

WYROK
z dnia 20 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2020 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2020 r. przez wykonawcę **Narita International Airport Corporation z siedzibą w Narita City, Japonia** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **INCHEON International Airport Corporation z siedzibą w Incheon, Korea Południowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego na „Wybór doradcy strategicznego dla Centralnego Portu Komunikacyjnego Sp. z o.o.”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 048-114594.

W dniu 30 października 2020r. Odwołujący - Narita International Airport Corporation z siedzibą w Narita City, Chiba, Japonia zaskarżył czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na:

- dokonaniu zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) w zakresie terminu składania i otwarcia ofert w postępowaniu po upływie pierwotnego terminu składania ofert,

- zaniechaniu uznania oferty wykonawcy Incheon International Airport Corporation z siedzibą w Incheon, Republika Korei (dalej: „Przystępujący” lub „Incheon”) za złożoną po terminie składania ofert oraz zaniechaniu niezwłocznego zawiadomienia wykonawcy Incheon o złożeniu oferty po terminie składania ofert, a w konsekwencji zaniechaniu zwrotu oferty Incheon;

- zaniechaniu odrzucenia oferty Incheon jako niezgodnej z SIWZ.

Powyżej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

2. art. 38 ust 4 Pzp w zw. z art. 36 ust 1 pkt 11 Pzp oraz w zw. art. 7 ust 1 Pzp oraz z ostrożności art. 38 ust. 6 Pzp poprzez dokonanie zmiany treści SIWZ w dniu 20 października 2020 r. o godzinie 9:21 poprzez zmianę (wydłużenie) terminu składania ofert w dniu 20 października 2020 r. z godziny 9:00 na godzinę 12:00, a w konsekwencji również zmianę terminu otwarcia ofert podczas gdy termin składania ofert wyznaczony w postępowaniu upłynął w dniu 20 października 2020 r. o godzinie 9:00, a zmiana treści SIWZ mogła być dokonana wyłącznie w uzasadnionym przypadku oraz przed upływem pierwotnego terminu składania ofert, a działanie Zamawiającego stanowi jawne naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji,

2. art. 84 ust 2 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie uznania oferty wykonawcy Incheon za złożoną po terminie składania ofert oraz zaniechanie niezwłocznego zawiadomienia wykonawcy Incheon o złożeniu oferty po terminie składania ofert oraz zaniechaniu zwrotu oferty Incheon, podczas gdy Incheon złożył swoją ofertę w dniu

20 października 2020 r. o godzinie 9:44, a więc po upływie terminu składania ofert wyznaczonego na godzinę 9:00;

3. z ostrożności - art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w zw. z rozdział XIII podrozdział III pkt 3 SIWZ poprzez zaniechania odrzucenia oferty Incheon jako niezgodnej z SIWZ z uwagi na niepodpisanie formularza oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym oraz zaniechanie przesłania oferty za pomocą SmartPZP wraz z załącznikami przed terminem składania ofert.

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania oraz dowodów przywołanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 20 października 2020 r. tj. zmianie treści SIWZ polegającej na zmianie terminu składania ofert na dzień 20 października 2020 r. godz. 12:00, względnie uznaniu ww. czynności za bezskuteczną i niewywołującą skutków prawnych;
- nakazanie Zamawiającemu niezwłocznego zawiadomienia wykonawcy Incheon o złożeniu oferty po terminie składania ofert, a w konsekwencji również do nakazanie zwrotu oferty Incheon;
- ewentualnie - nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Incheon na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 PZP jako niezgodnej z SIWZ,

Przedstawiając stan faktyczny sprawy Odwołujący wyjaśnił, że w trakcie postępowania Zamawiający dwukrotnie zmieniał treść SIWZ w zakresie terminu składania ofert:

a) w dniu 24 września 2020 r. Zamawiający zmienił treść rozdziału XIV SIWZ wyznaczając nowy termin składania ofert na dzień 19 października 2020 r., godz. 12:00 CET poprzez SmartPZP.

b) w dniu 13 października 2020 r. Zamawiający zmienił treść rozdziału XIV SIWZ wyznaczając nowy termin składania ofert na dzień 20 października 2020 r., godz. 9:00 CET poprzez SmartPZP.

Stosując się do wymagań SIWZ Odwołujący złożył ofertę 20 października 2020 r. o godzinie 8:06, a więc na godzinę przed upływem terminu składania ofert wyznaczonego na 20 października 2020 r. godzina 9:00 CET. Tego samego dnia, o godzinie 9:21, a więc 21 minut po upływie terminu składania ofert na Platformie Zakupowej SmartPZP, na której prowadzone jest postępowanie, została zamieszczona informacja o zmianie treści rozdziału XIV i XV SIWZ poprzez wyznaczenie terminu składania ofert na dzień 20 października 2020 r. godzina 12:00. Zamawiający w dniu 20 października 2020 r. o godzinie 12:30 przeprowadził sesję otwarcia

ofert w formule wideokonferencji. Z informacji zaprezentowanych w trakcie otwarcia ofert wynika, że oferta Odwołującego została złożona o godzinie 8:06, zaś oferta wykonawcy Incheon została złożona o godzinie 9:44. Ponadto tego samego dnia Zamawiający opublikował informację o ofertach złożonych w Postępowaniu, zgodnie z którą oferty złożyli:

- a) Odwołujący z ceną oferty brutto: 10.187.106,00 EURO;
- b) Incheon – z ceną oferty brutto: 4.206.986,00 EURO.

Odnosząc się do powyższego, Odwołujący podkreślił, że ostateczny termin składania ofert w postępowaniu został wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 20 października 2020r. na godzinę 9:00 CET i do upływu tego terminu ofertę złożył jedynie Odwołujący. Czynność Zamawiającego dokonana w dniu 20 października 2020 r. o godzinie 9:21 polegająca na zmianie treści SIWZ i wyznaczeniu nowego terminu składania ofert na ten sam dzień, ale na godzinę 12:00 została dokonana w sposób bezskuteczny oraz z naruszeniem przepisów Pzp, ponieważ zmiana terminu została dokonana bez uzasadnionej przyczyny, a przede wszystkim po upływie pierwotnego terminu składania ofert wyznaczonego na godzinę 9:00.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 36 ust 1 pkt 11 Pzp miejsce oraz termin składania ofert stanowi obligatoryjny i istotny element treści SIWZ. Powyższe nie budzi wątpliwości ani na gruncie przepisów Pzp ani też w orzecznictwie, zgodnie z którym miejsce i termin składania ofert jest niezbędnym elementem zarówno ogłoszenia o zamówieniu (art. 41 pkt 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...), jak też koniecznym elementem SIWZ - specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy), a zmiana terminu lub miejsca składania ofert stanowi zmianę istotnego składnika SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), co wynika z art 36 ust. 1 pkt 11 ustawy (por. wyroki NSA z dnia 12 stycznia 2017 r. sygn. akt II GSK1459/15 oraz z dnia 28 maja 2014 r. sygn. akt II GSK 850/13, analogicznie: wyrok WSA w Krakowie z dnia 9 października 2015 r. sygn. akt I SA/Kr 665/15, wyrok WSA w Krakowie z dnia 21 maja 2015 r., sygn. akt II SA/Kr 1962/14). Dlatego też dokonując zmiany terminu składania ofert jako istotnego elementu treści SIWZ, Zamawiający musi ściśle przestrzegać reguł i ograniczeń wynikających z przepisów Pzp, które określają warunki takiej zmiany. Z uwagi na zastosowaną przez Zamawiającego procedurę dialogu konkurencyjnego oraz etap postępowania (tj. etap składania ofert) reguły zmiany treści SIWZ, a tym samym również terminu składania ofert, wyznacza treść artykułu 38 ust 4 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający jest uprawniony do zmiany treści SIWZ (a więc również zmiany terminu składania ofert): (1) wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, a (2) zmiana musi nastąpić przed upływem (pierwotnego) terminu składania ofert, oraz (3) zamawiający musi taką zmianę udostępnić na stronie internetowej na której prowadzi

postępowanie (w tym przypadku na Platformie Zakupowej SmartPZP). Niespełnienie którejkolwiek z powyższych przesłanek powoduje, iż zmiana SIWZ powinna zostać uznana za nieważną i bezskuteczną. W niniejszym stanie faktycznym warunki dokonania zmiany SIWZ polegające na zmianie terminu składania ofert nie zostały spełnione. Po pierwsze, brak było uzasadnionej przyczyny dla dokonania zmiany - termin składania ofert w postępowaniu wyznaczony na dzień 20 października 2020 r. godzina 9:00 CET był znany wykonawcom już od 13 października 2020 r. W międzyczasie nie zaistniały żadne istotne okoliczności, które uzasadniałyby konieczność zmiany terminu składania ofert. Co jednak najistotniejsze, Zamawiający dokonał zmiany SIWZ, wyznaczając nowy termin składania ofert na godzinę 12:00 już po upływie pierwotnego terminu składania ofert wyznaczonego na godzinę 9:00. Informacja o zmianie SIWZ została bowiem opublikowana na Platformie Zakupowej SmartPZP o godzinie 9:21, a więc 21 minut po upływie pierwotnego terminu składania ofert w Postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, bez znaczenia dla oceny prawnej czynności dokonanej przez Zamawiającego pozostaje treść art. 38 ust. 4a i 4b oraz art. 38 ust. 6 Pzp. Dwa pierwsze przepisy odnoszą się bowiem do reguł zmiany SIWZ, która pociąga za sobą konieczność zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (w przetargu nieograniczonym - ust. 4a oraz w przetargu nieograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem - ust. 4b), natomiast art. 38 ust. 6 Pzp odnosi się do konieczności zmiany terminu składania ofert, która jest konsekwencją innych zmian treści SIWZ. W każdym jednak przypadku takie zmiany muszą zostać dokonane na zasadach określonych w art. 38 ust. 4 Pzp, a więc przed upływem pierwotnego terminu składania ofert. Ponadto podkreślił, że na gruncie art. 38 ust. 4 Pzp niedopuszczalna jest nie tylko zmiana terminu składania ofert jako istotnego elementu SIWZ po upływie pierwotnego terminu składania ofert, ale również niedopuszczalne są jakiegokolwiek zmiany treści SIWZ lub nawet próby interpretacji treści SIWZ, która stałaby w sprzeczności z jej literalnym brzemieniem czy nawet udzielanie wyjaśnień co do treści SIWZ po upływie terminu składania ofert, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że czynność Zamawiającego dokonana 20 października 2020 r. o godzinie 9:21, a więc już po upływie wyznaczonego terminu składania ofert, który upłynął o godzinie 9:00, polegającą na zmianie treści rozdziału XIV SIWZ poprzez zmianę i wydłużenie terminu składania ofert z godziny 9:00 na godzinę 12:00 została dokonana z rażącym naruszeniem przepisów Pzp. W konsekwencji czynność Zamawiającego należy uznać za nieważną i bezskuteczną. Co więcej, działanie Zamawiającego w sposób rażący naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę zachowania uczciwej konkurencji wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący jako jedyny wykonawca w postępowaniu złożył ofertę przed upływem terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 20 października

2020 r. na godzinę 9:00. Okoliczności faktyczne sprawy oraz to, że Incheon, złożył swoją ofertę o godzinie 9:44 wskazują na to, że Zamawiający swoją bezskuteczną czynnością próbował zmienić „zasady gry” już po upływie terminu składania ofert tylko po to aby umożliwić wykonawcy Incheon złożenie oferty w postępowaniu. Takie działanie Zamawiającego należy uznać za sprzeczne z naczelnymi zasadami prowadzenia postępowania jaką jest zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada zachowania uczciwej konkurencji - Zamawiający związany jest postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których zmiana jest dopuszczalna wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Odstąpienie przez Zamawiającego od przyjętych w SIWZ wymogów adresowanych do wszystkich wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie danego zamówienia publicznego, na etapie badania i oceny ofert, jest niedopuszczalne w świetle ww. przepisu, jak również stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasady przejrzystości wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Konsekwencją uznania za sprzeczną z przepisami Pzp, bezprawną i bezskuteczną czynności Zamawiającego z dnia 20 października 2020 r. polegającej na zmianie terminu składania ofert winno być również stwierdzenie, że wykonawca Incheon złożył swoją ofertę po terminie składania ofert. Skoro termin składania ofert upłynął 20 października 2020 r. o godzinie 9:00, a oferta spółki Incheon złożona 20 października 2020 r. o godzinie 9:44 to powinna ona zostać uznana za złożoną po terminie. W konsekwencji powyższego Zamawiający był zobowiązany niezwłocznie zawiadomić wykonawcę o tym fakcie, a następnie zwrócić ofertę wykonawcy, czego Zamawiający zaniechał. Powyższe zachowanie Zamawiającego stanowi więc naruszenie dyspozycji art. 84 ust. 2 Pzp.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy Incheon winna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ, bowiem zgodnie z rozdziałem XIII, podrozdział III pkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby formularz oferty został wypełniony, a następnie podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną przez Wykonawcę oraz przesłany za pomocą Platformy Zakupowej SmartPZP wraz z załącznikami przed terminem składania ofert. Skoro wykonawca Incheon nie spełnił ww. wymagania, to jest przesłał Formularz Oferty oraz pozostałe dokumenty składające się na ofertę o godzinie 9:44, a więc już po upływie terminu składania ofert, (9:00), to zachodzi niezgodność z wymaganiami SIWZ o charakterze formalnym, która winna skutkować odrzuceniem oferty.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości. W pierwszej kolejności Zamawiający zakwestionował istnienie interesu po stronie

Odwołującego w złożeniu przedmiotowego odwołania, ponieważ wykonawca nie ma interesu w składaniu środków ochrony prawnej w sytuacji w której ich złożenie zmierzać może wyłącznie do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślił, że stosownie do brzmienia art. 93 ust. 1 pkt. 7 PZP, Zamawiający unieważnia postępowanie, gdy jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania zasadności zarzutów Odwołującego, jedynym możliwym rozstrzygnięciem jakie musiałaby podjąć Izba jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania (wszystkich czynności w nim podjętych). Nie budzi bowiem wątpliwości, iż w sytuacji przyjęcia, iż Zamawiający dokonał otwarcia ofert z naruszeniem przepisów Pzp, nie jest już możliwe unieważnienie tej nieodwracalnej czynności oraz jej powtórzenie. Potwierdza to opinia Urzędu Zamówień Publicznych, w której wskazuje się na brak możliwości powtórzenia czynności otwarcia ofert, która jest czynnością faktyczną w postępowaniu i w konsekwencji czynnością jednokrotną. Wszelkie ewentualne wady związane z tą czynnością traktować należy zatem jako wady nieusuwalne, skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do stanu faktycznego sprawy wyjaśnił jak ważne znaczenie strategiczne ma niniejsze postępowanie, co wpłynęło m.in. na to, że Zamawiający przychylił się do wniosków wykonawców o przesunięcie terminów składania ofert, w tym aż dwukrotnie na wniosek Odwołującego, (wniosek z dnia 24.09.2020r. oraz z dnia 12.10.2020 r.). Na skutek wniosku Odwołującego z dnia 29.04.2020r. termin składania ofert został przedłużony i wyznaczony na dzień 19.10.2020 godz. 12:00, wskutek wniosku Odwołującego z dnia 12.10.2020r. termin uległ ponownemu przesunięciu na dzień 20.10.2020 godz. 09:00. W tym ostatnim przypadku Odwołujący poprosił o przesunięcie terminu składania ofert o 12h w celu umożliwienia mu zweryfikowania dokumentów przed ich złożeniem. W tym miejscu warto też podkreślić, że Odwołujący, kontaktując się z Zamawiającym, na tym etapie postępowania, korzystał z niewłaściwej zakładki na platformie Smart PZP, a mimo to Zamawiający udzielał odpowiedzi. Innymi słowy Zamawiający działał cały czas pro wykonawczo i wspierał obu wykonawców w technicznej obsłudze platformy zakupowej Smart PZP.

Zamawiający wyjaśnił także, że w niniejszym postępowaniu w dniu 20.10.2020 r. o godzinie 08:06 na Smart PZP wpłynęła pierwsza oferta, przy czym Zamawiający nie wiedział, który wykonawca złożył tę ofertę, gdyż oferta była zaszyfrowana. Następnie, na około osiem minut przed upływem terminu na składanie ofert, Zamawiający otrzymał, automatycznie generowane z Platformy Smart PZP, informacje e-mail o „dodaniu nowego załącznika w korespondencji do wniosku”. Na tym etapie Zamawiający nie wiedział, czy korespondencja

pochodziła od wykonawcy, który już złożył ofertę, czy też od drugiego wykonawcy. Zamawiający miał jednak świadomość, że na tym etapie wykonawcy powinni składać oferty (o otrzymaniu których Zamawiający nie otrzymuje elektronicznego powiadomienia z Platformy Smart PZP), a nie wysyłać do Zamawiającego powiadomienia w zakładce „Korespondencja”. Wpłynięcie ww. korespondencji na kilka minut przed upływem terminu składania ofert istotnie zaniepokoiło Zamawiającego i wzbudziło w nim podejrzenie co do właściwego działania Platformy Smart PZP lub wystąpienia innej, nieprzewidzianej sytuacji lub przeszkody w Postępowaniu. Z uwagi na upływ czasu Zamawiający nie mógł okoliczności tej szczegółowo zbadać, postanowił więc natychmiast przesunąć termin składania ofert o 3 godziny (przesunięcie z godz. 9:00 na godz. 12:00). Zamawiający miał świadomość, że jakiegokolwiek przeszkody techniczne w złożeniu oferty (w szczególności wynikające z niewłaściwego działania Platformy) obciążać będą Zamawiającego i mogą skutkować unieważnieniem postępowania. Zamawiający nie mógł sobie pozwolić na nieefektywne prowadzenie postępowania i jego unieważnienie z uwagi na ewentualne błędy techniczne platformy zakupowej. Zamawiający przed terminem upływu składania ofert czuwał zatem nad prawidłowym składaniem ofert, albowiem z jego doświadczenia wynikało, że wykonawcy nierzadko w ostatniej chwili przed upływem terminu składania ofert zgłaszają błędy techniczne. W konsekwencji, działając pod presją czasu oraz w trosce o dobro postępowania, a także mając na uwadze, że czynność złożenia i otwarcia ofert jest nieodwracalna i nie może ulec powtórzeniu, Zamawiający postanowił niezwłocznie wydłużyć termin składania ofert w postępowaniu, w tym również po to, by zyskać czas na wyjaśnienie sprawy. Pamiętać należy, iż w przedmiotowym postępowaniu brało udział tylko dwóch wykonawców, a zatem potencjalny brak jednej z ofert wyeliminowałby jakąkolwiek konkurencję w Postępowaniu. Należy jeszcze raz i z całą mocą podkreślić, iż w momencie dokonania zmiany Zamawiający nie zapoznał się z przesłaną korespondencją i nie wiedział czego ona dotyczy.

Zamawiający podkreślił, że zmiana w zakresie przedłużeniu terminu składania ofert została wprowadzona do systemu platformy zakupowej Smart PZP w dniu 20.10.2020 r. o godzinie 8:55:56. O godzinie 08:56:06 Zamawiający otrzymał automatyczne potwierdzenie dokonanej zmiany terminu składania ofert na adres e-mail. Zmiana godziny składania ofert została także natychmiast opublikowana w zakładce „Karta postępowania” dostępnej zarówno dla Wykonawców, jak i użytkowników niezalogowanych. Zakładka „Karta Postępowania” zawiera najważniejsze i kluczowe informacje dotyczące Postępowania, takie jak: numer i nazwa postępowania, skrócony opis zamówienia, tryb zamówienia, termin składania i otwarcia ofert, itd. „Karta postępowania” jest również widoczna jako pierwszy widok natychmiast po kliknięciu nazwy Postępowania - zarówno dla użytkowników załogowanych, jak i

niezalogowanych. Co istotne, Platforma SmartPZP jest zintegrowana z zegarem Głównego Urzędu Miar, co wyklucza jakiegokolwiek błąd dotyczący pomiaru czasu dokonanej zmiany. Powyższe potwierdza zapis pkt. X.6 SIWZ, zgodnie z którym: „Za datę wpływu ofert, oświadczeń, wniosków, zaświadczeń oraz innych informacji przyjmuje się datę zapisania na serwerze. Aktualna data i godzina, zsynchronizowane z Głównym Urzędem Miar, wyświetlane są w prawym górnym rogu SmartPZP.” oraz jednoznaczna informacja pozyskana przez Zamawiającego z Centrum Wsparcia Kompetencyjnego platformy SmartPZP. Następnie, o godzinie 09:21, Zamawiający opublikował dodatkowo na stronie internetowej pismo informujące o dokonanej zmianie SIWZ, tj. o nowym terminie składania ofert i ich otwarcia ofert i oraz podał link do spotkania w „wirtualnym pokoju” w celu publicznego otwarcia ofert. Z kolei, o godzinie 12:02 Zamawiający otrzymał automatyczną informację o tym, że termin składania ofert minął. Zamawiający nie otrzymał żadnej innej informacji o upływie terminu składania ofert w tym Postępowaniu. Oferty zostały publicznie otwarte (odkodowane) pomiędzy godz. 12:30, a godz. 13:00 w dniu 20.10.2020 r.

Uwzględniając powyższe Zamawiający za nieuzasadnione uznał wszystkie zarzuty odwołania. Stwierdził, że Odwołujący całkowicie zignorował fakt, iż zmiana SIWZ w zakresie zmiany terminu składania ofert (przesunięcia na godz. 12:00 w dniu 20.10.2020r.) oraz ich otwarcia (przesunięcia na godz. 12:30 w dniu 20.10.2020r.) nastąpiła przed upływem terminu składania ofert, tj. o godzinie 8:55:56 w dniu 20 października 2020r. Zmiana ta została ujawniona w Portalu Smart PZP, w zakładce „Karta Postępowania”, widocznej zarówno dla użytkowników załogowanych (wykonawców), jak i dla użytkowników niezalogowanych (publiczności). Zmiana godziny składania ofert dokonana przez Zamawiającego nastąpiła zatem przed upływem terminu składania ofert, a co za tym idzie była w pełni skuteczna i nie naruszyła art. 38 ust. 4 PZP.

Upředzając ewentualne zarzuty Odwołującego, stwierdzić należy, iż przepisy Pzp nie determinują formy zmiany SIWZ, a co za tym idzie nie precyzują jakie konkretnie czynności powinien podjąć Zamawiający dla skutecznej zmiany zapisów SIWZ. Art. 38 ust. 4 Pzp wskazuje jedynie, że dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej. Przepis ten nie określa jednak sposobu udostępnienia zmiany na stronie internetowej, pozostawiając to dyskrejonalnemu uznaniu Zamawiającego. W szczególności przepisy Pzp nie wymagają by zmiana SIWZ musiała polegać na zamieszczeniu na stronie dokumentu elektronicznego stanowiącego plik tekstowy. Jedynym przepisem regulującym szeroko rozumiane kwestie komunikacji w postępowaniu jest art. 10 a ust. 1 Pzp, zgodnie z którym komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Stosownie do brzmienia definicji zawartej w art. 2 pkt. 17 Pzp w

zw. z art. 2 pkt. 5 ustawy z dnia 18 lipca 2002r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, środkami komunikacji elektronicznej są wszelkie rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną. Bezspornie zatem wymóg ten został w niniejszej sprawie zachowany. W tym miejscu wskazać należy, iż również Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (dalej „Dyrektywa sektorowa”) nie precyzuje w jakimkolwiek zakresie wymogów dotyczących sposobu zmiany warunków zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że trzykrotnie dokonywał zmiany terminu składania ofert w Postępowaniu i za każdy razem zmiana ta następowała w taki sam sposób - poprzez dokonanie zmiany w Karcie postępowania na platformie Smart PZP. Ponadto zauważył, że jego zachowanie jest też zgodne z praktyką innych zamawiających np. Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. ZUS w dniu 28 lutego 2020 r. dokonał zmiany terminu składania ofert o godzinie 08:55, na pięć minut przed upływem terminu składania ofert, przy czym zmiana ta nastąpiła wyłącznie poprzez upublicznienie na platformie zakupowej, bez publikacji dodatkowego pisemnego oświadczenia ZUS w tej sprawie.

Ponadto Zamawiający wskazał, że uwzględniając fakt, iż przepisy Pzp nie determinują sposobów i formy zmiany SIWZ (poza koniecznością prowadzenia komunikacji za pomocą środków komunikacji elektronicznej), a w kwestiach nieuregulowanych w PZP stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (art. 14 PZP), konieczne jest odwołanie się w tym miejscu do regulacji art. 60 kc - 61 kc. Niewątpliwie zmiana SIWZ stanowi oświadczenie woli Zamawiającego w przedmiocie modyfikacji pierwotnych warunków zamówienia. Przypomnieć zatem należy, iż stosownie do brzmienia art. 60 kc, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Jednocześnie chwilą złożenia takiego oświadczenia woli innej osobie jest moment w którym osoba ta mogła się z oświadczeniem zapoznać (art. 61 §1 kc), przy czym w przypadku oświadczeń złożonych za pomocą środka komunikacji elektronicznej, oświadczenie zostanie złożone innej osobie z chwilą gdy wprowadzono go do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, by osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. W kontekście powyższego, nie budzi wątpliwości fakt, iż oświadczenie woli Zamawiającego, dotyczące zmiany terminu składania ofert w Postępowaniu zostało ujawnione na stronie internetowej Zamawiającego o

godz. 8:55:56 i od tego momentu z informacją tą mogli zapoznać się nie tylko wszyscy wykonawcy w postępowaniu (użytkownicy zalogowani), ale również każdy inny zainteresowany podmiot (użytkownicy niezalogowani). Powyższe oznacza, że oświadczenie woli w przedmiocie zmiany SIWZ stało się wiążące w momencie ujawnienia go na Platformie Smart PZP. Nadto, z uwagi na fakt, iż oświadczenie woli może być wyrażone w dowolny sposób (jeśli ujawnia wolę składającego w sposób dostateczny), wystarczającym działaniem Zamawiającego była zmiana terminu składania ofert ujawniona w „Karcie postępowania”. Informacja ta była czytelna i jednoznaczna, nie mogąca w żadnym wypadku budzić jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych. Powyższych konstatacji nie zmienia fakt umieszczenia przez Zamawiającego dodatkowej, informacji o dokonanej zmianie SIWZ w formie elektronicznego pliku tekstowego na który powołuje się Odwołujący. Pismo to faktycznie umieszczono na stronie internetowej o godz. 9:21 w dniu 20 października 2020r. Niemniej potwierdza on jedynie umieszczoną uprzednio w Karcie postępowania informację o nowym terminie składania ofert oraz nowym terminie ich otwarcia. Niewątpliwie dla skuteczności zmiany terminu składania ofert wystarczające było zamieszczenie informacji w „Karcie postępowania”, a Zamawiający nie miał obowiązku sporządzania przedmiotowego pisma. W żadnym wypadku jednak, owa nadmiarowa staranność Zamawiającego nie może skutkować uznaniem, że do faktycznej zmiany terminu składania ofert doszło dopiero o godz. 9:21.

Zamawiający wyjaśnił także, że obsługując technicznie platformę zakupową Smart PZP, publikuje informacje o zmianie terminu składania ofert w czterech miejscach tj.:

(1) w systemie informatycznym platformy - i ta zmiana powoduje automatyczną, natychmiastową zmianę terminu widoczną zarówno dla Wykonawców zalogowanych, jak i dla osób niezalogowanych (zapewnia to przejrzystość postępowania);

(2) w zakładce „Dokumentacja postępowania” - i ta zmiana umożliwia przekazanie informacji dodatkowych, np. linku do wirtualnego pokoju, w którym nastąpi publiczne otwarcie ofert;

(3) w zakładce „Wnioski”, w pod-zakładce „Korespondencja” dostępnej wyłącznie dla Wykonawcy Incheon - i ta zmiana umożliwia przekazanie informacji dodatkowych, np. linku do wirtualnego pokoju, w którym nastąpi publiczne otwarcie ofert.

(4) w zakładce „Wnioski”, w pod-zakładce „Korespondencja” dostępnej wyłącznie dla Wykonawcy Narita - i ta zmiana umożliwia przekazanie informacji dodatkowych, np. linku do wirtualnego pokoju, w którym nastąpi publiczne otwarcie ofert.

Zamawiający podkreślił ponadto, że przepis art. 38 ust. 4 Pzp nie wymaga od Zamawiających przekazania informacji o zmianie SIWZ wykonawcom, uznając, że wystarczające jest jedynie udostępnienie zmiany SIWZ na stronie internetowej. Powyższe

oznacza, iż Zamawiający nie ma obowiązku informowania - w odrębnym piśmie kierowanym do wykonawców - o tym, że dokonał zmiany SIWZ. Zmiana staje się skuteczna, natychmiast po pojawieniu się jej na stronie internetowej w jakiegokolwiek formie, a ewentualne dodatkowe pismo (elektroniczny plik tekstowy) informujące Wykonawców o tej zmianie stanowi jedynie przejaw uprzejmości Zamawiającego i jego dbałości o dobro Postępowania. Zamawiający zauważył także, że art. 38 ust. 4 Pzp zakłada również formalny wymóg, aby modyfikacja SIWZ była udostępniona na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. W przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego, Zamawiający - zgodnie z art. 37 ust. 2 PZP - może, ale nie musi udostępniać SIWZ na stronie internetowej. Jeżeli zatem zamawiający w tym trybie nie musi udostępniać SIWZ na stronie internetowej, a czyni to z własnej inicjatywy, obowiązek wynikający z art. 38 ust. 4 Pzp (zmieszczenia modyfikacji SIWZ na stronie internetowej) nie dotyczy Zamawiającego. Przyjmując jednak nawet, że Zamawiający powinien taką modyfikację zamieścić na stronie internetowej, to będzie to strona prowadzonego postępowania i jeśli w tym zakresie Zamawiający korzysta z określonej platformy elektronicznej, która umożliwia, zarówno upublicznienie informacji dla szerszego kręgu podmiotów, jak i komunikację elektroniczną dla określonego kręgu wykonawców ubiegających się o zamówienie, należałoby uznać, że zamieszczenie na owej platformie elektronicznej określonych informacji spełnia wymogi wyartykułowane w art. 38 ust. 4 Pzp. Powyższe jest również ważne z punktu widzenia realizacji zasady przejrzystości postępowania określonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający stwierdził, że art. 38 ust.4 PZP umożliwia mu swobodną zmianę SIWZ przed terminem składania ofert, a co za tym idzie, nie jest on zobowiązany do przedstawienia szczegółowego uzasadnienia wprowadzenia takiej zmiany. Co prawda, art. 38 ust.4 Pzp odwołuje się do „uzasadnionych przypadków”, niemniej w orzecznictwie KIO i sądów powszechnych przyjmuje się jednolicie, że zalicza się do niej zasadniczo każda taka potrzeba jaka powstanie po stronie Zamawiającego. Orzecznictwo odwołuje się przy tym do włącznie subiektywnej, a nie obiektywnej potrzeby takiej zmiany. Nadto, nieograniczone co do zasady prawo Zamawiającego do zmiany SIWZ, w tym w szczególności w zakresie prawa do wydłużenia terminu składania ofert wynika również z wykładni pro unijnej. Dyrektywa sektorowa nie ogranicza w żaden sposób uprawnienia Zamawiającego do zmiany SIWZ, wskazując jedynie w swych motywach, iż granicą dopuszczalnych zmian w SIWZ jest wyłącznie sytuacja w których modyfikacje byłyby tak daleko idące, że prowadziłyby do zmiany charakteru zamówienia, co oczywiście nie ma miejsca w niniejszej sprawie. Dyrektywa sektorowa nie ogranicza tym samym możliwości swobodnej zmiany SIWZ, w tym w zakresie wydłużenia terminu składania ofert. Co więcej w orbicie zainteresowania prawodawcy

Europejskiego leży wyłącznie wyznaczanie odpowiednio długich terminów w postępowaniu w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencyjności i równego traktowania. Dyrektywa Sektorowa nakazuje przyjmowanie minimalnych terminów w postępowaniu (por. art. 45-49 Dyrektywy Sektorowej) oraz reguluje wyłącznie sytuacje w których wydłużenie terminu składania ofert jest obligatoryjne wskutek określonych okoliczności, np. dokonania istotnych zmian warunków zamówienia (por. art. 66 ust. 3 Dyrektywy sektorowej). W żadnym jednak wypadku nie uzależnia ona możliwości wprowadzenia zmian do SIWZ, w tym wydłużenia terminu składania ofert, od jakichkolwiek obiektywnie uzasadnionych przyczyn.

Zamawiający za bezzasadny uznał także zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Wyjaśniając, że jego postawa w postępowaniu była nienaganna i w pełni respektująca zasadę równego traktowania wykonawców oraz transparentności postępowania. Zamawiający kilkakrotnie przesunął terminy w postępowaniu na wniosek Odwołującego, mimo, iż nie miał takiego obowiązku. Wobec tak otwartej i prokonkurencyjnej postawy Zamawiającego, który pozytywnie odpowiadał na wszelkie prośby wykonawców o wsparcie, pomoc lub możliwość przesunięcia terminu składania wniosków i ofert, zarzuty Odwołującego są absolutnie bezzasadne. Zamawiający podkreślił, iż wszelkie jego działania cechowała jedynie dbałość o dobro postępowania, w tym w szczególności zamiar uniknięcia sytuacji w której oferta któregośkolwiek z wykonawców zostałaby odrzucona lub zwrócona wyłącznie z przyczyn technicznych związanych z obsługą systemu Smart PZP. Stwierdził, że zadbał również o pełną transparentność postępowania, czego dowodem jest choćby załącznik nr 9 do odwołania, w którym Zamawiający ujawnił Odwołującemu godzinę złożenia oferty przez Przystępującego. W istocie zatem Zamawiający działał wyłącznie w interesie dobra prowadzonego Postępowania, celem zapewnienia jego konkurencyjności, a jego zamierzeniem nie było faworyzowanie któregośkolwiek z wykonawców.

Zamawiający podnosi również, iż zwrócenie oferty Przystępującego jako złożonej po terminie składania ofert, rażąco naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę transparentności Postępowania. Skoro w systemie Smart PZP pojawiła się jednoznaczna informacja o zmianie terminu składania ofert przed upływem tego terminu, Przystępujący miał prawo i powinien zakładać, że termin ten został skutecznie przesunięty, w szczególności mając na uwadze jednolite orzecznictwo KIO zakazujące - w razie jakichkolwiek wątpliwości co do treści SIWZ - przyjmowanie niekorzystnej dla wykonawców wykładni postanowień SIWZ.

Zamawiający za bezzasadne uznał również pozostałe zarzuty odwołania, tj. rzekome naruszenie art. 84 ust.2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, stwierdzając, że skoro skutecznie dokonał zmiany terminu składania ofert, nie sposób uznać, iż mógł on zwrócić ofertę

Przystępującego na podstawie art. 84 ust. 2 Pzp. Nie sposób również przyjąć, by oferta Przystępującego mogła zostać uznana za niezgodną z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp . Jedyne na marginesie wskazać należy, że zarzut ten jest niekompatybilny z uzasadnieniem odwołania, albowiem oferta złożona po terminie nie może być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP, a jedynie zwrócona na podstawie art. 84 ust. 2 PZP.

Przystępujący w piśmie z dnia 5 listopada 2020r. również wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że twierdzenia Odwołującego dotyczące przedłużenia terminu składania ofert już po upływie pierwotnego terminu nie znajdują oparcia w stanie faktycznym, albowiem zgodnie z informacją uzyskaną od operatora platformy zakupowej - portalpzp, uzyskaną przez Incheon w dniu 4 listopada 2020 r., jasno wynika, że zmiana terminu składania oraz otwarcia ofert została dokonana przez Zamawiającego, jak również była powszechnie widoczna na portalupzp w zakładce karta postępowanie, o godz. 8:55, a nie jak twierdzi Odwołujący o godz. 9:21. Operator portalupzp odpowiedział jednoznacznie, że: „W postępowaniu nr 37/20/IWM/1/PZP/28 w dniu 20.10.2020 r. w „karcie postępowania” dostępnej dla wykonawców termin składania ofert zmienił się o godzinie 8:55:56. ”

Przystępujący wskazał także, że zgodnie z treścią art. 38 ust 4 Pzp Zamawiający nie jest zobowiązany do wystosowania przed upływem terminu złożenia ofert oficjalnego pisma do wykonawców - na które powołuje się Odwołujący, lecz: „Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej.” W niniejszej sprawie czynnością Zamawiającego, stanowiącą upublicznienie zmiany treści SIWZ, było zatem nie wystosowanie do wykonawców oficjalnego pisma, lecz dokonanie zmiany terminu składania i otwarcia ofert na powszechnie dostępnej stronie internetowej postępowania w zakładce „karta postępowania”.

W związku z powyższym, zdaniem Przystępującego, nie ma zatem wątpliwości, że Zamawiający dokonał zmiany terminu składania i otwarcia ofert jeszcze przed jego pierwotnym upływem, a zmiana ta była widoczna dla wszystkich wykonawców w tym samym terminie. Nie sposób zatem uznać, że Zamawiający naruszył konkurencję pomiędzy wykonawcami czy faworyzował któregoś z Wykonawców, bowiem informację o zmianie terminu przekazał w sposób zgodny z zasadą wyrażoną w art. 38 ust 4 Pzp.

Ponadto podkreślił, że zarówno literatura, jak i orzecznictwo są zgodne co do tego, że Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego podjęcia decyzji o dokonaniu zmiany specyfikacji, jak również nie jest zobowiązany do uzasadniania zmiany SIWZ. Również, przepis art. 38 ust. 4 Pzp nie zawiera definicji legalnej powyższego pojęcia. Posługując się

zatem wypracowanym dorobkiem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wskazać należy, w ślad za wyrokiem z dnia 13 października 2011 r., sygn. akt KIO 2108/11, że: „Taka zmiana - tak jak podnosi się w doktrynie i w orzecznictwie - może być skutkiem własnej inicjatywy zamawiającego jak również pytań wykonawców do specyfikacji. Ustawa p.z.p., co prawda zastrzega, że modyfikacja dopuszczalna jest w uzasadnionych przypadkach, jednakże nie zawiera definicji tego pojęcia. Zatem - zdaniem Izby - za uzasadnioną modyfikację SIWZ można uznać zmianę tych wymagań, które nie odpowiadają w pełni zamierzeniom (jak wskazuje się w doktrynie - nie oddają jego woli w sposób dostatecznie zrozumiały) Zamawiającego zarówno, co do przedmiotu zamówienia, jak i warunków jego realizacji.”

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 17 listopada 2020r. nie zgodził się ze stanowiskiem wyrażonym przez Przystępującego, wskazując, że karta postępowania dostępna w Platformie Zakupowej SmartPZP, jak wynika z instrukcji przygotowanej przez operatora platformy zawiera „Informacje ogólne, Warunki udziału, Wadium oraz Kryteria oceny oferty”, a więc, w karcie postępowania odzwierciedlone są wybrane informacje spośród grona tych, które zamawiający jest zobowiązany na mocy art. 36 ust. 1 Pzp zawrzeć w SIWZ. Zdaniem Odwołującego wypełnienie karty postępowania nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku przygotowania kompletnej SIWZ, o czym świadczy bezpośrednio również treść wspomnianej powyżej instrukcji przygotowanej przez operatora Platformy Zakupowej SmartPZP, w której wyraźnie rozróżnia się kartę postępowania od dokumentacji postępowania. To na tę ostatnią składają się bowiem „dokumenty udostępnione przez Zamawiającego do przedmiotowego postępowania”, w tym oczywiście podstawowy dokument wyznaczający treść dokumentacji Postępowania - SIWZ.

Według Narita powyższe rozróżnienie ma istotne praktyczne konsekwencje w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym za pośrednictwem Platformy Zakupowej SmartPZP:

- po pierwsze, zmiana dokonana w karcie postępowania nie jest w żaden sposób notyfikowana wykonawcom biorącym w nim udział. Z kolei zamieszczenie przez zamawiającego jakiegokolwiek nowego dokumentu w sekcji „dokumentacja postępowania” wiąże się z automatycznym wysłaniem powiadomienia e-mail do wykonawców.

- po drugie, wykonawcy nie mają możliwości weryfikacji uprawnień osoby modyfikującej informacje w karcie postępowania do dokonania tej czynności, ani nawet jej identyfikacji z imienia i nazwiska. Z kolei dokumenty zamieszczane przez zamawiającego w sekcji „dokumentacja postępowania” są opatrywane danymi konkretnej osoby przekazującej informacje o zmianie SIWZ.

- po trzecie, wykonawcy, ani nawet sam zamawiający, nie mają możliwości samodzielnej weryfikacji momentu, w którym zostały zmodyfikowane dane zawarte w karcie postępowania. Z kolei informacja o dokładnej dacie zamieszczenia przez zamawiającego jakiegokolwiek dokumentu w sekcji „dokumentacja postępowania” (godzina, minuta, sekunda) jest jawna zarówno dla wykonawcy, jak i dla zamawiającego. Tak samo zresztą w przypadku, w którym to wykonawca jest zobowiązany dokonać czynności w postępowaniu w określonym terminie (np. udzielenie odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień lub uzupełnień), to właśnie moment, w którym na Platformie Zakupowej SmartPZP zostanie zamieszczony stosowny dokument wyznacza czas dokonania tej czynności i jest on jawny zarówno dla wykonawcy, jak i dla zamawiającego.

- po czwarte, wykonawcy nie mają możliwości odtworzenia danych zawartych w karcie postępowania w określonym terminie ani zapisania ich na dyskach lokalnych w inny sposób niż poprzez wykonanie zrzutu ekranu. Z kolei wszelkie dokumenty zamieszczane przez zamawiającego w sekcji „dokumentacja postępowania” mogą być pobrane przez wykonawców z wykorzystaniem przycisku „Pobierz”.

Zdaniem Odwołującego, już tylko ze wskazanych powyżej powodów nie można, jak chciałby Przystępujący, utożsamić wprowadzenia zmiany w karcie postępowania z modyfikacją treści SIWZ obowiązującej w postępowaniu. Informacja o terminie składania ofert w postępowaniu została bowiem zamieszczona w rozdziale XIV dokumentu zamieszczonego w sekcji „dokumentacja postępowania” zatytułowanego „SIWZ” i jakkolwiek zmiana tego terminu powinna zostać dokonana poprzez modyfikację treści tego dokumentu (co w istocie nastąpiło, ale dopiero o godzinie 9:21), a nie wyłącznie poprzez zmianę danych w karcie postępowania. W szczególności, według Odwołującego, nie można przy tym zgodzić się z twierdzeniami Przystępującego sprowadzającymi się do uznania, że skoro karta postępowania znajduje się na stronie internetowej Zamawiającego (tj. Platformie Zakupowej SmartPZP), to już tylko modyfikacja danych w niej zawartych jest wystarczająca do spełnienia wymagania z art. 38 ust. 4 SIWZ. W samej treści tego przepisu wyraźnie rozróżniono bowiem zmianę treści specyfikacji od miejsca, w którym zmiana ta jest udostępniona (strona internetowa). Innymi słowy, strona internetowa (tu: karta postępowania na Platformie Zakupowej SmartPZP) nie służy do modyfikacji SIWZ, lecz wyłącznie do poinformowania o dokonanej wcześniej przez Zamawiającego zmianie SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, gdyby przyjąć rozumowanie Przystępującego to należałoby uznać, że informacja o zmianie SIWZ zamieszczona na stronie głównej Platformy Zakupowej SmartPZP lub wręcz na stronie internetowej samego Zamawiającego (www.cpk.pl) w istocie stanowi zmianę SIWZ obowiązującej w Postępowaniu, wiążącą dla wykonawców. Idąc dalej,

w takim przypadku nie byłoby wręcz w ogóle konieczności tworzenia odrębnego dokumentu zatytułowanego „SIWZ” i zamieszczania go w sekcji „dokumentacja postępowania”, gdyż wszystkie dane wystarczyłoby wskazać wyłącznie w karcie postępowania i dowolnie je modyfikować, bez możliwości weryfikacji przez wykonawców, kiedy i przez kogo została dokonana zmiana. Zdaniem Odwołującego, o braku zasadności stanowiska Przystępującego świadczy również praktyka przyjęta w Postępowaniu przez samego Zamawiającego - skoro bowiem, jak chce Przystępujący, zmiana terminu składania ofert dokonana jedynie w karcie postępowania o godzinie 8:55:56 była w pełni wystarczająca, to w jakim celu Zamawiający następnie zamieścił o godzinie 9:21 w sekcji „dokumentacja postępowania, dodatkowy dokument zmieniający treść rozdziału XIV SIWZ?

Zdaniem Odwołującego, gdyby przyjąć stanowisko Przystępującego za słuszne, to należałoby uznać, że od godziny 8:55:56 do godziny 9:21 w dniu 20 października równoległe istniały dwa terminy składania ofert w Postępowaniu: ten upływający o godzinie 9:00 (wskazany w dokumencie zatytułowanym „SIWZ”, udostępnionym w sekcji „dokumentacja postępowania”) oraz ten upływający o godzinie 12:00 (wskazany w zmodyfikowanej karcie postępowania). Taki stan nie jest zaś możliwy w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych - jedynym terminem składania ofert w Postępowaniu był ten wskazany w rozdziale XIV SIWZ i został on zmodyfikowany w dniu 20 października 2020 roku dopiero o godzinie 9:21, a więc już po upływie dotychczasowego terminu składania ofert. Ponadto, przyjęcie, że do zmiany treści SIWZ wystarczająca jest modyfikacja danych zawartych w karcie postępowania sprowadzałoby się w istocie do uniemożliwienia poddania kontroli wykonawców czynności dokonywanych przez zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem należy przecież pamiętać, że zmiana SIWZ może mieć na celu nie tylko liberalizację wymagań w nim zawartych (tak jak w tym przypadku, choć jedynie w odniesieniu do oferty Przystępującego), ale też ich zaostrzenie.

Z powyższych względów należy uznać, że oferta Przystępującego została złożona z uchybieniem terminu składania ofert, co musi wiązać się z konsekwencjami podniesionymi w odwołaniu.

Odwołujący ponownie stwierdził, że Zamawiający nie wyjaśnił powodów dokonania zmiany w karcie postępowania oraz późniejszej zmiany SIWZ. Tym niemniej, zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego trudno wyobrazić sobie inny powód do niespełna trzygodzinnego przesunięcia terminu składania ofert w Postępowaniu niż powzięcie przez Zamawiającego informacji, że Przystępujący - z przyczyn leżących po jego stronie - nie jest w stanie złożyć oferty w wyznaczonym terminie. Powyższe twierdzenie jest tym bardziej uzasadnione biorąc pod uwagę, że dokumenty składające się na ofertę Przystępującego

zostały podpisane kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi między godziną 8:19 (pierwszy dokument), a godziną 8:49 (ostatni dokument) w dniu 20 października - Przystępujący skompletował więc ofertę dopiero na 11 minut przed upływem terminu składania ofert. Następnie, oferta Przystępującego została przekazana poprzez Platformę Zakupową SmartPZP między godziną 9:13:53 (pierwszy dokument), a godziną 9:41:16 (ostatni dokument) - dane te wynikają bezpośrednio z listy dokumentów składających się na ofertę Przystępującego, udostępnionej przez Zamawiającego, gdzie w nazwie każdego pliku została wskazana dokładna godzina jego umieszczenia na Platformie Zakupowej SmartPZP. W konsekwencji oferta Przystępującego została złożona na Platformie Zakupowej o godzinie 9:44.

Według Odwołującego, działanie Zamawiającego sprowadzające się do (nieskutecznej próby) modyfikacji terminu składania ofert na 4 minuty przed jego upływem jedynie w celu umożliwienia złożenia oferty jednemu z wykonawców należy uznać za rażąco naruszające zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Jest to tym istotniejsze, biorąc pod uwagę, że obaj wykonawcy znajdowali się w Postępowaniu w tożsamej sytuacji. Zarówno bowiem Odwołujący, jak i Przystępujący są podmiotami z Azji Południowo-Wschodniej, doskonale znają Platformę Zakupową SmartPZP, gdyż składali za jej pośrednictwem chociażby wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Zupełnie niezrozumiałe jest więc dążenie Zamawiającego do zrównania zupełnie odmiennych działań wykonawców, z których tylko jeden (Odwołujący) złożył ofertę w wyznaczonym terminie składania ofert.

Powyższe w ocenie nakazuje uznać, że Zamawiający w ogóle nie był uprawniony do zmiany terminu składania ofert w dniu 20 października 2020 roku - nie zaszedł bowiem żaden uzasadniony przypadek powodujący konieczność dokonania takiej zmiany.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a

zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, odnośnie braku interesu Odwołującego do wniesienia odwołania z uwagi na okoliczność, iż dąży on do unieważnienia postępowania. Wskazać należy, że Odwołujący na skutek wniesienia odwołania żądał stwierdzenia, że oferta Przystępującego została złożona po upływie terminu składania ofert, a w konsekwencji dążył do nakazania Zamawiającemu dokonania zwrotu oferty Incheon na podstawie art. 84 ust. 2 Pzp. Ponadto wskazać należy, że nawet okoliczność, iż wykonawca na skutek wniesionego odwołania dążyłby do unieważnienia postępowania, to zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej jak długo wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia i dąży do zawarcia umowy, to posiada interes i może dążyć do wyeliminowania wszystkich wykonawców i unieważnienia postępowania, tak aby móc wystartować w nowym postępowaniu. Tym samym Izba uznała, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę INCHEON International Airport Corporation z siedzibą w Incheon, Korea Południowa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ w tym przede wszystkim z rozdziału XIV, treści pism procesowych przedstawionych przez Zamawiającego i Przystępującego oraz dołączonych przez nich dowodów, a także dowodów złożonych przez Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Przystępującego adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba podziela przy tym i przyjmuje za własne obszernie wywody Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, a poniżej, dodatkowo, odniesie się do kwestii kluczowych dla zapadłego rozstrzygnięcia.

Podkreślić należy, że art. 38 ust. 4 Pzp określa przesłanki umożliwiające Zamawiającemu dokonanie zmiany SIWZ. Zgodnie z tym przepisem, Zamawiającemu przysługuje prawo do zmiany SIWZ w uzasadnionych przypadkach, zmiana musi nastąpić przed upływem (pierwotnego) terminu składania ofert, a także Zamawiający musi taką zmianę udostępnić na stronie internetowej na której prowadzi postępowanie.

Izba w składzie orzekającym ustaliła, że z przedłożonego przez Zamawiającego dowodu tj.: wiadomości email wygenerowanej automatycznie przez SmartPZP w dniu 20 października 2020r., godz. 8:56 skierowanej do Pana M. J. wynika, że zmieniony został termin składania ofert. Powyższe znajduje potwierdzenie również w korespondencji mailowej Zamawiającego z dnia 2 listopada 2020r. z panem Sz. Z. (Centrum Wsparcia Kompetencyjnego SmartPZP), który w odpowiedzi na pytania Zamawiającego wprost wskazał, że zmiana godziny składania ofert w postępowaniu została dokonana o godzinie 8:55:56 i o tej godzinie w „karcie postępowania” dostępnej dla wykonawców zmienił się termin składania ofert. Ponadto z punktu 3 ww. korespondencji email wynika, że ogólnodostępna informacja o zmianie godziny składania ofert pojawiła się o godz. 8:55:56. Zamawiający przedłożył również dowód, że w dniu 20 października 2020r. o godzinie 12:02 otrzymał automatycznie generowaną przez portal SmartPZP wiadomość, że „w postępowaniu 37/20/IWM/1/PZP/28 minął termin składania ofert. Liczba ofert: 2”.

Uwzględniając powyższe dowody Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że zmiana terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu nastąpiła w dniu 20 października 2020r., o godz. 8:55:56 bowiem informacja w tym zakresie została upubliczniona na stronie internetowej SmartPZP prowadzonego postępowania. Ponadto powyższa zmiana była powszechnie dostępna i widoczna dla wykonawców, czego w niniejszym postępowaniu nie kwestionował sam Odwołujący. Tym samym uznać należało, że modyfikacja SIWZ w zakresie terminu składania i otwarcia ofert nastąpiła jeszcze przed upływem terminu wyznaczonego na dzień 20 października 2020r., na godz. 9:00, a więc zgodnie z wymogiem zawartym w przepisie art. 38 ust. 4 Pzp.

Izba w składzie orzekającym nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że zmiana SIWZ w zakresie terminu składania ofert nastąpiła o godz. 9:21, czyli dopiero na skutek opublikowania na stronie internetowej SmartPZP pliku tekstowego, podpisanego przez pana M. J. informującego o zmianie konkretnego rozdziału XIV SIWZ „Miejsce oraz termin składania ofert”. Izba nie podzieliła także stanowiska, że opublikowanie zmiany SIWZ w „karcie postępowania” nie wywoływało skutku w postaci przedłużenia terminu składania ofert z godz. 9:00 na godz. 12:00. Podkreślić należy po pierwsze, że przepis art. 38 ust. 4 Pzp określa wymóg, aby zmiana SIWZ dokonana została przed upływem terminu składania ofert oraz aby Zamawiający taką zmianę udostępnił na stronie internetowej na której prowadzi postępowanie. Z przepisu tego nie wynika więc, że dopiero opublikowanie określonego dokumentu w zakładce „Dokumentacja postępowania” powodować będzie skutek w postaci zmiany SIWZ. Po drugie skoro modyfikacja SIWZ stanowi oświadczenie woli Zamawiającego w przedmiocie modyfikacji pierwotnych warunków zamówienia to przypomnieć należy, iż stosownie do

brzmienia art. 60 kodeksu cywilnego, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Jednocześnie chwilą złożenia takiego oświadczenia woli innej osobie jest moment w którym osoba ta mogła się z oświadczeniem zapoznać (art. 61 §1 kodeksu cywilnego), przy czym w przypadku oświadczeń złożonych za pomocą środka komunikacji elektronicznej, oświadczenie zostanie złożone innej osobie z chwilą gdy wprowadzono go do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, by osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Skoro więc jak wyżej wskazano, oświadczenie woli Zamawiającego, dotyczące zmiany terminu składania ofert w postępowaniu zostało ujawnione na stronie internetowej Zamawiającego o godz. 8:55:56 to stwierdzić należało, że stało się ono wiążące w momencie ujawnienia go na Platformie SmartPZP, a Zamawiający formalnie dokonał dopuszczalnej czynności modyfikacji SIWZ.

Podkreślić należy, że również argumenty Odwołującego zawarte w piśmie procesowym z dnia 16 listopada 2020r., że:

- zmiana dokonana w karcie postępowania nie jest w żaden sposób notyfikowana wykonawcom biorącym w nim udział,
- wykonawcy nie mają możliwości weryfikacji uprawnień osoby modyfikującej informacje w karcie postępowania do dokonania tej czynności, ani nawet jej identyfikacji z imienia i nazwiska,
- wykonawcy, ani nawet sam zamawiający, nie mają możliwości samodzielnej weryfikacji momentu, w którym zostały zmodyfikowane dane zawarte w karcie postępowania.
- wykonawcy nie mają możliwości odtworzenia danych zawartych w karcie postępowania w określonym terminie ani zapisania ich na dyskach lokalnych w inny sposób niż poprzez wykonanie zrzutu ekranu.

nie znajdują żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach Pzp, w tym przede wszystkim w art. 38 st. 4 Pzp i w żaden sposób nie wpływają na skuteczność modyfikacji postanowień SIWZ. Podkreślić bowiem należy, że w świetle przywołanego wyżej przepisu, dla skutecznego dokonania czynności modyfikacji SIWZ nie jest wymagana ani konieczność wysłania do wykonawców wiadomości email o zmianie, ani możliwość weryfikacji kto dokonuje modyfikacji, ani też umożliwienie wykonawcom pobrania i zapisania tych informacji na swoich dyskach. Ponadto wbrew stanowisku Odwołującego dokonanie modyfikacji SIWZ na „karcie postępowania” umożliwia ustalenie daty i godziny wprowadzenia zmiany, co w sposób

niebudzący wątpliwości wykazał w niniejszym postępowaniu zarówno Zamawiający jak i Przystępujący.

Odnosząc się kolejno do przesłanki wskazanej w art. 38 ust. 4 Pzp dotyczącej wystąpienia uzasadnionej przyczyny, to Izba uwzględniając stanowisko Zamawiającego, w tym chronologię zdarzeń, uznała, że w niniejszym postępowaniu taka uzasadniona przyczyna wystąpiła. Niemniej jednak Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że Zamawiający nie musi wykazywać szczególnej sytuacji związanej z postępowaniem, w wyniku której musiałby dokonywać zmiany SIWZ. Takiego wymogu nie stawia bowiem ani przepis art. 38 Pzp, ani inne przepisy tej ustawy. Zmiana SIWZ zatem może nastąpić w każdym czasie.

Skład orzekający uznał ponadto, że skoro przesunięcie terminu składania ofert nastąpiło zgodnie z przepisem art. 38 ust. 4 Pzp, a ponadto termin ten został przesunięty tylko o 3 godziny, co z kolei spowodowało brak możliwości modyfikacji, czy też wprowadzenia merytorycznych zmian w jej treści, nie stanowiło ono naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, a w szczególności zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że czynności Zamawiającego dążyły do umożliwienia złożenia ofert przez wykonawców, a przede wszystkim uniknięcia sytuacji w której oferta któregokolwiek z wykonawców zostałaby odrzucona lub zwrócona wyłącznie z przyczyn technicznych związanych z obsługą systemu SmartPZP.

Izba podzieliła także stanowisko Zamawiającego, że zwrócenie oferty Przystępującego jako złożonej po terminie składania ofert, rażąco naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości postępowania. Skoro w systemie Smart PZP pojawiła się jednoznaczna informacja o zmianie terminu składania ofert przed upływem tego terminu, Przystępujący miał prawo i powinien zakładać, że termin ten został skutecznie przesunięty tym bardziej, że zdołał on złożyć ofertę w postępowaniu, co byłoby niemożliwe w sytuacji upływu terminu.

Izba oddaliła wnioski Odwołującego o przeprowadzenie dowodów z przedłożonych na rozprawie dokumentów, z których wynika godzina podpisania przez Przystępującego pierwszego i ostatniego dokumentu składającego się na jego ofertę, stwierdzając, że powyższe dowody nie mają znaczenia do rozstrzygnięcia, czy zmiana SIWZ nastąpiła przed upływem terminu składania ofert. Dla rozstrzygnięcia sprawy znaczenia nie miał również dowód stanowiący odpis pisma z dnia 13 listopada 2020 r. skierowanego do Zamawiającego w zakresie ewentualnego kontaktu Zamawiającego z Przystępującym przed terminem składania ofert. Ponadto Izba stwierdziła, że z dowodu złożonego na rozprawie, tj. wiadomości email wygenerowanej o godz. 9:21 w dniu 20 października 2020r. wynika jedynie, że w

przedmiotowym postępowaniu opublikowano dokumenty, gdy tymczasem z przedłożonego przez Zamawiającego dowodu, tj. wiadomości email wygenerowanej automatycznie przez SmartPZP w dniu 20 października 2020r., godz. 8:56 skierowanej do Pana M. J. w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że zmieniony został termin składania ofert.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. Nr 41, poz. 972).

Przewodniczący: