Sygn. akt KIO 268/19

WYROK

z dnia 4 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Packo

Protokolant:Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2019 r. przez wykonawcę

Media Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje Komendzie Głównej Policjiunieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 2.
na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2.kosztami postępowania obciąża Komendę Główną Policji i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Media Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od Komendy Głównej Policjina rzecz Media Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 750 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..…

Sygn. akt: KIO 268/19

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

Zamawiający – Komenda Główna Policji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup stanowisk badawczych z zakresu badań informatycznych na potrzeby laboratoriów kryminalistycznych jednostek Policji, w ramach dwóch zadań: zadanie nr 1 – dostawa 17 komputerowych stanowisk badawczych; zadanie nr 2 – dostawa specjalistycznego oprogramowania do stanowisk badawczych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 stycznia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 015-030564. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący – Media Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. wadliwe przygotowanie postępowania polegające na udostępnieniu wykonawcom narzędzia do komunikacji elektronicznej zawierającego liczne błędy prowadzące do dyskryminacji i ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia, polegające na: braku pola wyboru w formularzu ofertowym, braku możliwości załadowania załącznika z ofertą, blokowaniu możliwości złożenia oferty poprzez komunikat o żądaniu zainstalowania KIR pomimo prawidłowej instalacji, braku możliwości zalogowania mimo wpisywanego poprawnego hasła,
2. zaniechanie polegające na nieuwzględnieniu wiadomości przesłanej przez Odwołującego, zgodnie z postanowieniami specyfikacji, w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział inny sposób komunikacji niż przy użyciu platformy,
3. opublikowanie informacji z otwarcia ofert w zakresie firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji, warunków płatności z pominięciem oferty Odwołującego,

co stanowi naruszenie:

1. art. 10a i 10b w związku z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe przygotowanie postępowania w sposób utrudniający wykonawcom dostęp do zamówienia, poprzez udostępnienie narzędzi do komunikacji, zawierających liczne usterki i błędy mające wpływ na krąg wykonawców,
2. art. 10a i 10b w związku z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przygotowanie postępowania i narzędzi

do komunikacji elektronicznej w sposób utrudniający Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu z uwagi na liczne błędy i usterki platformy, podczas czy Odwołujący postępował zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, regulaminem platformy oraz instrukcjami dla wykonawców,
3. art. 10a w związku z art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuwzględnienie wskazanego w specyfikacji sposobu porozumiewania się Zamawiającego
z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział sposób komunikacji inny niż przy użyciu udostępnionego narzędzia do komunikacji elektronicznej i nieuwzględnienie wiadomości e-mail Odwołującego przesłanej zgodnie z postanowieniami specyfikacji,
4. art. 86 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opublikowanie na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert z pominięciem informacji o ofercie Odwołującego.
Odwołujący wniósł uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród wszystkich złożonych ofert i która jako jedyna mieści się w kwocie, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że termin składania ofert został wyznaczony na 4 lutego 2019 r. na godzinę 11:00. W tym dniu (4 lutego 2019 r.) wykonawcy, w tym Odwołujący, napotkali liczne problemy związane z możliwością przesłania oferty za pośrednictwem platformy udostępnionej przez Zamawiającego, co skutkowało zmianą postanowień specyfikacji i przedłużeniem terminu do składania ofert o godzinę.
W trakcie składania oferty za pośrednictwem platformy Odwołujący napotkał problemy utrudniające mu proces złożenia oferty, a polegające przede wszystkim na: braku pola wyboru w formularzu ofertowym, braku możliwości załadowania załącznika z ofertą, blokowaniu możliwości złożenia oferty poprzez komunikat o żądaniu zainstalowania KIR, pomimo prawidłowej instalacji, braku możliwości zalogowania mimo wpisywanego poprawnego hasła.
Odwołujący postępował zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział XI pkt 12 „Ogólne zasady korzystania z platformy") oraz na zasadach
i w zakresie wskazanym w „Instrukcji dla wykonawcy". Odwołujący posługiwał się sprzętem zgodnym z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w punkcie 12. Pomimo dokonywania wszelkich czynności zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz instrukcją platforma generowała kolejne błędy i usterki, co utrudniało Odwołującemu złożenie oferty
w postępowaniu.
Usterki te zostały niezwłocznie zgłoszone Zamawiającemu i z dużą dozą prawdopodobieństwa należy stwierdzić, że właśnie zgłoszenia uczestników postępowania spowodowały przedłużenie terminu składania ofert o godzinę. Odwołujący również kontaktował się bezpośrednio z Zamawiającym i zgłaszał problemy techniczne, które występowały na platformie, co potwierdza raport z połączeń telefonicznych oraz korespondencja e-mail.
Odwołujący nie był przy tym jedynym wykonawcą, który napotkał duże problemy techniczne na platformie. Co najmniej trzech innych wykonawców również doświadczyło problemów istotnie utrudniających złożenie oferty, co potwierdza oświadczenie MBA System Sp. z o.o.
i oświadczenie CEZAR C.M. i P.G. Sp. z o.o. oraz oświadczenie QMC.
Pomimo usilnych prób złożenia oferty za pośrednictwem platformy, kolejnych zmian stanowiska komputerowego oraz przeglądarki, błędy w dalszym ciągu występowały. Nawet korzystając z innego urządzenia Odwołujący używał narzędzi i urządzeń zgodnych
z wymaganiami technicznymi określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Pomimo występujących błędów po ogłoszeniu informacji z otwarcia ofert okazało się, że oferta Odwołującego nie została wskazana jako złożona dla zadania nr 2. Zamawiający opublikował natomiast firmy wykonawców, którzy doświadczyli takich samych trudności jak Odwołujący, a mimo tego doszło do złożenia oferty za pośrednictwem platformy. Wykonawca MBA System Sp. z o.o. otrzymał z platformy komunikat tożsamy z komunikatem, jaki wyświetlił się Odwołującemu, tj. status „ofertę załączono, ale nie złożono", a mimo tego ta oferta dotarła do adresata za pośrednictwem platformy.
W obliczu narastających trudności z przesłaniem oferty za pośrednictwem platformy
i zbliżającego się upływu terminu składania ofert Odwołujący przesłał na wskazany adres korespondencyjny ofertę wraz z wygenerowanym raportem. Podkreślił, że przesłana oferta spełniała wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia i była podpisana podpisem elektronicznym. Odwołujący nie dysponuje wiedzą, w jaki sposób uczestnicy postępowania, których oferty zostały złożone, ominęli błędy platformy, ale jak wynika ze złożonych przez nich oświadczeń, napotkali oni na takie same problemy co Odwołujący. Pomimo interwencji w dalszym ciągu nie jest Odwołującemu wiadome, dlaczego jego oferta nie została przez Zamawiającego podana w informacji z otwarcia, podczas gdy oferty innych wykonawców, który również borykali się z technicznymi usterkami platformy, zostały

uwzględnione.
Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił sposób komunikacji
w przypadku awarii platformy: w punkcie II.3 wskazano, że w przypadku awarii platformy Zamawiający może również komunikować się z wykonawcami za pomocą poczty elektronicznej na wskazany adres. Również w punkcie VIII.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazano, że w przypadku awarii właściwy jest adres poczty elektronicznej i w tym przypadku za datę wpływu przyjmuje się datę dostarczenia wiadomości na adres
e-mail Zamawiającego.
Mając na względzie powyższe postanowienia Odwołujący przed terminem składania ofert przesłał Zamawiającemu ofertę wraz z wszystkimi załącznikami – zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podpisane elektronicznie:
Niezależnie od tego, w jaki sposób pozostałym wykonawcom udało się ominąć problemy na platformie, o których oświadczają, zachwiane zostały podstawowe zasady prowadzenia przetargów, w tym w szczególności zasady narzucające profesjonalną i transparentną organizację procedury przetargowej. Wyrazić należy przekonanie, iż nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której uczestniczy przetargu zgadują, w jaki sposób wysłać dokumenty albo takiej informacji nie podaje się publicznie pomimo zgłoszeń i interwencji. Platforma do składania zamówień utrudniała złożenie oferty, co prowadziło do dyskryminacji wykonawców, gdyż przy tożsamych problemach część ofert została przesłana przez platformę, a część nie.
Wskazane uchybienia naruszyły przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, o których mowa w petitum odwołania. Artykuł 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jest naczelną dyrektywą, do której stosować się mają zamawiający. Przepis ten narzuca, by wszystkie wymagania, które Zamawiający bierze pod uwagę przy rozstrzyganiu przetargu, były znane wykonawcom oraz by zapewniono im równe warunki uczestnictwa w przetargu. W wyroku KIO 2055/13 wprost wskazano, że „kierując się przede wszystkim celem postępowania
o udzielenie zamówienia, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy
o zamówienie, nie uważa się za dopuszczalną sytuacji, w której to wykonawca, którego dotyczy wadliwość aukcji, miałby być karany za brak należytego przygotowania aukcji przez zamawiającego".
Na tle niniejszej sprawy w sposób ewidentny doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, bowiem Odwołującemu utrudniono złożenie oferty za pośrednictwem platformy, a narzędzia udostępnione przez Zamawiającego mające służyć komunikacji elektronicznej były wadliwe.
Niezależnie od powyższego sposób przeprowadzenia przetargu naruszył również zasady opisane w art. 10a i 10b ustawy Prawo zamówień publicznych. Oba te przepisy należy interpretować łączne jako uszczegóławiające zasady partycypacji w przetargu za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Artykuł 10b ustawy nakazuje, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do przetargu. W niniejszym postępowaniu takich wymogów Zamawiający nie dochował, bowiem poprzez nieprawidłowe przygotowanie warunków przetargowych (kolejne błędy i braki na platformie, które występowały pomimo działania zgodnie z instrukcją i wymaganiami technicznymi) pozbawiono Odwołującego możliwości złożenia oferty za pośrednictwem platformy. Nie zmienia tego faktu okoliczność, że innymi uczestnikom udało się złożyć oferty mimo oczywistych uchybień – warunki przetargu (w tym warunki techniczne) nie mogą pozostawiać wątpliwości co do tego, jak należy postępować, by zostały one spełnione. W niniejszym postępowaniu niejasności co do tego, jak złożyć prawidłowo ofertę, nie rozwiano ani nawet nie próbowano ich usunąć. Nawet po licznych interwencjach, nie tylko Odwołującego, ale także pozostałych wykonawców, usterki dalej występowały. Zamawiający, pomimo przedłużenia terminu do składania ofert, nie doprowadził do prawidłowego działania platformy. W tym stanie rzeczy Zamawiający nie mógł nie uwzględnić oferty Odwołującego, która została przesłana w sposób przewidziany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt II.3 i VIII.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Podkreślić przy tym należy, że przesłana przez Odwołującego oferta jest prawidłowa i spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza w najnowszym orzecznictwie wskazała, że dopuszczalne jest złożenie oferty zeskanowanej i podpisanej bezpiecznym podpisem elektronicznym. W wyroku KIO 119/19, uznano że złożenie oferty
w postaci skanu oferty podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie stanowi podstawy do jej odrzucenia. Podobnie w wyroku KIO 2658/18 wskazano, że wykonawca miał pobrać formularz oferty i wypełnić formularz inaczej niż na platformie i dopiero w takiej formie opatrzyć podpisem elektronicznym.
Wskazać należy, że zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, jeżeli mówimy
o środkach komunikacji elektronicznej – należy przez to rozumieć środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Są to zatem 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 poczta elektroniczna. Wynika z tego, że do porozumiewania się w postępowaniu zamawiający może wybrać komunikację przy użyciu poczty elektronicznej. Przy czym 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 o udzielenie zamówienia.

Konsekwencją powyższych uchybień było utrudnienie Odwołującemu złożenia oferty za pośrednictwem platformy, przez co doszło do naruszenia art. 10a i 10b ustawy Prawo zamówień publicznych i w efekcie doprowadziło do tego, iż Zamawiający dokonał błędnego ogłoszenia informacji z otwarcia ofert, w której nie widnieje firma Odwołującego.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zaprzeczył, jakoby wystąpiły po jego stronie okoliczności uniemożliwiające Odwołującemu złożenie oferty. Według Zamawiającego Odwołujący nieprawidłowo z formalnego punktu widzenia postawił zarzuty, ponieważ: 1) art. 86 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych mówi o tym, co ma zawierać informacja na stronie internetowej dotycząca otwarcia ofert;

2) art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych mówi o tym, co powinna zawierać specyfikacja i jeżeli w specyfikacji jakichś informacji nie było lub były nieprawidłowe, termin na odwołanie liczy się od publikacji specyfikacji, zatem już upłynął; 3) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest przepisem dotyczącym ogólnych zasad, co do których stwierdzono w orzecznictwie, iż nie mogą stanowić samodzielnej podstawy odwołania;

4) art. 10a ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera pięć ustępów oraz punkty, do których Odwołujący się nie odniósł, podczas gdy zarzut powinien wskazywać konkretną podstawę prawną; 5) art. 10b ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy narzędzi, które mają być zgodne z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych – jakie narzędzia Zamawiający stosuje, było wiadome od początku, korzysta z niego wielu Zamawiających.

Podkreślił, iż czym innym jest komunikacja z Zamawiającym, a czym innym złożenie oferty. Sposób złożenia oferty przez Odwołującego nie spełnia warunków, które dla oferty zostały przewidziane. Poza tym sposób komunikacji, o którym mowa w rozdziale II pkt 3 i rozdziale VIII pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczy komunikacji Zamawiającego z wykonawcami, a nie wykonawców z Zamawiającym. W rozdziale XI pkt 12 ppkt 12.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że w przypadku awarii platformy należy kontaktować się z dostawcą platformy. Podkreślił, że zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar dowodowy, iż platforma nieprawidłowo działała, spoczywa na Odwołującym. W postępowaniu zostało złożonych siedem ofert, z czego sześć tego samego dnia, w godzinach między 10.45 a 11.49 (przedłużony termin składania ofert upływał o godz. 12.00). Spośród owych siedmiu oferentów, jeden złożył ofertę dla zadania nr 2 (nie był to Odwołujący), natomiast pozostałych sześciu dla zadania nr 1, ale dla obu zadań przewidziano jeden plik, za pomocą którego składano oferty.

Zamawiający nie wie, dlaczego i czy wystąpiły błędy, o których mówi Odwołujący. Skontaktował się z dostawcą platformy, który wskazał, iż nie było błędów po jego stronie, co potwierdza jego oświadczenie, z którego wynika, że Odwołujący podpisał ofertę

w postępowaniu, ale jej nie złożył, przy czym jeden z przedstawicieli Odwołującego skontaktował się dostawcą platformy i został poinformowany, co należy zweryfikować oraz zainstalować, aby złożyć podpis i następnie już nie zgłaszał kolejnych problemów. Jedyny moment, kiedy złożenie oferty nie było możliwe, to w chwili modyfikacji postępowania wynikającej z przedłużenia terminu składania ofert. Przedłużenie terminu składania ofert nastąpiło na wniosek Odwołującego i cała operacja, w trakcie której nie można było złożyć oferty, trwała około dwóch minut, tj. około godz. 10:32.

E-mail z ofertą, do którego odnosi się Odwołujący, otrzymał o godz. 12.01, a więc po terminie składania ofert, który upłynął o godz. 12.00, co potwierdza korespondencja

e-mailowa. Do e-maila został dołączony formularz pobrany z platformy zakupowej.

Wyjaśnił, iż plik przesłany e-mailem z godz. 10:32 był zaszyfrowany, a Zamawiający nie otrzymał kodu do jego odszyfrowania, natomiast pliki otrzymane o godz. 12:01 nie były zaszyfrowane.

Zamawiający stwierdził, iż oferta wysłana e-mailem nie jest dla niego ofertą i nie podlega badaniu i ocenie, nie weryfikował, czy plik został prawidłowo podpisany.

Formularz z otwarcia ofert został sporządzony automatycznie przez platformę

i zamieszczony na stronie internetowej. Przez platformę nie można złożyć oferty po terminie, ponieważ jest ona przez platformę automatycznie blokowana.

Sytuację, w której znalazł się Odwołujący, można przyrównać do sytuacji, w której dany wykonawca złożył ofertę w

innym miejscu, niż wskazane przez Zamawiającego.
Zamawiający przedstawił wydruk print screenu z platformy świadczący o tym, że o godz. 10:42 zmiana terminu już została wprowadzona i możliwe było wprowadzenie ofert.
Z przedstawionego przez Odwołującego dokumentu (print screenu z platformy) wynika, że problem z wypełnieniem ceny w wersie „Nazwa" mógł wynikać z faktu, iż Odwołujący nie uzupełnił wersu „Dokumenty" – nie zostatał on na tym wydruku rozwinięty, natomiast z uwagi zawartej wers wcześniej wynika, że formularz ofertowy generowany jest automatycznie po uzupełnieniu elektronicznego formularza znajdującego się w sekcji „Dokumenty". Gdyby zostało to uzupełnione prawidłowo, Odwołującemu wygenerowałby się dokument, jaki został załączony do wiadomości otrzymanej przez Zamawiającego o 12:01.
Być może złożenie oferty, czy obsługa platformy mogła sprawiać Odwołującemu trudności, ponieważ platforma jest nowa, nie oznacza to jednak błędu platformy.
III Ustalenia Izby
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z oświadczeniem Odwołującego odwołanie dotyczy wyłącznie części drugiej zamówienia (zadania nr 2).
Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Przywołany przez Odwołującego w ramach postawionych zarzutów, art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera podstawową zasadę udzielania zamówień. Wynika
z niego, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
Zgodnie z art. 10a ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE orazdyrektywy 2014/25/UE odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (ust. 1); zamawiający może ustalić sposób przedstawienia informacji zawartych w ofercie w postaci katalogu elektronicznego lub dołączenia katalogu elektronicznego do oferty albo może dopuścić taką możliwość (ust. 2); zamawiający wskazuje na wymóg albo możliwość, o których mowa w ust. 2, w: 1) ogłoszeniu
o zamówieniu; 2) zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania; zaproszeniu do składania ofert lub do negocjacji w przypadku, gdy zamieszczenie ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców stanowi zaproszenie do ubiegania się o zamówienie (ust. 3); zamawiający wskazuje w dokumentach, o których mowa w ust. 3, niezbędne informacje dotyczące formatu, parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz technicznych warunków i specyfikacji połączenia dotyczących katalogu elektronicznego
(ust. 4). Oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie,
o którym mowa w , w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym (ust. 5).
Z kolei, zgodnie z art. 10b ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 o udzielenie zamówienia.
Z dyspozycji art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, jeżeli zamawiający, w sytuacjach określonych w art. 10c-10e, przewiduje inny sposób porozumiewania się niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami.
Art. 86 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące: 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; 2) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie; 3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji

i warunków płatności zawartych w ofertach.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania badania i oceny ofert
z uwzględnieniem jego oferty oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród wszystkich złożonych.
Żądanie to nie może zostać spełnione ze względu na to, że – abstrahując od kwestii, czy
w przypadku stwierdzonych trudności w korzystaniu z platformy oferta mogła być zamiennie złożona za pośrednictwem poczty elektronicznej, które to rozważania są bezprzedmiotowe
w zaistniałym stanie faktycznym – oferta Odwołującego przesłana poczta elektroniczna nie została złożona w terminie. Jak wynika natomiast z art. 84 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty złożonej po terminie się nie rozpatruje, lecz podlega ona zwrotowi.
Termin składania ofert upłynął 4 lutego 2019 r. o godzinie 12.00. Odwołujący, co nie było sporne, przesłał ofertę pocztą elektroniczną dwukrotnie: o godzinie 10.32 oraz o godzinie 12.01. Oferta otrzymana przez Zamawiającego o godzinie 12.01 była ofertą złożoną po terminie, zatem nie mogła być brana pod uwagę. Natomiast oferta (a dokładniej: plik, który został przesłany Zamawiającemu w tym czasie, ponieważ nie stwierdzono, jaką treść
w rzeczywistości zawierał) przesłana o godzinie 10.32 została złożona w postaci zaszyfrowanego pliku, do którego, jak oświadczył Zamawiający, nie otrzymał on klucza pozwalającego na jego deszyfrację (Odwołujący nie dowiódł przekazania tego klucza). Tym samym, wobec braku możliwości zapoznania się z treścią złożonego pliku, również ta oferta nie mogła być brana pod uwagę.
Zgodnie z art. 60 Kodeksu cywilnego, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, 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). Jak stanowi art. 61 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią (§ 1), natomiast oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią (§ 2).
Plik zaszyfrowany (bez przekazania klucza pozwalającego na jego odszyfrowanie), to plik,
z którego treścią odbiorca nie może się zapoznać, zatem, jak wskazano powyżej, w ogóle nie może stwierdzić, jaka jest treść tam zawarta. Tak więc – na gruncie przywołanych powyżej przepisów – trudno go uznać za złożenie oświadczenia woli, gdyż nie wyraża
w sposób czytelny woli składającego, a także nie został doręczony innej osobie w taki sposób, by mogła się z nim zapoznać. W konsekwencji oferta złożona o godzinie 10.32 nie może w ogóle zostać uznana za złożoną.
Jak wynika z dyspozycji art. 86 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych informacja zamieszczana po otwarciu ofert – w ramach treści obowiązkowej – odnosi się do firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie, zatem nieumieszczenie przez zamawiającego innych informacji nie narusza ww. przepisu.
Przywołany w odwołaniu art. 10a ustawy Prawo zamówień publicznych nie dotyczy przedmiotu sporu.
Natomiast zaistniałą sytuację należy rozważyć pod kątem naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 10b ustawy Prawo zamówień publicznych.
Art. 10b ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi jeden ze sposobów realizacji wymogu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. zgodnie z tym przepisem zamawiający ma zapewnić, aby narzędzia wykorzystywane do komunikacji
z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej były niedyskryminujące i nie ograniczały wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia – w tym
w szczególności składania ofert.
Nie ulega wątpliwości, że nadmierne utrudnienie, czy wręcz uniemożliwienie wykonawcy złożenia oferty, narusza istotę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i stanowi poważną wadę postępowania. Nie musi być to przy tym celowe działanie ze strony zamawiającego ani okoliczność od niego zależna – może wynikać właśnie z powodów technicznych, jak w niniejszej sprawie. Przy czym „kwestie techniczne” nie dotyczą jedynie awarii urządzenia, którym posługuje się zamawiający, lecz mogą także wynikać np.
z przejściowych błędów oprogramowania, zbyt dużej liczby uczestników jednocześnie korzystających z platformy itp. Istotny jest tu efekt w postaci niemożności złożenia oferty.
Zamawiający wymagał złożenia ofert za pośrednictwem konkretnej platformy zakupowej. Jak wynika z przedstawionych dokumentów oraz oświadczeń, Odwołujący doznał trudności
w złożeniu oferty za pośrednictwem ww. platformy, których nie zdołał przezwyciężyć, a które zgłaszał Zamawiającemu oraz operatorowi platformy. Co więcej, jak wynika
z przedstawionych przez niego oświadczeń innych wykonawców – MBA System Sp. z o.o.
i CEZAR C.M. i P.G. Sp. z o.o. również ci wykonawcy „zaznali szeregu technicznych problemów, które uniemożliwiały

poprawne złożenie oferty, a w późniejszej fazie błędnie informowały o statusie oferty" i „napotkali bardzo istotne problemy techniczne, które ewidentnie leżały po stronie Zamawiającego. Problemy techniczne polegały na niemożliwości poprawnego złożenia oferty, mimo spełnienia wszelkich warunków przedstawionych w XII rozdziale SIWZ oraz postępowania zgodnie z instrukcją platformy"
i dopiero dokonanie wielokrotnych prób pozwoliło na złożenie oferty.
Również inny wykonawca – ARKUS M.W.-M. i A.M. s.c. 4 lutego 2019 r. o godz. 9.56 przesłał Zamawiającemu wiadomość o braku możliwości złożenia oferty ze względu na to, że platforma przestała działać.
Powyższe oświadczenia potwierdzają stanowisko Odwołującego, że trudności ze złożeniem oferty nie wynikały z przyczyn dotyczących wyłącznie jego. Przy czym fakt, że innym wykonawcom udało się te trudności pokonać (co – jak wynika z oświadczeń – nie musiało wynikać z ich szczególnych działań, lecz z tego, że to platforma wreszcie „zadziałała"), nie oznacza, że nastąpiło to w stosunku do wszystkich zainteresowanych wykonawców.
Izba nie stwierdziła również podstaw do zanegowania ww. oświadczeń wykonawców, gdyż nie znalazła przyczyny – nie wskazał jej również Zamawiający – dla której mieliłby oni oświadczyć nieprawdę na potrzeby postępowania odwoławczego zainicjowanego przez Odwołującego. Wykonawcy ci złożyli bowiem oferty dla innego zadania, niż to, o które ubiegał się Odwołujący i sytuacja Odwołującego w żaden sposób nie wpływała na ich interesy (a przynajmniej tego nie wykazano).
Co do oświadczenia z 12 lutego 2019 r. złożonego przez operatora platformy o braku błędu w funkcjonowaniu platformy należy zauważyć, że trudności, których doświadczyli wykonawcy, nie musiały być z jego punktu widzenia jako operatora błędem platformy, który odnotował. Poza tym należy zwrócić uwagę, że to sam oświadczający jest podmiotem zainteresowanym w stwierdzeniu, że żadnych błędów nie było, już choćby ze względu na ewentualne roszczenia odszkodowawcze.
Izba nie wyklucza także możliwości, że trudność w złożeniu oferty przez Odwołującego wynikała z jego własnych błędów, jednak tej okoliczności nie udowodniono ani nawet nie uprawdopodobniono. Jedyną potencjalną wadą, którą wskazał Zamawiający, i to dla jednego wskazanego przez Odwołującego na wstępie odwołania błędu, było niewypełnienie wersu/rubryki „Dokumenty", co nie pozwalało na dalsze czynności w kolejnych wersach/rubrykach. Jednak przeczy temu fakt, że Odwołujący wygenerował przedmiotowy dokument i dołączył go do wiadomości e-mail, którą wysłał o godzinie 11.58, a Zamawiający otrzymał o godzinie 12.01. Również operator w ww. oświadczeniu wskazał, że Odwołujący zapisał ofertę, ale jej nie złożył, co także oznacza, że dokument ten został wypełniony.
W związku z powyższym Izba uznała, że Odwołujący uprawdopodobnił fakt, że z przyczyn związanych z funkcjonowaniem platformy został pozbawiony możliwości złożenia oferty. Zdając sobie sprawę z trudności dowodowych po stronie Odwołującego, który nie jest operatorem platformy i nie ma dostępu do historii jej działania, uprawdopodobnienie takie Izba uznała za wystarczające.
Izba zwraca też uwagę, że zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego, który przywołał Zamawiający, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zostało to powtórzone w art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Reguła ta jednak oznacza, że to obie strony sporu są zobowiązane udowadniać okoliczności, na które się powołują. Tym samym Odwołujący – że nie był w stanie złożyć oferty ze względu na błędne działanie platformy, a Zamawiający, że błąd leżał po stronie Odwołującego. W ocenie Izby Odwołujący w większym stopniu wykazał poprawność swojego stanowiska – zwłaszcza wobec stwierdzenia, że także inni wykonawcy doświadczyli trudności technicznych w złożeniu ofert.
Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Za wadę taką można uznać okoliczność, że oferty nie mógł złożyć wykonawca, którego oferta miała istotną szansę zostać uznana za najkorzystniejszą dla części 2. zamówienia (zadania nr 2), gdyż była to oferta z ceną niższą niż jedyna oferta złożona dla tej części.
W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 15.000 złotych, wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych oraz koszty dojazdu pełnomocnika w kwocie 150 złotych.

Przewodniczący:……