

Sygn. akt: KIO 370/22

POSTANOWIENIE
z dnia 28 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 28 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2022 r. przez wykonawcę NTS Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Raszynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Saportia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę NTS Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Raszynie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę NTS Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Raszynie, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 370/22

Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Dostawa, montaż, wdrożenie, konserwacja i utrzymanie

Systemów Zabezpieczeń Technicznych - Port Lotniczy Warszawa - Radom. Postępowanie

to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

W dniu 11 lutego 2022 r. wykonawca NTS Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Raszynie, dalej „Odwołujący”, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1-3, art. 90 ust. 1 i 2, art. 97 ust. 5, 6, 7 pkt 3) oraz art. 137 ust. 1, 4 i 6 w zw. z art. 87 i 88 w zw. w zw. z art. 138 w zw. z art. 220 ust. 1 w zw. z art. 362 pkt 1) w zw. z art. 377 ust. 1 pkt 1) i art. 378 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 61 § 1 i § 2 k.c w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez dokonanie zmiany treści ogłoszenia pismem pt. Sprostowanie, Ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji opublikowanym w dniu 2 lutego 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 023-058998 w zakresie sekcji IV.2.6 Ogłoszenia o zamówieniu w odniesieniu do terminu zachowania ważności oferty z dnia 30.04.2022 na dzień 03.05.2022 r., w zakresie sekcji: IV.2.2 Ogłoszenia w odniesieniu do terminu składania ofert z dnia 31.01.2022 r. na dzień 03.02.2022 r. oraz w zakresie sekcji IV.2.7 Ogłoszenia w odniesieniu do warunków otwarcia ofert z dnia 31.01.2022 r. na dzień 03.02.2022 r., dnia 02.02.2022 r., a więc po upływie terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 31.01.2022 r., w sposób sprzeczny z przepisami w zakresie nieprzekraczalnego terminu zmiany ogłoszenia wynikającej ze zmiany SWZ, a to art. 137 ust. 1, 4 i 5 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 61 § 1 i § 2 k.c w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zgodnie z którymi zmiana musi nastąpić (zostać opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz na stronie internetowej prowadzonego postępowania tak, by wykonawcy mogli się z nią zapoznać) przed upływem terminu składania ofert, a ponadto zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zmiana ogłoszenia istotna dla sporządzenia oferty, w tym jej uzupełnienia (a taką zmianą jest przedłużenie terminu składania ofert i związania ofertą wymagające przedłużenia okresu ważności wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zgodnie z okresem związania ofertą), powinna uwzględniać odpowiednie przedłużenie terminu, podczas gdy wyznaczenia w dniu 2 lutego terminu zapadającego za 25 godzin nie można uznać za odpowiednie, w szczególności biorąc pod uwagę publikację ogłoszenia w sposób naruszający przepisy, po upływie terminu składania ofert, na dzień przed upływem zmienionego terminu składania ofert, a ponadto zmiana ogłoszenia została przeprowadzona na podstawie zmiany SWZ, która wbrew wymogowi z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp nie została uzasadniona, co powoduje, że naruszone zostały zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, gdyż wykonawcy nie zostali poinformowani o zmianach przed upływem terminu zgłaszania ofert i nie mieli odpowiedniej ilości czasu na przedłużenie okresu ważności wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej;

2. art. 16 pkt 1-3, art. 90 ust. 1 i 2, art. 97 ust. 5, 6, 7 pkt 3) oraz art. 137 ust. 1, 2, 4 i 6 w zw. z art. 87 i 88 w zw. w zw. z art. 138 w zw. z art. 220 ust. 1 w zw. z art. 362 pkt 1) w zw. z art. 377 ust. 1 pkt 1) i art. 378 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 61 § 1 i § 2 k.c w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez dokonanie zmiany SWZ pismem z dnia 1 lutego 2022 r. znak: PPL.TL.TLLZ.TLLZP.220.18.22 opublikowanym w dniu 2 lutego 2022 roku o godz. 9:05 na platformie do komunikacji elektronicznej z Zamawiającym w zakresie Rozdz. XIII ust. 1 SWZ w odniesieniu do terminu przesłania ofert z dnia 31.01.2022 r. na dzień 03.02.2022 r., w zakresie Rozdz. XIII ust. 3 SWZ w odniesieniu do terminu otwarcia ofert, z dnia 31.01.2022 r. na dzień 03.02.2022 r., w zakresie Rozdz. XIV ust. 1 SWZ w odniesieniu do terminu związania ofertą z dnia 30.04.2022 na dzień 03.05.2022 r., po upływie terminu składania ofert tj. 2 lutego 2022 r., a więc po 31.01.2022 r. godz. 10.00, w sposób sprzeczny z przepisami w zakresie nieprzekraczalnego terminu zmiany SWZ, a to art. 137 ust. 1, 4 i 5 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 61 § 1 i § 2 k.c w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zgodnie z którymi zmiana SWZ skutkująca zmianą ogłoszenia musi nastąpić (zostać opublikowana na stronie internetowej prowadzonego postępowania, po opublikowaniu ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej tak, by wykonawcy mogli się z nią zapoznać) przed upływem terminu składania ofert, a ponadto zgodnie z art. 137 ust. 6 ustawy Pzp zmiana SWZ jest istotna dla sporządzenia oferty, w tym jej uzupełnienia (a taką zmianą jest przedłużenie terminu składania ofert oraz terminu związania ofertą wymagające przedłużenia okresu ważności wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zgodnie z okresem związania ofertą), powinna uwzględniać odpowiednie przedłużenie terminu, podczas gdy wyznaczenia w dniu 2 lutego terminu zapadającego za 25 godzin nie można uznać za odpowiednie, w szczególności biorąc pod uwagę publikację ogłoszenia w sposób naruszający przepisy, po upływie terminu składania ofert, na dzień przed upływem zmienionego terminu składania ofert, a ponadto zmiana ogłoszenia została przeprowadzona na podstawie zmiany SWZ, która wbrew wymogowi z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp nie została uzasadniona, co powoduje, że naruszone zostały zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, gdyż wykonawcy nie zostali poinformowani o zmianach przed upływem terminu zgłaszania ofert i nie mieli odpowiedniej ilości czasu na przedłużenie okresu ważności wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej;

z ostrożności Odwołujący zarzucał również naruszenie przepisów w zakresie czynności następczych Zamawiającego:

3. art. 16 pkt 1-3, art. 226 ust. 1 pkt 14) oraz art. 97 ust. 5, 6, 7 pkt 3) w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 oraz art. 137 ust. 1, 4 i 6 w zw. z art. 87 i 88 w zw. z art. 138 w zw. z art. 220 ust. 1 w zw. z art. 362 pkt 1) w zw. z art. 377 ust. 1 pkt 1) i art. 378 ust. 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty NTS Polska S.A. pismem z dnia 7 lutego 2022 r. na podstawie niezgodnego z przepisami uznania, że Odwołujący nie wniósł, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, co powoduje, że naruszone zostały zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności;

4. art. 16 pkt 1-3, art. 232 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 14) oraz art. 97 ust. 5, 6, 7 pkt 3) w zw. z art. 227 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 oraz art. 137 ust. 1, 4 i 6 w zw. z art. 87 i 88 w zw. z art. 138 w zw. z art. 362 pkt 1) w zw. z art. 377 ust. 1 pkt 1) i art. 378 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie zaproszenia NTS Polska S.A. do udziału w aukcji elektronicznej i przeprowadzenie aukcji elektronicznej bez udziału Odwołującego, na podstawie niezgodnego z prawem odrzucenia oferty Odwołującego, co powoduje, że naruszone zostały zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności;

5. art. 16 pkt 1-3, art. 232 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 227 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 oraz art. 137 ust. 1, 4 i 6 w zw. z art. 87 i 88 w zw. z art. 138 w zw. z art. 220 ust. 1 w zw. z art. 362 pkt 1) w zw. z art. 377 ust. 1 pkt 1) i art. 378 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie polegające na nieodrżuceniu ofert innych wykonawców, którzy złożyli oferty po upływie terminu składania ofert, jak i czynności ich zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej i przeprowadzenia jej z ich udziałem, z uwagi na przedłużenie terminu składania ofert do 03.02.2022 r, co powoduje, że naruszone zostały zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności zmiany ogłoszenia i zmiany SWZ dokonanych po terminie składania ofert, tj. 31.01.2022 r., unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawców, którzy złożyli oferty po terminie składania ofert, tj. 31.01.2022 r., unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej, ponowienia czynności badania ofert wszystkich wykonawców, z uwagi na to, że termin składania ofert oraz związania ofertą nie został skutecznie przedłużony, a część wykonawców złożyła oferty po terminie składania ofert, tj. 31.01.2022 r., a więc oferty podlegające odrzuceniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał kopię odwołania innym wykonawcom w dniu 14 lutego 2022 r. W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Saportia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, dalej „Przystępujący”.

Ponadto, Izba ustaliła, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 013-030645 w dniu 19 stycznia 2022 r. Zamawiający określił pierwotny termin składania ofert na dzień 31 stycznia 2022 r., na godzinę 10:00. 27 i 28 stycznia 2022 r. wpłynęły pytania do Zamawiającego (27 stycznia - 7 pytań, 28 stycznia - 141 pytań, w tym od Odwołującego). Zamawiający w dniu 28 stycznia 2022 r. wydłużył termin składania ofert do dnia 3 lutego 2022 r. do godziny 10:00. Oświadczenie woli Zamawiającego zmieniające termin składania i otwarcia ofert oraz termin związania ofertą Zamawiający zamieścił dnia 28 stycznia 2022 r. o godz. 14:43:52 na stronie Portalu PZP, za pośrednictwem którego prowadzone jest postępowanie.

Jednocześnie w tym samym dniu o godz. 14:42 (28 stycznia 2022 r.) Zamawiający przekazał do Dz. U. UE sprostowanie pierwotnego ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu składania i otwarcia ofert. Ogłoszenie o sprostowaniu ogłoszenia o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. U. U.E. 2 lutego 2022 r. Tego samego dnia Zamawiający zamieścił na stronie postępowania sprostowanie ogłoszenia i pismo z dnia 1 lutego 2022 r. o dokonanej zmianie terminu składania i otwarcia ofert oraz o terminie związania ofertą.

Oferty złożyło 4 wykonawców. Odwołujący złożył ofertę w dniu 28 stycznia 2022 r. po godz. 16.48. Załączył do niej wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez TUiR WARTA w dniu 28 stycznia 2022 r. z okresem ważności od 31 stycznia 2022 r. do 30 kwietnia 2022 r.

Pozostali wykonawcy złożyli oferty 3 lutego 2022 r. i wnieśli wadia:

- konsorcjum Maxto - wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez TUIR WARTA w dniu 28 stycznia 2022 r. z okresem ważności od 31 stycznia 2022 r. do 30 kwietnia 2022 r. wraz z aneksem z 2 lutego 2022 r. wskazującym na okres ważności gwarancji od 3 lutego 2022 r. do 3 maja 2022 r.;

- Przystępujący - wadium w pieniądzu,

- T4B - wadium - gwarancja ubezpieczeniowa KUKI z 28 stycznia 2022 r. ważna w okresie

od 31 stycznia 2022 r. do 5 maja 2022 r.

Zamawiający 3 lutego 2022 r. zamieścił na stronie postępowania informację o kwocie, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, o czym Odwołujący został zawiadomiony w dniu 7 lutego 2022 r. W dniu 9 lutego 2022 r. Zamawiający zaprosił wszystkich trzech wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, do aukcji elektronicznej. Aukcja elektroniczna odbyła się 14 lutego 2022 r. W dniu 11 lutego 2022 r. Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Stosownie do art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, który to przepis ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie, odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Przepis art. 515 ust. 3 ustawy Pzp będzie miał zastosowanie do czynności zamawiającego, co do których zamawiający nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o ich dokonaniu, czynności zamawiającego, które nie dotyczą treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkursu lub wobec treści dokumentów zamówienia, braku aktywności informacyjnej zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do wszystkich czynności podjętych w toku postępowania, zaniechań przez zamawiającego czynności w postępowaniu, jeżeli zamawiający był zobowiązany do dokonania tych czynności (tak Komentarz UZP pod redakcją H. Nowak, M. Winiarz, str. 1319). Wymaga podkreślenia, że art. 515 ust. 3 ustawy Pzp jest następcą prawnym art. 182 ust. 3 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zatem tożsamość obu norm powoduje aktualność myśli orzeczniczej wypracowanej pod rządami poprzedniej ustawy.

Dlatego za zasadne Izba uznała przywołanie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 roku, sygn. akt III CZP 107/12, w której Sąd odpowiadając w zakresie zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 6 grudnia 2012 r. Czy w sytuacji, gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed przesłaniem przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177)? podjął uchwałę, że W sytuacji gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed dniem przesłania mu przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ponadto, Sąd Najwyższy wskazał, że Termin do złożenia odwołania określony w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp rozpocznie zatem swój bieg w dniu, w którym wykonawca uzyskał lub przy zachowaniu należytej staranności mógł uzyskać wiedzę o podjętych przez zamawiającego zaskarżalnych czynnościach, co do których (uprzednio) zamawiający nie

przesłał informacji (art. 182 ust. 1 ustawy Pzp). Bez znaczenia jest przy tym to, czy czynności, o których uzyskał informację wykonawca należą do kategorii czynności objętych obowiązkiem informacyjnym czy też nie. Artykuł 182 ust. 3 ustawy Pzp ma zastosowanie wobec braku aktywności informacyjnej zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do wszystkich czynności zaskarżalnych podjętych w toku postępowania przetargowego.

Zatem, początkiem biegu terminu do wniesienia odwołania w przypadku art. 515 ust. 3 ustawy Pzp jest dzień powzięcia przez wykonawcę wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania lub dzień, w którym przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. W tym miejscu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 355 § 1 KC dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przez należyta staranność rozumie się określony sposób postępowania, mający prowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec skonstruowany z reguł postępowania (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (wyrok Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02).

Dodatkowo, w stosunku do profesjonalistów, miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż zgodnie z art. 355 § 2 KC należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Zatem konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i obustronnie profesjonalnych należy brać pod uwagę to, że jego działalność ma charakter profesjonalny (zawodowy), co oznacza między innymi, że prowadzona jest stale i przynajmniej w założeniu, oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, P. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.). Za takiego profesjonalistę należy również uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, aby upewnił się, nie tylko czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, lecz również czy składając ofertę kilka dni przed upływem terminu składania ofert, termin ten nie uległ przesunięciu. Wykonawcy są bowiem zobowiązani do bieżącego monitorowania strony prowadzonego postępowania.

Podkreślić należy, że terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi (art. 515 ustawy Pzp), a ich dochowanie ma kluczowe znaczenie dla kwestionowania decyzji Zamawiającego. Z drugiej strony, tak przyjęte przez prawodawcę terminy na wniesienie odwołania (w tym przypadku 10 dni od czynności Zamawiającego) oraz ich stanowczy (prekluzyjny) charakter mają na celu sprawne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwolujący informację o zmianie terminu składania ofert, przy zachowaniu należytej staranności mógł, a nawet powinien, powziąć w dniu 28 stycznia 2022 r. Tym bardziej, że termin składania ofert został zmieniony o godzinie 14:43:52, co potwierdził operator Portalu Smart Pzp, a Odwołujący ofertę złożył po godzinie 16, czyli już po złożeniu przez Zamawiającego oświadczenia woli o zmianie terminu składania ofert. Skoro Odwołujący miał możliwość złożenia oferty 28 stycznia 2022 r., to miał również możliwość i winien, przy dochowaniu należytej staranności, zapoznać się z danymi prowadzonego postępowania na Portalu Pzp.

W tym miejscu Izba podziela stanowisko prezentowane w wyroku z dnia 20 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2822/20, dotyczącym postępowania prowadzonego z wykorzystaniem portalu Smart Pzz, uznając je za wciąż aktualne, choć zapadłe pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy, gdzie skład orzekający wskazał, że 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. Jeśli więc oświadczenie woli Zamawiającego, dotyczące zmiany terminu składania ofert w postępowaniu zostało ujawnione na stronie internetowej Zamawiającego o godz. 14:43:52 to stało się ono wiążące w momencie ujawnienia go na Platformie Smart Pzp, a Zamawiający formalnie dokonał dopuszczalnej czynności modyfikacji SWZ.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej informacje stanowiące podstawę uzasadnienia faktycznego postawionych zarzutów wniesionego w dniu 11 lutego 2022 r. odwołania, mogły być sformułowane przez Odwołującego od dnia 28 stycznia 2022 r., tj. od dnia kiedy Zamawiający zamieścił na stronie Portalu PZP, za pośrednictwem którego prowadzone jest postępowanie, informacje zmieniające termin składania i otwarcia ofert oraz termin związania ofertą. Rzeczywiście w dokumentacji postępowania próżno szukać zrzutu ekranu ze strony internetowej, na której prowadzone jest postępowanie, potwierdzającego zmianę terminu składania ofert w dniu 28 stycznia 2022 r. Izba ustaliła, że stosownie do pkt XII.1 SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami w szczególności składanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz przekazywanie informacji odbywa się wyłącznie elektronicznie za pośrednictwem Platformy Smart Pzp. Dlatego też, Izba uznała za wiarygodny dowód załączony do odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, tj. pismo z dnia 23 lutego 2022 r. od operatora Portalu Smart Pzp, w którym wskazano, że 1. W dniu 2022-01-28 o godzinie 14:43:52 został zmieniony termin składania ofert na 03-02-2022 10:00:00. Niestety wcześniejszy termin składania ofert nie jest przechowywane w bazie danych systemu. 2. Zmiana daty składania ofert automatycznie powoduje zmianę terminu związania ofertą, jednakże czynność ta nie jest logowana w bazie danych systemu. 3. Zmiany terminu składania ofert dokonał użytkownik o loginie R.G.@ppl.pl 4. Niestety w bazie danych systemu, nie przechowujemy pełnej historii zmian, a więc nie możemy przedstawić wcześniejszej wartości w danym polu, jeśli była ona zmieniona. W przedmiotowym postępowaniu, w dniu 2022-01-28 o godzinie 14:43:52 zostało do Zamawiającego wysłane powiadomienie o zmianie terminu składania ofert, na podstawie którego możemy potwierdzić, że wtedy został zmieniony ten termin. Była to jedyna zmiana terminu w tym przetargu, więc mamy pewność, że nowy termin składania ofert, to ten który widnieje aktualnie na postępowaniu. 5. W dniu 28 stycznia 2022 r. nie było żadnych problemów technicznych skutkujących brakiem dostępu do Platformy, a co za tym idzie wykonawcy mogli bez przeszkód zapoznawać się z informacjami na niej zamieszczanymi.

W ocenie Izby zarzuty, jakie w odwołaniu postawił Odwołujący, są spóźnione, bowiem są to zarzuty, które mógł zgłosić w terminie 10 dni od dnia zmiany pierwotnego terminu składania ofert. Równocześnie, jak słusznie zauważył Przystępujący, gdyby termin składania ofert, pierwotnie wyznaczony na dzień 31 stycznia 2022 r., został utrzymany, to tego dnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania winna być udostępniona informacja o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Stosownie do art. 222 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępni na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Powyższe powiela treść pkt XIII.4 SWZ, gdzie wskazano, że najpóźniej przed otwarciem ofert Zamawiający podaje na Platformie Smart Pzp informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Skoro więc informacja o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie została zamieszczona na stronie prowadzonego postępowania w dniu 31 stycznia 2022 r., Odwołujący mógł, przy zachowaniu należytej staranności, również w tym dniu powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, tj. o zmianie terminu składania ofert.

Zarzutami spóźnionymi są również zarzuty odnoszące się do odrzucenia oferty Odwołującego, zaniechania zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej oraz zaniechania odrzucenia ofert pozostałych wykonawców. Odwołujący tak naprawdę nie kwestionuje powyższych czynności samodzielnie, ale stawia zarzuty w powiązaniu z nieuprawnionym, w jego ocenie, przedłużeniem terminu składania ofert, co sam zresztą przyznaje, bowiem po pierwsze ww. zarzuty zostały postawione z ostrożności, a po drugie w treści uzasadnienia odwołania wskazano, że argumentacja w zakresie tychże zarzutów ma charakter uzupełniający i następczy.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie wniesione zostało z uchybieniem

ustawowemu terminowi określone w art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, orzekając w formie postanowienia, zgodnie z art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Pzp w zw. z §8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: