Sygn. akt KIO 217/19

WYROK

z dnia 7 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Osiecka

Członkowie: Anna Packo

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 marca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2019 r. przez wykonawcę**SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**oddala odwołanie**.

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą 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 2018 r. poz. 1986 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:……

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt KIO 217/19

U z a s a d n i e n i e

Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa, wdrożenie, utrzymanie i rozwój systemu ERP wraz z Szyną Integracyjną oraz środowiskiem utrzymaniowym usług Paas*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2018 r. pod numerem 2018/S 238 - 544008.

W dniu 7 lutego 2019 r. wykonawca Simple Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 10b w zw. z art. 10a ust. 1 i 5 w zw. z art. 86 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie przez Zamawiającego, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne nie ograniczały wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia, tj. sprawnej Platformy Zakupowej działającej prawidłowo, za pomocą której, do upływu terminu składania ofert możliwe było skuteczne złożenie oferty przez wszystkie zainteresowane podmioty, co uniemożliwiło Odwołującemu, bez jego winy, z przyczyn leżących po stronie ww.

platformy, skuteczne złożenie przygotowanej oferty w postępowaniu, pomimo, że Odwołujący dokonał wszelkich obowiązków na nim spoczywających mających na celu złożenie tej oferty przed upływem terminu składania ofert,

2.art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy brak możliwości skutecznego złożenia przez Odwołującego oferty z powodów wskazanych w zarzucie nr 1, tj. dokonania czynności jednorazowej, której nie można powtórzyć, stanowi niemożliwą do usunięcia wadę postępowania uniemożlwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wszystkich czynności dokonanych w postępowaniu oraz unieważnienie samego postępowania. Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: M. K., P. N., A. L., wszyscy na okoliczności przebiegu składania oferty przez Odwołującego oraz funkcjonowania platformy Marketplanet w dniu upływu terminu składania ofert. Następnie na posiedzeniu zmodyfikował wniosek dowodowy wnosząc jedynie o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka A. L.

Odwołujący wskazywał, że przed terminem składania ofert, tj. dnia 28 stycznia 2019 r., przed godziną 12:00, przedstawiciele Odwołującego zalogowali się do platformy Marketplanet i podjęli czynności mające na celu złożenie oferty, zgodnie ze sposobem funkcjonowania wspomnianej platformy oraz postanowieniami pkt 15 SIWZ - Opis sposobu przygotowania oferty. Dwukrotnie wypełniali niezbędne dane (pkt 15.2.3. SIWZ), załączali wymagane dokumenty i JEDZ w odpowiednich formatach (pkt 15.2.3 i 4 SIWZ) oraz przesyłali ofertę do Zamawiającego (za pomocą wyboru polecenia „złóż ofertę" wyświetlającego się na ekranie komputera). Druga próba miała miejsce o godzinie 11:50. Po drugim uruchomieniu procedury wysyłania oferty (tj. wyborze polecenia „złóż ofertę"), system platformy Marketplanet wyświetlał na ekranie komputera działanie procesu wysyłania, który nie zmieniał się aż do upływu terminu składania ofert oraz długo jeszcze po upływie tego terminu.

Odwołujący podnosił, że zalogowanie się do platformy Marketplanet z innego komputera, podczas trwającego cały czas procesu wysyłania oferty, umożliwiło uzyskanie raportu, który informował o statusie jej złożenia. W stopce raportu umieszczona została data i godzina mające oznaczać czas wygenerowania dokumentu (28.01.2019 r. godz. 11:50:10), który w rzeczywistości podaje godzinę wysłania oferty przez Odwołującego (wyboru polecenia „złóż ofertę"), a nie uzyskania raportu, który to dokument został uzyskany o godz. 11:58. Ponadto, w stopce przedmiotowego dokumentu widnieje komunikat: „Formularz oferty (niezłożonej)", mimo, że Odwołujący dokonało wszelkich niezbędnych czynności, które skutkować powinny złożeniem oferty. Co istotne, komputer, z którego złożono ofertę był na stałe podłączony do sieci internetowej, a strony internetowe były aktywne przez cały okres wysyłania oferty.

Odwołujący zaznaczał, że w świetle postanowień pkt 15 SIWZ, na czynność złożenia oferty (a więc na zakres obowiązków wykonawcy, który chce złożyć ofertę w platformie Marketplanet) składa się: zalogowanie do platformy, wypełnienie niezbędnych danych, załączenie dokumentów oraz wybór polecenia „złóż ofertę", co stanowi ostatnią możliwą do wykonania operację, po której, wskutek działania platformy, oferta powinna zostać przesłana do Zamawiającego. Wskazywał, że platforma Marketplanet nie umożliwia użytkownikom, po wypełnieniu niezbędnych danych oraz załączeniu dokumentów, wykonania odrębnych czynności zapisania, a następnie złożenia oferty. W tej sytuacji, dostępna jest jedynie polecenie „złóż ofertę", z której skorzystał Odwołujący. Innymi słowy, opcja ta, wymusza wprowadzenie wszystkich wymaganych danych i załączników, a następnie równocześnie zapisuje i udostępnia całość oferty Zamawiającemu. Zarówno Odwołujący, jak i każdy inny użytkownik platformy nie mieli zatem możliwości wyłącznie zapisania oferty bez jej złożenia w postępowaniu.

Odwołujący podkreślał także, że dopiero wybór polecenia „złóż ofertę" umożliwia użytkownikowi pobranie raportu, o którym mowa wyżej i który stanowi potwierdzenie, że użytkownik wypełnił wszystkie niezbędne dane, dodał załączniki i wybrał polecenie „złóż ofertę", a więc dokonał wszystkich wymaganych czynności mających na celu jej złożenie. Przyczyną niezłożenia przez Odwołującego, w sposób skuteczny przygotowanej w postępowaniu oferty było wadliwe działanie platformy Marketplanet - załączony raport wskazuje bowiem, że przedstawiciele Odwołującego wypełnili wszystkie niezbędne dane i załączyli konieczne dokumenty, a następnie wysłali ofertę za pomocą tej platformy, która to oferta, nie dotarła na czas do Zamawiającego. Ostatnią możliwą do wykonania operacją było użycie polecenia „złóż ofertę", którą to przedstawiciele Odwołującego wykonali przed terminem składania ofert.

Brak zapewnienia przez Zamawiającego (niezależnie od jego winy) odpowiednich narzędzi stanowi bez wątpienia naruszenie przepisów ustawy Pzp. Ogranicza to bowiem prawo wszystkich zainteresowanych

wykonawców do skutecznego złożenia swojej oferty, na przygotowanie której nierzadko czynią oni istotne nakłady, zarówno finansowe jak i osobowe. Wspomniane naruszenie, w postaci niezapewnienia odpowiednich narzędzi i urządzeń, o których mowa w art. 10b ustawy Pzp, prowadzące do uniemożliwienia złożenia oferty wszystkim zainteresowanym wykonawcom, może prowadzić do unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Otwarcie ofert złożonych w postępowaniu jest czynnością jednorazową, której nie sposób powtórzyć. Tym samym, brak jest środków prawnych, które w danym, konkretnym postępowaniu konwalidować mogą pozbawienie danego wykonawcy możliwości złożenia swojej oferty. Odwołujący zaznaczał, że przedstawione przez niego stanowisko, znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 14 stycznia 2019 r. sygn. akt 2671/18.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Przystępujący", wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismem z dnia 27 lutego 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje
na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,
w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia
o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 marca 2019 r. Izba dopuściła i przeprowadziła dowód zawnioskowany przez Odwołującego, tj. dowód z zeznań świadka Pani A. L.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i oddaliła wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania. Izba uznała, że kopia pełnomocnictwa z dnia 5 lutego 2019 r. dla Pana W. S., załączona do odwołania była wystarczającym dowodem potwierdzającym umocowanie wskazanej osoby do działania w imieniu i na rzecz Odwołującego w niniejszym postępowaniu, w szczególności w zakresie wnoszenia odwołań. W ocenie składu orzekającego przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące pełnomocnictw znajdą zastosowanie w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Przepisy te regulują pełnomocnictwo materialne, a nie procesowe, nie wskazując jednocześnie jakiejś szczególnej formy dla niego. Wyjątek stanowi w tym zakresie pełnomocnictwo ogólne, które nie znajduje odniesienia w tym przypadku – art. 99 § 2 Kc (vide: wyrok KIO z dnia 25 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1472/09).

W ocenie Izby, wystarczającym potwierdzeniem faktu, że wskazane pełnomocnictwo zostało udzielone jest kopia tego pełnomocnictwa potwierdzona przez pełnomocnika za zgodność z oryginałem, co jest ugruntowane w orzecznictwie i praktyce Izby. Przystępujący zaś nie kwestionował okoliczności, że pełnomocnictwo to nie zostało w ogóle udzielone, czy też tego, że jego zakres jest niewystarczający, lecz wyłącznie samą formę. Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż nie ma podstaw do odrzucenia odwołania, uwzględniając treść i zakres czynności wskazanych w pełnomocnictwie, a także mając na uwadze fakt, że zostało ono potwierdzone za zgodność z oryginałem przez osobę prawidłowo umocowaną.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania zapewnienia odpowiednich narzędzi wykorzystywanych do komunikacji z wykonawcami, uniemożliwiając Odwołującemu złożenie oferty, Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dostawa,

wdrożenie, utrzymanie i rozwój systemu ERP wraz z Szyną Integracyjną oraz środowiskiem utrzymaniowym usług PaaS. Zgodnie z pkt 15 *Opis sposobu przygotowania oferty* Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ":

15.1 *Wymagania podstawowe.*

15.1.1 *Każdy Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.*

15.1.2 *Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w SIWZ.*

15.1.3 *Oferta musi być podpisana przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy (Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia). Oznacza to, iż jeżeli z dokumentu(ów) określającego(ych) status prawny Wykonawcy(ów) lub pełnomocnictwa (pełnomocnictw) wynika, iż do reprezentowania Wykonawcy(ów) upoważnionych jest łącznie kilka osób dokumenty wchodzące w skład oferty muszą być podpisane przez wszystkie te osoby.*

15.1.4 *Upoważnienie osób podpisujących ofertę wynikać musi bezpośrednio z dokumentów dołączonych do oferty. Oznacza to, że jeżeli upoważnienie takie nie wynika wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny Wykonawcy (odpisu z właściwego rejestru) to do oferty należy dołączyć pełnomocnictwo wystawione przez osoby do tego upoważnione.*

15.1.5 *Wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty.*

15.1.6 *Oferta musi być sporządzona w języku polskim i mieć formę elektroniczną. Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę.*

15.2 *Forma oferty.*

15.2.1 *Ofertę wraz z załącznikami (w tym JEDZ) należy przesłać w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Oświadczenia podmiotów składających ofertę wspólnie oraz podmiotów udostępniających potencjał składane na formularzu JEDZ powinny mieć formę dokumentu elektronicznego, podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez każdego z nich w zakresie w jakim potwierdzają okoliczności, o których mowa powyżej.*

15.2.2 *Środkiem komunikacji elektronicznej, służącym złożeniu JEDZ i Oferty wraz z załącznikami przez wykonawcę, jest Platforma zakupowa Zamawiającego.*

15.2.3 *Wykonawca składa ofertę uzupełniając przygotowany przez Zamawiającego formularz dostępny na Platformie Zakupowej Zamawiającego. Następnie Wykonawca, w polu, Dokumenty", dodaje załączniki do oferty (za wyjątkiem formularza JEDZ) przy użyciu przycisku „Dodaj dokument".*

15.2.4 *Wykonawca wypełnia JEDZ, tworząc dokument elektroniczny. Wykonawca może korzystać z narzędzia ESPD dostępnego pod adresem https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter?lang=pl lub innych dostępnych narzędzi lub oprogramowania, które umożliwiają wypełnienie JEDZ i utworzenie dokumentu elektronicznego, w jednym z formatów określonych w pkt 15.2.5.*

a) *Po stworzeniu lub wygenerowaniu przez wykonawcę dokumentu elektronicznego JEDZ, Wykonawca, którego dany JEDZ dotyczy, podpisuje ww. dokument kwalifikowanym podpisem elektronicznym, wystawionym przez dostawcę kwalifikowanej usługi zaufania, będącego podmiotem świadczącym usługi certyfikacyjne podpis elektroniczny, spełniające wymogi bezpieczeństwa określone w ustawie (Ustawa z dnia 5 września 2016 r. — o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1579 ze zm.).*

b) *W przypadku podpisywania przez Wykonawcę JEDZ podpisem zewnętrznym Wykonawca spakuje pliki (podpis + JEDZ) w jedno archiwum (Zamawiający dopuszcza formaty .zip i .7z) i spakowany plik umieści na Platformie Zakupowej Zamawiającego.*

c) *Wypełnione formularze JEDZ wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia winny zostać złożone razem przez jednego z Wykonawców.*

d) *W przypadku składania JEDZ na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Wykonawca złoży formularz JEDZ w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym w jednym z formatów określonych powyżej w formie załącznika do wiadomości przesłanej za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego.*

15.2.5 *Zamawiający dopuszcza następujący format przesyłanych danych: .pdf, .doc, .docx, . rtf, .odt*[2]

15.2.6*W przypadku złożenia formularza oferty, załączników lub JEDZ w innej formie niż określona powyżej lub złożenia załączników lub JEDZ w innym formacie pliku niż określony w SIWZ Zamawiający uzna, iż Wykonawca nie złożył odpowiednio oferty, załączników lub JEDZ.*

UWAGA!

Złożenie Oferty, załączników lub JEDZ na nośniku danych (np. CD, pendrive) lub w wiadomości e-mail jest niedopuszczalne, nie stanowi bowiem jego złożenia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 18 lipca 2002 0 świadczeniu usług drogą elektroniczną.

15.2.7*Datą złożenia oferty przez Wykonawcę będzie data złożenia oferty do Zamawiającego za pośrednictwem Platformy Zakupowej (wyświetlana w polu „Podsumowanie").*

Wpierw podkreślenia wymaga, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne W myśl art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, i stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO1591/16).

Ponadto jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

W toku postępowania odwoławczego to Odwołujący jest „stroną ofensywną" i jako propagator zaskarżenia przedstawia argumenty, przemawiające za uznaniem czynności Zamawiającego jako niezgodnej z prawem i obowiązany jest niezgodność tę udowodnić. Zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. (vide: wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 9/18). Powyższa argumentacja znajduje również zastosowanie wobec zarzutu wadliwości działania systemu informatycznego uniemożliwiającego złożenie oferty.

W pierwszej kolejności abstrahując od stanu faktycznego niniejszej sprawy, należy podnieść, że Izba podziela pogląd, że co do zasady sytuacja, w której wykonawca z powodu wadliwości działania systemu informatycznego nie może złożyć oferty, jest podstawą do tego, aby zamawiający unieważnił postępowanie. Stosownie do art. 10a ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert oraz JEDZ, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W celu umożliwienia prawidłowej komunikacji, o której mowa wyżej, zgodnie z art. 10b ustawy Pzp, Zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z przepisu wynika, że postępowanie podlega unieważnieniu, jeżeli wystąpiła w nim taka wada, która powoduje, że umowa zawarta w wyniku tego postępowania, podlegałaby unieważnieniu. Przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego przewidziane zostały w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które

miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z przepisu wynika, że podstawą do unieważnienia umowy jest naruszenie przez zamawiającego przepisu ustawy Pzp w sposób, który miał lub mógł mieć wpływ na wynik postępowania, tj. na wybór oferty.

Brak możliwości złożenia oferty z przyczyn wynikających z działania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, może mieć wpływ na wynik tego postępowania, ponieważ zostaje ograniczona uczciwa konkurencja, a ponadto istnieje możliwość, że wykonawca, któremu system uniemożliwił złożenie oferty, mógłby złożyć ofertę, która mogłaby się okazać najkorzystniejsza. Tym samym w takiej sytuacji co do zasady zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Aby jednak wyżej wskazana podstawa do unieważnienia postępowania zachodziła, musi zostać wykazane, że brak możliwości złożenia oferty wynikał z wadliwości działania systemu informatycznego, czyli z przyczyn od wykonawcy niezależnych. (vide: wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2671/18).

W niniejszej sprawie Odwołujący przedstawił wraz z odwołaniem załącznik nr 6, zatytułowany „zrzut z ekranu komputera, za pomocą którego złożono ofertę, ukazujący sposób działania platformy Marketplanet po wysłaniu oferty". Z załącznika tego wynika, że przy składaniu oferty korzystano z przeglądarki Edge. Natomiast na rozprawie Odwołujący przedłożył jako dowód nr 1 wydruk przedstawiający wersję przeglądarki Internet Explorer na okoliczność, że używany przez niego sprzęt spełniał wymagania określone przez Zamawiającego, niemniej niepotwierdzający, że z tejże przeglądarki korzystano w chwili składania ofert. Na pytanie pełnomocnika Zamawiającego, skierowane do świadka, z jakiej przeglądarki w dniu 28 stycznia logował się świadek, świadek odpowiedział, iż robił to automatycznie, na początku dostał SIWZ i chyba domyślnie korzystał z przeglądarki Edge. Na pytanie zaś czy za każdym razem korzystał z tej samej przeglądarki internetowej, świadek odpowiedział, że tak. Natomiast na pytanie pełnomocnika Przystępującego, czy świadek sprawdził ustawienia w przeglądarce, świadek odpowiedział, że nie.

Zamawiający przedstawił natomiast na rozprawie m.in. pismo z dnia 8 lutego 2019 r. pt. oświadczenie spółki Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. w sprawie usterki Platformy Aukcyjnej wykorzystywanej przez Biuro Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, z której korzysta również Zamawiający, stwierdzające, że *„w związku z zastrzeżeniami dotyczącymi możliwości składania ofert w postępowaniu WP.25.00276.2018.S.W.JAWO, dokonaliśmy analizy logów z dnia 28.01.2019. Przeanalizowane logi, nie wskazują na występowanie błędów uniemożliwiających użycie podpisu elektronicznego, przy składaniu oferty. Firma Simple, zgłaszająca zastrzeżenia, zapisała swoją ofertę o godzinie 11:50, nie dokonując później żadnych odnotowanych kroków, dotyczących próby jej złożenia. Jednocześnie o godzinie 11:54, inna z firm biorących udział w postępowania, złożyła prawidłowo podpisaną ofertę. W naszym logu, oraz na dostarczonym przez wykonawcę Screanie widać, że używana była przeglądarka Edge, która oficjalnie nie jest wspierana przez dostawcę kontrolki używanej do podpisu firmy KIR Zarejestrowane zostało to w logach systemu: Mozilla/5.0 (Windows NT 10.0; Win64; x64) AppleWebKit/537.36 (KHTML, like Gecko) Chrome/64.O.3282.140 Safari/537.36 Edge/17.17134. Wykonawca nie kontaktował się z naszym wsparciem."*

Dodatkowo, Zamawiający przedstawił pismo z Marketplanet z dnia 1 marca 2019 r., adresowane do Odwołującego, w którym wskazano, że *w dniu 28 stycznia 2019 r. Platforma Zakupowa działała prawidłowo. W tym czasie nie wystąpiły błędy w działaniu systemu, a w szczególności błędy, które mogłyby zakłócić proces składania ofert.* Następnie Zamawiający przedłożył pisma z Krajowej Izby Rozliczeniowej, gdzie w piśmie z dnia 10 września 2018 r. stwierdzono, że *Komponenty programistyczne Szafir SDK działają obecnie w najpopularniejszych przeglądarkach, tj. w Internet Explorer, Google Chrome, Mozilla Firefox, czy Opera. Dołączenie obsługi przeglądarki Microsoft Edge, z uwagi na mały odsetek klientów z niej korzystających zostało przez nas zaplanowane w późniejszym terminie. W zakresie rozwoju tego produktu mamy obecnie przyjęte, że dostosowanie współpracy z przeglądarką Microsoft Edge nastąpi do dnia 25 lutego 2019 r.*

Dalej, w piśmie z dnia 27 lutego 2019 r. Krajowa Izba Rozliczeniowa podnosi, że *W odpowiedzi do Państwa zapytania i zgodnie z przekazywaną operacyjnie informacją na dzisiaj Szafir SDK nie obsługuje przeglądarki Microsoft Edge z uwagi na fakt, iż producent przeglądarki firma Microsoft nie wspiera obsługi rozszerzeń do przeglądarek. Wychodząc naprzeciw Państwa potrzebą miło mi Pana poinformować iż na początek kwietnia planujemy udostępnienie nowej wersji Szafir SDK, która będzie zapewniała możliwość składania podpisów. Niezwłocznie po udostępnieniu nowej wersji Szafir SDK przekażemy do Państwa informację. Jednocześnie pozwolę sobie zwrócić uwagę, iż według potwierdzonych z firmą Microsoft Polska informacji firma Microsoft rozważa przebudową przedmiotowej przeglądarki MS Edge i bierze po uwagę wykorzystanie sinika istniejącego rozwiązania tj. Chromium engine co w konsekwencji będzie powodowało konieczność analizy i przebudowy naszych rozwiązań pod to rozwiązanie.*

Zamawiający przedłożył również Regulamin korzystania z Marketplanet OnePlace, gdzie w §4 ust.5 wyszczególniono wymagania techniczne urządzeń informatycznych w celu korzystania z Marketplanet Oneplace oraz

platform powiązanych z Marketplanet OnePlace pod kątem składania ofert i brania udziału w aukcjach elektronicznych z wykorzystaniem kwalifikowanego podpisu elektronicznego, w tym w lit. b) podano wymogi związane z przeglądarką, tj. *przeglądarka MS Internet Explorer lub Firefox w wersji wpieranej przez producenta oraz zainstalowana Java w wersji 1.8.0_144 lub nowszej, pozwalające na przyjmowanie przez użytkownika sesyjnych plików cookie oraz obsługująca szyfrowanie. Konieczne jest dodanie adresu witryny Platformy Zakupowej do wyjątków (exception site list) w Javie, co wymaga uprawnień administracyjnych na komputerze.*

Zamawiający przedłożył też zestawienie zawierające imię, nazwisko, login, datę logowania oraz przeglądarkę, z której korzystano potwierdzające, że korzystano nie tylko z przeglądarki Chrome i Internet Explorer, ale także z Edge. Następnie przedłożono korespondencję z Biurem Zamówień Publicznych, gdzie wskazano, że*wykonawca Simple nie kontaktował się z Zamawiającym w celu zgłoszenia problemów technicznych przy składaniu oferty przed upływem terminu składania ofert. Około godziny 12:05 zadzwoniła do mnie przedstawicielka Simple pytając czy ich oferta jest widoczna w systemie.*

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał za pomocą przedstawionych przez siebie dowodów, że niemożność złożenia przez niego oferty leżała po stronie Zamawiającego, korzystającego z platformy Marketplanet, i nie wynikała np. z wadliwości podejmowanych przez niego samego czynności.

Po pierwsze, należy zauważyć, że z informacji pochodzących od Marketplanet wynika, że w dniu 28 stycznia 2019 r. nie wystąpiły błędy w działaniu systemu, co potwierdza również pismo adresowane do Odwołującego, a przedłożone jedynie przez Zamawiającego. Jak słusznie podnosił Przystępujący, jemu oraz drugiemu wykonawcy udało się skutecznie złożyć oferty. Co więcej, Przystępujący złożył ofertę o godzinie 11:54 (zgodnie z informacją z otwarcia ofert) poprzez platformę Marketplanet., tj. w zbliżonym czasie, w którym Odwołujący próbował złożyć ofertę. Nadto, Przystępujący oświadczył że nie miał żadnych trudności z zalogowaniem się do platformy, załączeniem dokumentów, podpisem, wygenerowaniem raportu, sporządzeniem wersji roboczej dokumentu na platformie, jak również wysłaniem za jej pośrednictwem - oferty. Wcześniej zaś, o godzinie 11:15 ofertę złożył inny wykonawca - spółka Hicron Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Zatem fakt złożenia oferty przez dwa różne podmioty, w podobnym czasie, w którym Odwołujący próbował złożyć ofertę przeczy twierdzeniom, że w dniu 28 stycznia 2019 r. przed godziną 12:00 platforma Marketplanet działała wadliwie. Co więcej, z zestawienia logów aplikacji wynika, że Odwołujący był aktywny na platformie w dniu 28 stycznia 2019 r. od godz. 9:13 do godz. 11:55.

Po drugie, ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że Odwołujący używał przeglądarki Edge, która nie jest przewidziana w Regulaminie korzystania z Marketplanet OnePlace i nie obsługuje aplikacji Szafir. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, znajdującymi się w odpowiedzi na odwołanie wykonawca, który chce wziąć udział w postępowaniu i złożyć ofertę powinien:

1. *Utworzyć konto na One Place, w tym zapoznać się i zaakceptować Regulamin, o ile wcześniej go nie posiadał,*
2. *Zalogować się,*
3. *Wybrać postępowanie, którym jest zainteresowany, a następnie kliknąć „Przejdź do formularza ofertowego". Nastąpi przekierowanie na Platformę Zakupową Zamawiającego, do konkretnego postępowania,*

   4. *Wykonawca może przystąpić do postępowania, klikając „Przystąp do postępowania" lub pobierać i przeglądać zamieszczoną dokumentację. Każdy, nawet nie posiadający konta na OnePlace czy niezalogowany, może przeglądać i pobierać dokumentację postępowania.*

   5. *Po kliknięciu „Przystąp do postępowania", następuje przekierowanie do formularza oferty, w którym wykonawca widzi informacje ile czasu pozostało do końca (terminu składania ofert), dane do w) pełnienia przez wykonawcę: Oferta składana przez konsorcjum, Czy Wykonawca mieści się w grupie małych i średnich przedsiębiorstw?, Ilość wymaganych podpisów (elektronicznych), Załączniki JEDZ z możliwością dodawania plików, Ilość podwykonawców na części, Pozostałe informacje żądane od Dostawcy przez zamawiającego, Lista pozycji wraz z cenami, dokumenty z możliwością dołączania plików. Po uzupełnieniu pól Wykonawca powinien kliknąć „złóż ofertę". Platforma Zakupowa, w przypadku korzystania przez Wykonawcę z oprogramowania oraz sprzętu zgodnego z wymaganiami Regulaminu poprosi o potwierdzenie: „Potwierdzam, że zapoznałem się z dokumentami zamówienia i chcę złożyć ofertę", co należy potwierdzić albo anulować.*

   6. *Otworzy się aplikacja Szafir SDK do złożenia przez wykonawcę kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Po prawidłowym złożeniu podpisu, wykonawca otrzyma informację o prawidłowym złożeniu podpisu i powinien kliknąć „Zakończ". Okno Szafir SDK zamknie się. Po dokonaniu tych czynności oferta została złożona.*

7. *Wykonawca widzi Platformę Zakupową, na której powinien otrzymać powiadomienie w formie okienka o prawidłowym*

złożeniu oferty. W ofercie, na dole strony, Wykonawca widzi informacje: oferta złożona, kiedy i o której godzinie. Wykonawca może również wygenerować raport dotyczący złożonej oferty, z którego Wykonawca może uzyskać informację o fakcie złożenia podpisu oraz o osobach, które podpisały ofertę.

Skoro Odwołujący posiadał konto na platformie i zaakceptował jego regulamin, winien dla skutecznego i prawidłowego jej użytkowania korzystać jedynie z dopuszczonych tymże regulaminem przeglądarek. Tym bardziej, że zgodnie z §5 ust. 6 regulaminu warunkiem dokonania aktywacji loginu jest potwierdzenie przez użytkownika, że zapoznał się z treścią regulaminu oraz że akceptuje jego postanowienia. Dodatkowo, złożenie oferty wymaga złożenia przez wykonawcę kwalifikowanego podpisu elektronicznego, czego nie można było zrobić na poziomie przeglądarki Edge, używanej przez Odwołującego.

Należy również wskazać, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący wykazali, że Platforma Zakupowa pozwala na zapisywanie oferty, bez jej składania. Platforma Martekplanet umożliwia użytkownikom, po wypełnieniu niezbędnych danych oraz załączeniu dokumentów, zapisanie oferty. Przystępujący oświadczył (przedkładając równolegle stosowne wydruki z platformy oraz wydruki raportu), iż skompletował wszystkie dokumenty niezbędne do złożenia oferty, wypełnił odpowiednie pola oraz zapisał powyższe (jako dokument roboczy) o godzinie 11:49. Następnie o godzinie 11:54 złożył ofertę w postępowaniu. Oznacza to, że system nie wymusza, jak twierdził Odwołujący, wprowadzenia wszystkich danych i załączników, a następnie udostępnienia całości oferty Zamawiającemu. Tym samym nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że inni wykonawcy nie mieli możliwości zapisania oferty bez jej złożenia w postępowaniu. Dodatkowo Przystępujący wykazał, że wygenerowanie raportu jest możliwie zarówno na etapie wygenerowania dokumentu roboczego, jak również na etapie dokumentu finalnego.

Odwołujący podnosił również na rozprawie, że system był obarczony większą liczbą błędów, na dowód czego przedłożył wydruk z korespondencji mailowej dotyczący zapytania do przedmiotowego postępowania, gdzie wskazano jako datę „poniedziałek, 26 listopada 2018". Odwołujący wskazywał, że dowód ten z jednej strony potwierdza, że Odwołujący był w stanie funkcjonować w tym systemie, z drugiej strony, że Zamawiający nie zapewnił odpowiedniego narzędzia, a system posiadał wadę, bowiem pytanie zostało złożone w styczniu 2019 r., natomiast, zgodnie z przedstawionym wydrukiem, potwierdzenie złożenia pytania wskazuje na dzień 26 listopada 2018 r., czyli datę, kiedy przedmiotowe postępowanie nie było jeszcze wszczęte. Izba podziela argumentację Zamawiającego w tym zakresie, że Zamawiający nie miał wpływu na zarejestrowaną na wydruku datę, bowiem datę może nadawać system klienta.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał w niniejszym postępowaniu odwoławczym, że przyczyny niemożności złożenia przez niego oferty wynikały ze sposobu działania używanej przez Zamawiającego platformy Marketplanet. W szczególności, w świetle dowodów przedstawionych przez Zamawiającego, nie można stwierdzić, że działanie platformy w dniu 28 stycznia 2019 r. przed godziną 12:00 uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty oraz że ww. platforma w ogóle działała wadliwie w tym czasie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku
na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy
§ 3 i § 5 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. poz. 972).

Przewodniczący:……..

Członkowie: ……..

……..