22 ust. 4 pkt 8 IPU. Z twierdzeń tych wycofał się on w piśmie z dnia 14 września 2015 r., stąd Izba nie badała ich zasadności. Nie badała również Izba zasadności twierdzeń odnoszących się do treści art. 22 ust. 6 IPU, te bowiem uznała, jak to już wskazano, za wykraczające poza granice odwołania.

Mając powyższe na uwadze, za jedyny zarzut, który winien być rozpoznany merytorycznie, Izba uznała zarzut trzeci.

Zgodnie z art. 36 ust. 8 ustawy Pzp jeżeli w wyniku zmiany treści SIWZ 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 SIWZ.

Zauważenia wymaga, że pierwotnie termin składania ofert wyznaczony został przez Zamawiającego, zgodnie z pkt XX.2 SIWZ, na dzień 27 lipca 2015 r., na godz. 11:00. Termin ten po wielokroć był przez Zamawiającego zmieniany. Jak sam to Odwołujący zauważa, na dzień wniesienia odwołania aktualnym był termin wyznaczony na 2 września 2015 r. – termin wyznaczony pismem 575 z dnia 21 sierpnia 2015 r. Uzasadniając zarzut trzeci Odwołujący powoływał się na szereg dokonanych przez Zamawiającego zmian w postanowienia SIWZ, przy czym nie ograniczał się on do powoływania się jedynie na treść pism, które zostały mu przekazane w terminie 10 dni przed dniem wniesienia odwołania, ale do wszystkich zmian SIWZ i wyjaśnień jej treści dokonanych w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na przepisy określające terminy na wniesienie odwołania, w ocenie Izby, uzasadnieniem dla stawianego przez Odwołującego zarzutu nie mogły być działania podjęte przez Zamawiającego i zakomunikowane Odwołującemu przed datą 17 września 2015 r. – stawianie zarzutów wobec działań wcześniejszych musiałoby bowiem zostać uznane za spóźnione (jak wynika z dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia kolejne swe pisma przekazywał on wykonawcom drogą elektroniczną). W tym kontekście zauważenia wymaga to, że zgodnie z pismem 560 z dnia 14 sierpnia 2015 r. termin składania ofert wyznaczony został na dzień 28 sierpnia 2015 r., na godzinę 11:00. Termin ten nie był na ówczesnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia przez Odwołującego skutecznie kwestionowany – nie wniósł on wobec niego odwołania. Faktem jest, że w dniu 17 sierpnia 2015 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo z dnia 11 sierpnia 2015 r. z wnioskiem o przesunięcie terminu składania ofert na dzień 25 września 2015 r. Niemniej jednak nie wniósł on wówczas odpowiedniego środka ochrony prawnej, w którym kwestionowałby on działania Zamawiającego na polu określenia dostatecznego terminu składania ofert. W tym kontekście zauważyć można jedynie, że pismo to, w dniu jego wniesienia, odnosiło się do nieaktualnego już w tej dacie terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 19 sierpnia 2015 r. pismem z dnia 7 sierpnia 2015 r. (BPZ-064-532/2015).

Oceniając stawiany przez Odwołującego trzeci zarzut w kontekście zakomunikowanych Odwołującemu, w tak zakrojonej perspektywie czasowej (10 dni poprzedzających datę wniesienia odwołania), działań podjętych przez Zamawiającego, uznać należało, że nie wykazał Odwołujący, które to zmiany postanowień SIWZ, czy to wyjaśnienia jej treści, które zostały mu przekazane począwszy od dnia 17 sierpnia 2015 r. uniemożliwiły mu przygotowanie oferty w wyznaczonym na dzień 2 września 2015 r. terminie składania ofert. Nie określił on w sposób wyraźny, jaka konkretnie była skala zmian koniecznych do ujęcia w przygotowanej przez niego ofercie w zestawieniu do oferty, które winna być przygotowana

w oparciu o treść SIWZ ustaloną przed dniem 17 sierpnia 2015 r. Nie wskazał też na żadne obiektywne, nowe dla niego w tym okresie, okoliczności, które rodziły brak możliwości dokonania takich zmian w treści oferty w terminie do dnia 2 września 2015 r., a zatem tym, który był aktualny na dzień wniesienia odwołania. Pamiętać przy tym należy, że stosownie do podstawowej zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny, a zatem obowiązkiem dowodowym w rozpoznawanej sprawie obciążony był Odwołujący. Tym samym to on winien udowodnić, że Zamawiający dokonał na tyle istotnych zmian w treści SIWZ, że uzasadnionym było przesunięcie terminu składania ofert aż do dnia 25 września 2015 r., o co wnosił Odwołujący. Tymczasem Odwołujący nie wykazał za pomocą odpowiednich dowodów zaistnienia takiego naruszenia przepisów przez Zamawiającego – nie wskazał on bowiem konkretnych, nowych dla niego w dniu wniesienia odwołania i odpowiednio wcześniej, postanowień SIWZ, które miały powodować, że uwzględnienie ich w treści oferty było niemożliwe w czasie, który pozostał w dniu 27 sierpnia 2015 r. do upływu terminu składania ofert. Stąd też Izba uznała trzeci z zarzutów stawianych przez Odwołującego za niezasługujący na uwzględnienie.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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: