Sygn. akt KIO 510/19

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: ..... Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **1. APS ENERGIA S.A., ul. Strużańska 14, 05-126 Stanisławów Pierwszy, 2. Biuro Studiów, Projektów Realizacji „Energoprojekt-Katowice" S.A., ul. Jesionowa 15, 40-159 Katowice, 3. ENAP S.A., Wilczkowice Górne 41, 26-900 Kozienice**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **ENERGA-OPERATOR S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk**

orzeka:

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: 1. APS ENERGIA S.A., ul. Strużańska 14, 05-126 Stanisławów Pierwszy, 2. Biuro Studiów, Projektów i Realizacj „Energoprojekt-Katowice" S.A., ul. Jesionowa 15, 40-159 Katowice, 3. ENAP S.A., Wilczkowice Górne 41, 26-900 Kozienice, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: 1. APS ENERGIA S.A., ul. Strużańska 14, 05-126 Stanisławów Pierwszy, 2. Biuro Studiów, Projektów i Realizac „Energoprojekt-Katowice" S.A., ul. Jesionowa 15, 40-159 Katowice, 3. ENAP S.A., Wilczkowice Górne 41, 26 900 Kozienice tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: 1. APS ENERGIA S.A., ul. Strużańska 14, 05-126 Stanisławów Pierwszy, 2. Biuro Studiów, Projektów i Realizacji „Energoprojekt-Katowice" S.A., ul. Jesionowa 15, 40 159 Katowice, 3. ENAP S.A., Wilczkowice Górne 41, 26-900 Kozienice na rzecz zamawiającego: ENERGA-OPERATOR S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

›sownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 510/19

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

Zamawiający – ENERGA OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku – prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa magazynu energii", numer referencyjny: P/1/0092/2018, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp", „Pzp" lub „ustawa". Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 grudnia 2018 r., nr 2018/S 239-546877 (Sprostowanie: z dnia 7 stycznia 2019 r., nr 2019/S 004-005713).

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: 1. APS ENERGIA S.A. z siedzibą Stanisławów Pierwszy, 2. Biuro Studiów, Projektów i Realizacji „Energoprojekt-Katowice" S.A. z siedzibą Katowice, 3. ENAP S.A. z siedzibą Wilczkowice Górne 41 (Konsorcjum Wykonawców) – wniósł w dniu 25 marca 2019 r. odwołanie wobec czynności Zamawiającego - braku zaproszenia Konsorcjum Wykonawców do dialogu konkurencyjnego.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec „niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, tj. uznanie, że jest możliwe nieuwzględnienie wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji brak zaproszenia do udziału w postępowaniu Konsorcjum Wykonawców (…) do dialogu konkurencyjnego na dostawę magazynu energii (…) - wobec uznania przez Zamawiającego, że wniosek nr 7 został złożony w sposób niezgodny z wymaganiami określonymi w ustawie, ponieważ nie był opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym."

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 8 przez uznanie, że na podstawie tego przepisu jest możliwe nieuwzględnienie wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji brak zaproszenia Odwołującego do udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy to z okoliczności leżących po stronie Zamawiającego niemożliwym było spełnienie wymogów wynikających z ustawy,
2. art. 60d ust. 1 i 2 przez niewłaściwe zastosowanie przywołanego przepisu, a w konsekwencji brak zaproszenia Odwołującego do dialogu konkurencyjnego,
3. art. 7 oraz art. 10a i 10b przez wadliwe przygotowanie postępowania w sposób uniemożliwiający prawidłowe wgranie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez co wniosek Odwołującego uznany został za złożony w sposób niezgodny z wymaganiami określonymi w ustawie,

4.art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7, który zobowiązuje do unieważnienia postępowania, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

5.art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców;

ewentualnie

6.art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w związku z załączeniem się wniosku bez podpisu.

7.art. 87 ust. 2 pkt 1 przez zaniechanie złożenia wyjaśnień i poprawienia oferty, podczas gdy brak podpisu powinien zostać uznany jako oczywistą omyłkę pisarską podlegającą uzupełnieniu.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania;

2.unieważnienia postępowania;

ewentualnie nakazanie Zamawiającemu:

3.powtórzenia czynności badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołującego jako spełniającego wymogi ustawy;

4.unieważnienia czynności oceny wniosku Odwołującego, w szczególności w zakresie oceny Zamawiającego dotyczącej formy tego wniosku;

5.unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego z pominięciem Odwołującego;

dalej wniósł o:

6.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych;

7.przesłuchanie stron - w imieniu Odwołującego:

1)p. P. S. - Prezesa Zarządu APS Energia S.A. - lidera Konsorcjum Wykonawców (wezwanie na adres: ul. Strużańska 14, 05-126 Stanisławów Pierwszy);

2)p. M. M. prokurenta APS Energia S.A. - lidera Konsorcjum Wykonawców (wezwanie na adres: ul. Strużańska 14, 05-126 Stanisławów Pierwszy);

obydwaj na okoliczności - podpisania wszystkich dokumentów związanych z postępowaniem kwalifikowanym podpisem elektronicznym; podpisanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 21.01.2019 o godzinie 10:09; zaistniałych

problemów .... technicznych systemu informatycznego /platformy uniemożliwiających prawidłowe wgranie dokumentów; braku reakcji ze strony Zamawiającego na sygnalizowane problemy techniczne związane z platformą przeznaczoną do składania dokumentów przetargowych;

8. przesłuchanie świadków:

1) p. P. G. - pracownika APS Energia S.A. (wezwanie na adres: ul. Rolnicza, 05-152 Czosnów),

na okoliczność - przygotowania przez Odwołującego wszystkich dokumentów przed terminem składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; podpisania wszystkich dokumentów związanych z postępowaniem kwalifikowanym podpisem kwalifikowanym przez Odwołującego; podpisanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w dniu 21.01.2019 o godzinie 10:09 podpisem kwalifikowanym przez Odwołującego; zaistniałych problemów technicznych systemu informatycznego /platformy uniemożliwiających prawidłowe wgranie dokumentów; braku reakcji ze strony Zamawiającego na sygnalizowane problemy techniczne związane z działaniem platformy; bezskutecznych prób skontaktowania się telefonicznie i mailowo z p. J. S., wskazaną przez Zamawiającego jako osoba kontaktowa; podjęcie działań przez Odwołującego bezpośrednio po terminie składania wniosków o dopuszczenie w postępowaniu w zakresie możliwości doręczenia brakującego dokumentu do Zamawiającego.

2)p. A. Z. - pracownika APS Energia S.A. (wezwanie na adres: ul. Cybisa, 02-784 Warszawa),

na okoliczność - przygotowania przez Odwołującego wszystkich dokumentów przed terminem składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; podpisania wszystkich dokumentów związanych z postępowaniem

kwalifikowanym podpisem kwalifikowanym przez Odwołującego; podpisanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w dniu 21.01.2019 o godzinie 10:09 podpisem kwalifikowanym przez Odwołującego; zaistniałych problemów technicznych systemu informatycznego /platformy https://oneplace.marketplanet.pl uniemożliwiających prawidłowe wgranie dokumentów; braku reakcji ze strony Zamawiającego na sygnalizowane problemy techniczne związane z działaniem platformy; bezskutecznych prób skontaktowania się telefonicznie i mailowo z p. J. S., wskazaną przez Zamawiającego jako osoba kontaktowa; podjęcie działań przez Odwołującego bezpośrednio po terminie składania wniosków o dopuszczenie w postępowaniu w zakresie możliwości doręczenia brakującego dokumentu do Zamawiającego.

3) p. J. S. - (wezwanie na adres Zamawiającego), na okoliczność - braku możliwości skontaktowania się ze świadkiem jako przedstawicielem Zamawiającego przez Odwołującego w związku zaistniałymi problemami technicznymi platformy do składania dokumentacji .

Odwołujący przedstawił okoliczności wskazujące zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz interes w uzyskaniu danego zamówienia z możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp (art. 179 ust. 1).

Uzasadnienie

Odwołujący wskazał, że dnia 14 marca 2019 r. pocztą elektroniczną otrzymał od Zamawiającego Energa Operator S.A. informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i spełniania tych warunków przez wykonawców. Według ww. Informacji wniosek złożony przez Konsorcjum (nr 7 - oznaczenie Zamawiającego) został złożony w sposób niezgodny z wymaganiami wskazanymi w ustawie, tj. złożony wniosek nie opatrzono kwalifikowanym podpisem elektronicznym co miało stanowić naruszenie art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. Powyższe skutkowało niezaproszeniem Odwołującego do postępowania.

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego nie jest jednak słuszne.

Dowód: - Informacja Zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i spełniania tych warunków przez wykonawców z dnia 14 marca 2019 r.

Odwołujący wskazał, że wśród dokumentów jakie Odwołujący zobowiązany był złożyć podczas ubiegania się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu były: wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (APS Energia S.A., ENAP S.A., EPK S.A.), pełnomocnictwa, oświadczenie o braku orzeczeni tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, zobowiązanie do udostępnienie zasobów. Ponieważ postępowanie organizowane było z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej każdy z tych dokumentów powinien mieć możliwość jego podpisania z wykorzystaniem metody narzuconej przez Zamawiającego. Dnia 21 stycznia 2019 r. około godziny 11:00 p. P. S. - Prezes Zarządu APS Energia S.A. oraz p. M. M. - prokurent APS Energia S.A. po wejściu na platformę:przystąpili do składania wniosku o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu P/1/0092/2018 wraz z wymaganymi załącznikami. Wszystkie wymagane dokumenty zostały przygotowane do wgrania na wskazany portal na serwerze firmowym przed wymaganym terminem składania dokumentów. W trakcie wgrywania dokumentacji na wskazaną platformę wielokrotnie pojawiały się problemy techniczne z załączaniem dokumentów - fakt ten był zgłoszony i konsultowany na infolinii portalu. Jednocześnie Odwołujący zauważył, że próby skontaktowania się z p. J. S., wskazaną przez Zamawiającego jako osoba kontaktowa, na numer telefonu (58) 3473855 podany w zakładce informacyjnej na platformie do składania wniosków zakończyły się niepowodzeniem. Nie było możliwe połączenie się pod wskazanym numerem, a zamiast połączenia pojawiał się komunikat „numer nie istnieje”. Bezskuteczne były też próby kontaktu pocztą elektroniczną na wskazany adres e-mail: . Informacja zwrotna ustawiona na autoresponderze nie wskazała zastępczego numeru telefonu pod którym można było uzyskać informacje lub pomoc dotyczącą problemów technicznych powstałych w końcowej fazie, przed upływem terminu na złożenie przedmiotowego wniosku. Powyższa sytuacja została opisana w e-mailu A. Z. (APS Energia S.A.) do S. H. (Energa Operator S.A.) z dnia 23 stycznia 2019 r. W dalszym ciągu podejmowane były próby wyjaśnienia i sanowania zaistniałej sytuacji. Odwołujący zwrócił uwagę, że problemy z komunikacją na linii Wykonawca-Zamawiający pojawiły się dużo wcześniej. Dnia 15 stycznia przez p. P. G. (APS Energia S.A.) do p. S. H. (Energa Operator S.A.

wystosowany został e-mail informujący o niemożliwości skomunikowania się ze wskazaną p. J. S.. Odwołujący nie doczekał się od Zamawiającego zwrotnej odpowiedzi z propozycją rozwiązania problemu. W opisanej sytuacji niemożliwym było uzyskanie niezbędnego wsparcia koniecznego wobec wystąpienia problemów technicznych leżących po stronie Zamawiającego w czasie próby złożenia wniosku z załącznikami. Dzięki wparciu infolinii portalu (+48) 22 576 88 00 obsługującego przyjmowanie wniosków, jak się wówczas wydawało, udało się załadować kompletne dokumenty wymagane przez Zamawiającego, co potwierdzała lista dokumentów załadowanych przez dokonujących tej czynności technicznej w imieniu APS Energia S.A. p. P. G. oraz p. A. Z. widoczna na monitorze. Po zakończeniu operacji wydrukowany został raport z którego wynikało, że do wniosku nie dołączył się jednak dokument „01_wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu". **Dokument ten był podpisany podpisem kwalifikowanym w dniu 21.01.2019 o godzinie 10:09,** co potwierdza, że na chwilę składania wniosku komplet dokumentów, w tym również jedyny dokument który się nie załączył, był przygotowany do złożenia w terminie i opatrzony podpisem kwalifikowanym. Termin przygotowania i podpisania wniosku jednoznacznie świadczy o woli Odwołującego złożenia wszystkich wymaganych dokumentów w celu przystąpienia do postępowania publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego na dostawę magazynu energii, P/1/0092/2018, a brak załączenia się wniosku o przystąpienie do dialogu konkurencyjnego wynika z przyczyn niezależnych od Odwołującego. Brak dostępu do kanału komunikacji istotnie zaburzył proces składania wniosku o przystąpienie do dialogu konkurencyjnego.

Dowód:

-wydruk z billingu nieudanych połączeń na numer (58) 34 73 855,
-wydruk korespondencji e-mail z dnia 15 stycznia; wystosowana przez p. P. G. (APS Energia S.A.) do p. S. H. (Energa Operator S.A.),
-wydruk korespondencji e-mail z dnia 23 stycznia 2019 r.: wystosowana przez p. A. Z. (APS Energia S.A.) do p. S. H. (Energa Operator S.A.),
-zrzut ekranu listy załadowanych dokumentów,
-zrzut ekranu podpisanego podpisem kwalifikowanym w dniu 21.01.2019 r. o godzinie 10:09 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
-dowód z przesłuchania stron,
-dowód z zeznań świadka: p. P. G.,
-dowód z zeznań świadka: p. A. Z.,
-dowód z zeznań świadka: J. S..

W momencie zorientowania się przez Odwołującego o fakcie nie wgrania się samego wniosku, a już po terminie na jego złożenie, jeszcze tego samego dnia podjęto kolejną próbę skontaktowania się ze wskazaną przez Zamawiającego osobą kontaktową J. S., celem ustalenia możliwości dostarczenia brakującego dokumentu w innej postaci np. pocztą elektroniczną - ponownie kontakt okazał się niemożliwy. W dniu 23 lutego 2019 r. przez p. A. Z. do p. S. H. drogą elektroniczną skierowane zostały wyjaśnienia dotyczące zaistniałej sytuacji w związku z niezałączeniem się wniosku. Na powyższą korespondencję Odwołujący nie doczekał się odpowiedzi od Zamawiającego. W dniu 26 lutego 2019 r. przez Odwołującego wystosowane zostało pismo „wniosek o przywrócenie terminu", w którym szczegółowo opisano problemy techniczne platformy, jakie pojawiły się w związku z wgrywaniem dokumentacji przetargowej. W odpowiedzi na powyższy wniosek dnia 14 marca 2019 r. drogą elektroniczną przez Zamawiającego została przesłana odpowiedź, informująca, że wniosek Odwołującego nie może zostać uwzględniony. Jednocześnie Zamawiający nie ustosunkował się w żadnym zakresie do podnoszonych przez Odwołującego okoliczności związanych z brakiem reakcji ze strony Zamawiającego pomimo licznych zgłoszeń i interwencji Odwołującego. Tego samego dnia Zamawiający pocztą elektroniczną wysłał do Odwołującego informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i spełniania tych warunków przez wykonawców. Według ww. informacji Zamawiający wskazał, że wniosek nr 7 został złożony w sposób niezgodny z wymaganiami wskazanymi w ustawie tj. złożony wniosek nie opatrzono kwalifikowanym podpisem elektronicznym co miało stanowić naruszenie art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. Powyższe skutkowało niezaproszeniem Odwołującego do postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego.

Dowód:

- wydruk korespondencji e-mail z dnia 23 lutego 2019 r. wystosowanej przez p. A. Z. (APS Energia S.A.) do p. S. H. (Energa Operator S.A.),
-wniosek o przywrócenie terminu z dnia 26 lutego 2019 r. wystosowany przez Odwołującego,
-odpowiedź na wniosek o przywrócenie terminu z dnia 14 marca 2019 r. wystosowana przez Zamawiającego,
-Informacja Zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i spełniania tych warunków przez wykonawców z dnia 14 marca 2019 r.,
-dowód z przesłuchania stron,
-dowód z zeznań świadka: p. P. G.,
-dowód z zeznań świadka: p. A. Z.,
-dowód z zeznań świadka: p. J. S..

W związku z powyższymi okolicznościami Odwołujący stwierdził, że wysłanie wniosku opatrzonego podpisem

kwalifikowanym nie było możliwe albowiem Zamawiający nie zadbał o to aby prawidłowo przygotować postępowanie w sposób umożliwiający wszystkim uczestnikom prawidłowe złożenie dokumentów. W żadnym wypadku nie stanowi to jednak uchybienia Odwołującego i nie powinno być podstawą do niezaproszenia go do dialogu konkurencyjnego. Odwołujący spełnił bowiem wszystkie wymogi jakie postawił Zamawiający. Dokumenty zostały sporządzone i wysłane w terminie. W tym stanie rzeczy nie sposób przyjąć, że po stronie Odwołującego doszło do jakichkolwiek zaniechań. Dla pełnego obrazu sytuacji należy dodać również, że w niniejszym postępowaniu zgodnie z Informacją Zamawiającego z dnia 14 marca 2019 r. inni wykonawcy (wniosek nr 1, wniosek nr 5, wniosek nr 6, wniosek nr 8) również nie zostali zaproszeni do dialogu konkurencyjnego i to z tej samej przyczyny - złożony wniosek nie opatrzono kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Okoliczność ta potwierdza, wadliwe działanie narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone było postępowanie. Odwołujący nie dysponuje wiedzą w jaki sposób inni uczestnicy postępowania, którzy zostali zaproszeni do dialogu konkurencyjnego opatrzyli wniosek kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Niezależnie jednak w jaki sposób to uczynili, zachwiane zostały podstawowe zasady prowadzenia przetargów, w tym w szczególności zasady narzucające profesjonalną i transparentną organizację procedury przetargowej. Wyrazić należy przekonanie, że nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której Wykonawcy nie mogą prawidłowo załączyć dokumentacji przetargowej z uwagi na powtarzające się problemy techniczne platformy (*de facto* wybranej przecież przez samego Zamawiającego na zasadzie swobody działalności gospodarczej - wybierając tą platformę przyjął na siebie także ryzyko za wady i błędy tego systemu), a ze strony Zamawiającego brak informacji zwrotnej pomimo licznych zgłoszeń i interwencji. Odwołujący przypuścił, że platforma do składania zamówień umożliwiała złożenie niepodpisanego dokumentu, a co dodatkowo mogło wprowadzić w błąd Wykonawców, że wszystkie czynności zostały wykonane w sposób z oczekiwaniami Zamawiającego.

Wskazane uchybienia naruszyły przepisy ustawy o których mowa w *petitum* odwołania. Art. 7 Pzp 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, np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2013 r., KIO 2055/13 dotyczący aukcji elektronicznej. Na tle niniejszej sprawy w sposób ewidentny doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji albowiem Odwołującego pozbawiono możliwości uczestnictwa w dialogu konkurencyjnym pomimo tego, że spełnił wszystkie wymogi ustawy. Niezależnie od powyższego, sposób przeprowadzenia przetargu naruszył również zasady opisane w art. 10a i 10b Pzp. Oba te przepisy należy interpretować łączne jako uszczegóławiające zasady partycypacji w przetargu za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Art. 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 albowiem poprzez nieprawidłowe przygotowanie warunków przetargowych (brak możliwości wgrania wniosku wraz z kwalifikowanym podpisem elektronicznym na dokumencie) pozbawiono Odwołującego możliwości złożenia wniosku i spełnienia wymogów, które (jak się okazało), uznane zostały przez Zamawiającego za kluczowe. Nie zmienia tego faktu okoliczność, że innym uczestnikom ”udało się” złożyć komplet dokumentów mimo oczywistych uchybień. Jeszcze raz Odwołujący podkreślił, że warunki przetargu (w tym warunki techniczne) nie mogą pozostawiać wątpliwości co do tego jak należy postępować by zostały one spełnione. Pojawiające się problemy techniczne na platformie i niejasności z tym związane nie zostały usunięte ani nawet nie próbowano ich usunąć (zupełny brak komunikacji na linii Wykonawca-Zamawiający, z winy Zamawiającego). Konsekwencją powyższych uchybień, w ocenie Odwołującego, było nieprawidłowe uznanie, że wniosek Odwołującego został złożony w sposób niezgodny z treścią ustawy. Art. 89 ust. 1 pkt 8 nie może bowiem mieć zastosowania w sytuacji, w której brak możliwości prawidłowego złożenia dokumentacji obciąża Zamawiającego, np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2019 r. KIO 2671/18. Błędy w działaniach systemów elektronicznych się zdarzają, mogą być istotne lub mniej istotne. Jednak błąd systemu uniemożliwiający prawidłowe wgranie dokumentacji należy uznać za krytyczny, w następstwie którego Zamawiający powinien unieważnić postępowanie, gdyż istotą elektronizacji postępowań

miało być sprawniejsze i łatwiejsze składanie ofert i wszelkich oświadczeń składanych w postępowaniach. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu już upłynął, dlatego jedynym możliwym rozwiązaniem jest unieważnienie postępowania oraz jego powtórzenie ze sprawnym systemem.

Z ostrożności procesowej, w przypadku nie podzielenia przez Izbę powyższej argumentacji, Odwołujący wskazał, że w ocenie Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był, w przypadku powzięcia jakichkolwiek wątpliwości, do wezwania Odwołującego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia braku zaistniałego w ocenie Zamawiającego w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Skoro procedura ta ma zastosowanie do okoliczności o większym znaczeniu prawnym to tym bardziej ma ona zastosowanie w sytuacji potwierdzenia okoliczności przez składającego wniosek, że wolą swoją obejmuje potwierdzenie treści każdych z załączonych dokumentów. Ewentualnie Zamawiający mógłby potraktować brak formalny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w postaci braku podpisu kwalifikowanego jako inną oczywistą omyłkę pisarką. Skoro Odwołujący złożył wszystkie wymagane dokumenty, a jedynie wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z nieznanych Odwołującemu przyczyn wgrał się bez podpisu kwalifikowanego, to Zamawiający powinien uznać ww. błąd jako podlegający poprawieniu. Zgodnie z orzecznictwem sądów, w szczególności w wyroku Sądu Najwyższego z 20 stycznia 2012 r., sygn. akt I CSK 373/11 (podobnie w wyroku Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 21 czerwca 2012, I ACa 119/12): *"Podpisanie jako całości integralnego pod względem treści dokumentu składającego się z kilku elementów (np. umowy zasadniczej i załączników) oznacza zachowanie formy pisemnej zawartego w tym dokumencie oświadczenia woli (art. 78 § 1 KC)".* Sąd Najwyższy analizował w powyższej sprawie, czy dla zachowania pisemnej formy oświadczenia woli w okolicznościach danej sprawy wystarczające było złożenie podpisu przez wykonawcę jedynie pod treścią załącznika nr 1, a nie bezpośrednio pod zasadnicza treścią umowy. Sąd podkreślił, że warunkiem dla uznania, że oświadczenie woli jest skutecznie złożone jest integralność poszczególnych części.

Odwołujący stwierdził, że z powodu wadliwego działania platformy , wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wgrał się bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Jak wskazano już wyżej, zapewnienie wykonawcom dostępu do postępowania w ramach narzędzi i urządzeń wykorzystywanych do komunikacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 10b ustawy Pzp, należy do obowiązków zamawiającego. Tym samym, w ocenie Odwołującego, brak zapewnienia powyższego stanowi zaniechanie Zamawiającego, od którego Odwołujący mógł złożyć odwołanie, zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp.

Załączniki (merytoryczne): (…)

10. Informacja Zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i spełniania tych warunków przez wykonawców z dnia 14 marca 2019 r.;
11. wydruk z billingu nieudanych połączeń na numer (58) 34 73 855;
12. wydruk korespondencji e-mail z dnia 23 lutego 2019 r. wystosowanej przez p. A. Z. (APS Energia S.A.) do p. S. H. (Energa Operator S.A.);
13. zrzut ekranu listy załadowanych dokumentów;
14. zrzut ekranu podpisanego podpisem kwalifikowanym w dniu 21.01.2019 r. o godzinie 10:09, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
15. wniosek o przywrócenie terminu z dnia 26 lutego 2019 r. wystosowany przez Odwołującego;
16. odpowiedź na wniosek o przywrócenie terminu z dnia 14 marca 2019 r. wystosowana przez Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego, w tym kosztów zastępstwa procesowego radcy prawnego.

Uzasadnienie

W nawiązaniu do przedstawionych przez Odwołującego zarzutów Zamawiający stwierdził, że w całości są one bezzasadne i jako takie nie powinny zostać uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp przez uznanie, że na podstawie tego przepisu jest możliwe nieuwzględnienie wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji brak zaproszenia Odwołującego do udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy to z okoliczności leżących po stronie Zamawiającego niemożliwym było spełnienie wymogów wynikających z ustawy.

W uznaniu Zamawiającego zarzut Odwołującego, że na skutek okoliczności leżących po stronie Zamawiającego niemożliwym było spełnienie wymogów wynikających z ustawy jest nieuzasadniony.

Wymogiem rozpatrzenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, było złożenie go w systemie Zamawiającego - na Platformie Zakupowej (zwanej też dalej jako „Platforma"). Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 10a ust. 5) ustawy należało wnieść w postaci elektronicznej i opatrzonej kwalifikowanym

podpisem elektronicznym. Złożenie Wniosku na Platformie Zamawiającego następuje poprzez zaczytanie dokumentu.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający podejmując decyzję o niezaproszeniu Odwołującego nie powołał się wprost na wskazany art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, który wskazuje przesłanki odrzucenia oferty przez Zamawiającego.

Zważywszy, że materia odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie została uregulowana w ustawie, celowym jednakże wydaje się posłużenie powyższym przepisem w drodze analogii. W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu w trybie dialogu konkurencyjnego, zakończył się etap kwalifikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający w dniu 14 marca 2019 r., na podstawie art. 60d ust. 1 ustawy poinformował wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w odpowiedzi, na które Odwołujący wniósł odwołanie.

Zamawiający zauważył, że ustawa nie przewiduje możliwości uzupełnienia dokumentów we wskazanym zakresie, ponieważ wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tak jak oferta nie podlega uzupełnieniu.

Dodatkowo zauważył, że zgodnie z komentarzem do art. 10a ustawy (red. Jaworska 2019, wyd. 7/D. Grześkowiak-Stojek): „Uchybienie wymogowi opatrzenia oferty, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczeń, wymienionych w art. 25a ustawy, w tym JEDZ, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, spowoduje, że oferta, wniosek czy oświadczenie będzie nieważne. W konsekwencji oferta będzie musiała zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, a wniosek o dopuszczenie do udziału w postepowaniu nie będzie mógł być brany pod uwagę (a w konsekwencji wykonawca nie będzie mógł zostać zaproszony do udziału w postepowaniu).”

Zamawiający w żaden sposób nie potwierdził twierdzeń Odwołującego, że rozpoczął on proces dodawania dokumentów na Platformie albowiem ten element Platformy jest niewidoczny dla Zamawiającego. Bezsprzecznie, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w ogóle nie został dołączony, przez co ani on ani pozostałe dokumenty załączone przez Odwołującego nie mogły zostać uwzględnione a konsorcjum nie mogło zostać dopuszczone do udziału w postępowaniu.

II. Zarzut naruszenia art. 60d ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie przywołanego przepisu, a w konsekwencji brak zaproszenia odwołującego do dialogu konkurencyjnego.

Zarzut naruszenia powyższych przepisów również w uznaniu Zamawiającego jest bezpodstawny. Zgodnie z art. 60d ust. 1 Pzp, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ust. 2 stanowi zaś, że Zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3. Stosując powyższe przepisy, Zamawiający należycie poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaprosił do dalszego etapu podmioty spełniające określone warunki. W treści uzasadnienia odwołania, Odwołujący nie wskazał na czym miałoby polegać przedmiotowe uchybienie stąd też zarzuty w powyższym zakresie Zamawiający uznał za nieuzasadnione.

III. Zarzut naruszenia art. 7 Pzp oraz art. 10a i 10b poprzez wadliwe przygotowanie postępowania w sposób uniemożliwiający prawidłowe wgranie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez co wniosek Odwołującego uznany został na złożony w sposób niezgodny z wymaganiami określonymi w ustawie.

W uznaniu Zamawiającego brak jest jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby, że przy organizacji postępowania na dostawę magazynu energii doszło do nieprawidłowości, które uniemożliwiały prawidłowe wgranie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z oświadczeniem złożonym w powyższym zakresie przez podmiot zawodowo zajmujący się obsługą systemu zakupowego funkcjonującego u Zamawiającego, a więc spółki Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. w dniu 21 stycznia 2019 r., kiedy konsorcjum składało „ofertę”, nie zdiagnozowano żadnych usterek powodujących brak możliwości załączania plików.

Dowód: oświadczenie spółki Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. - Marketplanet

Zarówno raport ze złożenia oferty, który jest *de facto* dokumentem mającym potwierdzić złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jak i zrzut ekranu *(print screen)* z systemu (Platformy) zawierający wniosek i dokumenty, które złożyło konsorcjum w żaden sposób nie wskazują by Odwołujący dołączył przedmiotowy wniosek. Nie wskazują one również na jakiekolwiek błędy przy załączaniu dokumentów.

Dowód: raport ze złożenia oferty zrzut ekranu zawierający wniosek i dokumenty, które złożyło APS

W świetle powyższego twierdzenia przedstawione przez Odwołującego mogą wprowadzać w błąd albowiem zawarte w odwołaniu stwierdzenie, że „po zakończeniu operacji wydrukowany został raport z którego wynikało, iż do wniosku nie dołączył się dokument „01_wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu” może sugerować, że został wygenerowany raport ”negatywny” czyli np. próba wczytania dokumentu abc nie powiodła się”, co w rzeczywistości nie nastąpiło.

Także i twierdzenie Odwołującego jakie znalazło się w końcówce odwołania wskazujące na okoliczność, że z powodu wadliwego działania platformy https://oneplace.marketplanet.pl, wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu wgrał się bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego jest w uznaniu Zamawiającego bezpodstawne.

Jak już wskazywał Zamawiający powyżej brak jest jakichkolwiek dowodów potwierdzających to, że Odwołujący w istocie dokonał próby wgrania na Platformę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Firma zarządzająca Platformą nie zdiagnozowała żadnych usterek powodujących brak możliwości załączania plików.

Zamawiający podkreślił, że podczas i po złożeniu oferty/wniosku przez Wykonawcę: Zamawiający w systemie widzi tylko, że dany wykonawca (nazwa) złożył ofertę oraz folder z kłódką, którego nie można otworzyć do czasu upływu terminu na złożenie ofert/wniosków. Dopiero po upływie terminu na złożenie wniosku/ofert można komisyjnie otworzyć folder i dopiero wówczas załączone dokumenty przez wykonawcę są widoczne dla Zamawiającego.

Powyższe jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający w żaden sposób nie może ingerować w proces składania dokumentów przez Wykonawców a tym samym stosowany system zapewnia niedyskryminacyjny udział wszystkich podmiotów w prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach na tych samych warunkach.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego w zakresie utrudnień w kontakcie z Zamawiającym, Zamawiający wyjaśnił, że w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 12 grudnia 2018 r. numer 2018/S 239-546877 Zamawiający, jako osobę do kontaktów wskazał p. J. S. oraz numer telefonu do kontaktu (+48 583……) jej adres e-mail (j.s.@energa.pl) oraz sposób komunikacji - „https://zakupy.energa-operator.pl” (Sekcja I pkt 1.3.) ogłoszenia.

Zamawiający przyznał, że podany numer telefonu był nieaktualny, ale jednocześnie wskazał, że podstawową formą

komunikacji Zamawiającego z Wykonawcami było zgodnie z art. 10a ust. 1 ustawy używanie środków komunikacji elektronicznej poprzez platformę zakupową.

Zgodnie z art. 2 pkt 17 Pzp, środki komunikacji elektronicznej, to środki zdefiniowane w art. 2 pkt 5 ustawy z 18.7.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1219 ze zm.), czyli rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną

Co niezwykle ważne, istotną odmiennością od dotychczasowych zasad komunikacji między zamawiającym a wykonawcami jest uzależnienie wyboru środków komunikacji wyłącznie od decyzji zamawiającego. Należy jedynie pamiętać, że wybrany przez zamawiającego sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie powinien ograniczać konkurencji, a zatem w zakresie przyznanej Zamawiającemu swobody wyboru - dobierając środki komunikacji musi on uwzględniać warunki rynkowe i dostępność środków dla wykonawców funkcjonujących na danym rynku.

Zamawiający udostępnił na Platformie wraz z ogłoszeniem oraz wzorami dokumentów - Instrukcję korzystania z Platformy zakupowej w celu złożenia oferty (dok. 09) a w dziale 10.4.6. (str. 47) opisano sposób komunikacji poprzez Pytania i odpowiedzi. Wykonawcy składali pytania drogą elektroniczną w systemie i w ten sam sposób otrzymywali odpowiedzi na pytania. W sytuacji, gdy pytanie wpłynęło poprzez pocztę elektroniczną (e-mail), Zamawiający zamieścił pytanie wraz z odpowiedzią na Platformie Zakupowej. Ponadto, Zamawiający udostępnił Instrukcję składania Wniosku (dok. 08 Instrukcja składania wniosku), w której opisuje, analogicznie jak w Instrukcji korzystania z Platformy Zakupowej sposób zadawania pytań oraz czynności związane ze złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postepowaniu.

W dniu 15 stycznia 2019 r., Odwołujący poprzez pocztę elektroniczną e-mail zadał pytania Zamawiającemu, które nie zostało skierowane do p. J. S. lecz do osoby ją zastępującej, tj. do S. H.. Oznacza, to, że w tym dniu Odwołujący miał wiedzę o nieobecności p. J. S., która była na zwolnieniu lekarskim, ale należy podnieść, że nieobecność ta, nie wpłynęła na przebieg postępowania, ponieważ na pytania zadane przez Odwołującego drogą e-mail, Zamawiający udzielił odpowiedź drogą elektroniczną zamieszczając pytania wraz z odpowiedzią w Platformie. W świetle powyższego, stwierdzenie Odwołującego, że „informacja zwrotna na autoresponderze nie wskazała zastępczego numeru telefonu pod którym można było uzyskać informacje lub pomoc dotyczącą problemów technicznych" nie odpowiada prawdzie. Niezależnie od powyższego, Zamawiający wskazał, że udzielenie odpowiedzi Odwołującemu poprzez e-maila, w jego ocenie naruszyłoby art. 7 ust. 1 ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dowód: zwolnienie lekarskie

Twierdzenia Odwołującego, że „dzięki wparciu infolinii portalu (+48) 22 576 88 00 obsługującego przyjmowanie wniosków, jak się wówczas wydawało, udało się załadować kompletne dokumenty wymagane przez Zamawiającego", a ponadto, że "w trakcie wgrywania dokumentacji na wskazaną platformę wielokrotnie pojawiały się problemy techniczne z załączaniem dokumentów a fakt ten był zgłoszony i konsultowany na infolinii portalu" w uznaniu Zamawiającego potwierdzają, że na etapie składania dokumentów otrzymywał on należyte wsparcie techniczne.

Zamawiający wskazał ponadto, że dwóch z pozostałych wykonawców: tj. Imapct Clean Power Technology S.A. oraz MH-Automatyka Sp. z o. o. w dniach 16 i 21 marca*(stycznia)* 2019 r. drogą mailową również zgłaszało problemy z kontaktem telefonicznym z p. J. S.. Każdorazowo otrzymali oni jednakże informację zwrotną o nieobecności i skierowali problemy do wskazanej osoby zastępującej (S. H.). Także zatem i z tego względu zarzuty Odwołującego należy uznać za chybione.

Dowód: korespondencja mailowa

Niezależnie od powyższego Zamawiający zwrócił także uwagę, że w dniu 21 stycznia 2019 r. nie tylko konsorcjum Odwołującego składało wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Łącznie w tym dniu wnioski składało 6 podmiotów:

- konsorcjum - lider TRAKCJA PRKII S.A.
- konsorcjum - lider EST ENERGY Sp. z o.o., sp. k.
- MH-Automatyka Sp. z o.o.
- konsorcjum - lider APS ENERGIA S.A.
- Enrgon Advanced Energetics s.r.o.
- ENGIE TECHNIKA INSTALACYJNA Sp. z o.o.

Między godziną 10:17 a godziną 11:49 wnioski składało 5 podmiotów i żaden z nich za wyjątkiem Odwołującego nie komunikował Zamawiającemu problemów z „zaczytaniem" dokumentów na Platformę.

Dowód: zrzut z ekranu z datą i godziną złożenia wniosków o dopuszczenie

Świadczy to bez wątpienia o zapewnieniu równych warunków udziału w postępowaniu oraz należytym przygotowaniu narzędzi i urządzeń wykorzystywanych do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

IV. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, który zobowiązuje do unieważnienia postępowania, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie podzielił zarzutu Odwołującego, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co winno skutkować unieważnieniem postępowania.

Jak już wskazywał powyżej Zamawiający nie zostały zdiagnozowane obiektywne przyczyny, które miałyby uniemożliwić złożenie oferty/wniosku. Wprost przeciwnie, okoliczność, że pozostali Wykonawcy zdołali prawidłowo „zaczytać" składane przez siebie dokumenty na Platformę potwierdza, że udostępnione przez Zamawiającego narzędzia informatyczne były sprawne i w żaden sposób nie została ograniczona uczciwa konkurencja.

V. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, który wskazał na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia konkurencję. Zamawiający przygotował i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami prawa. Na każdym etapie postępowania Zamawiający sprawiedliwie traktował uczestników postępowania tj. wykonawcy byli traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także środków dyskryminujących. Zamawiający w

sposób obiektywny przedstawił warunki zamówienia, a więc nie wprowadził żadnej nieuzasadnionej bariery, która mogłaby wyeliminować określoną grupę wykonawców z przetargu lub stwarzać określonej grupie uprzywilejowaną pozycję.

Dodatkowo, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07.06.2017 roku (sygn. KIO 896/17) treść wymagań SIWZ jest wiążąca, a Zamawiający nie może uznać, że niektóre wymagania zawarte w SIWZ nie są istotne, gdyż są sprzeczne z naczelną zasadą w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

SIWZ wyznacza obiektywne i sztywne reguły postępowania, które mają doprowadzić do wyboru najkorzystniejszej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego oferty. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25.08.2015 r. (sygn. KIO 1713/15), literalne i ścisłe egzekwowanie postanowień SIWZ jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, że z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji pozbawiono go możliwości uczestnictwa w dialogu konkurencyjnym, gdyż wbrew w jego twierdzeniom nie spełnił on wymagań ustawowych w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

VI. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w związku z załączeniem się wniosku bez podpisu.

Zdaniem Zamawiającego również zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp polegający na zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest nietrafiony.

Procedura przewidziana w powyższym przepisie, jako wyjątek od zasady złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie kompletnej oferty czy wniosku, zawierającego wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty, podlega wykładni ścisłej.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 28 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 748/15 wydanym w stanie faktycznym odnoszącym się do oferty, jednakże w uznaniu Zamawiającego mogącym mieć również zastosowanie do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przywołany przepis (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) znajduje zastosowanie wyłącznie do oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczeń i dokumentów, potwierdzających przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że formularz ofertowy nie należy do katalogu oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem nie może być w tym trybie uzupełniony czy poprawiony.

Zamawiający nie odniósł się do prośby Odwołującego z dnia 22 stycznia 2019 r. o „możliwość uzupełnienia i wskazania sposobu dostarczenia brakującego dokumentu" ponieważ, Wykonawca może uzupełnić dokumenty tylko na wezwanie Zamawiającego.

Bazując na powyższym, w uznaniu Zamawiającego również wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlega uzupełnieniu przez co zarzut ewentualny Odwołującego także jest nieuzasadniony.

VII. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie złożenia wyjaśnień i poprawienia oferty, podczas gdy brak podpisu powinien zostać uznany jako oczywistą omyłką pisarską podlegającą uzupełnieniu.

W uznaniu Zamawiającego braku podpisu, a tym bardziej braku samego wniosku nie można traktować jako oczywistej omyłki pisarskiej. Po pierwsze, w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z ofertą lecz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Po drugie, Zamawiający nie może potraktować jako braku formalnego wniosku - braku podpisu kwalifikowanego jako innej oczywistej omyłki pisarskiej, gdyż wniosek ten w ogóle nie został złożony. Nie jest tak jak twierdzi Odwołujący w uzasadnieniu swojego odwołania, że „złożył on wszystkie wymagane dokumenty, a jedynie wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z nieznanych Odwołującemu przyczyn wgrał się bez podpisu kwalifikowanego".

Jak wskazano to już powyżej w przedmiotowej sprawie nie doszło w ogóle do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazanym w ogłoszeniu kanałem komunikacji (wniosek nie wgrał się wcale a nie bez podpisu), a tym samym nie ma miejsca opisany przez Odwołującego problem braku podpisu. Z daleko idącej ostrożności Zamawiający wskazał, że przedłożony przez Odwołującego list przewodni również nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a tym samym nie spełnia on wymogów oczekiwanych przez Zamawiającego.

VIII. Wnioski

Podsumowując przedstawione powyżej wyjaśnienia, Zamawiający wskazał, że postępowanie na dostawę magazynu energii jest powadzone przez Zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący w dniu 14 marca 2019 r. został poinformowany o niezaproszeniu do dialogu konkurencyjnego, ponieważ wniosek Odwołującego został złożony w sposób niezgodny z wymaganiami określonymi w ustawie - Odwołujący nie złożył, wymaganego ustawą wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który należało złożyć drogą elektroniczną do systemu Zamawiającego - na Platformę Zakupową zgodnie z 10a ust. 5) pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatrzyć go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wbrew ustalonemu w ogłoszeniu o zamówieniu sposobowi komunikacji (tj. poprzez Platformę Zakupową), Odwołujący po zdiagnozowaniu problemów z wczytaniem dokumentu na platformie kontaktował się z Zamawiającym telefonicznie i e-mailem. Nieprawdą jest też, że Zamawiającego nie zadbał o prawidłowe przygotowanie postępowania. System informatyczny umożliwił wszystkim wykonawcom prawidłowe złożenie dokumentów, ponieważ zgłoszenie do udziału w postępowaniu złożyło 9 wykonawców. Za wyjątkiem Odwołującego wszyscy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W uznaniu Zamawiającego przedstawione przez Odwołującego zarzuty są w całości bezzasadne i jako takie nie powinny zostać uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wniósł jak we wstępie.

Załączniki (merytoryczne):

3. oświadczenie spółki Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. - Marketplanet
4. raport ze złożenia oferty
5. zrzut z ekranu zawierający wniosek i dokumenty, które złożyło APS
6. zwolnienie lekarskie
7. korespondencja mailowa
8. zrzut z ekranu z datą i godziną złożenia wniosków o dopuszczenie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła

Zakres przedmiotu zamówienia (Dostawa magazynu energii) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego obejmuje**:**

1.Wykonanie projektu magazynu energii podlegającego akceptacji przez Zamawiającego wraz z ewentualnym uzyskaniem niezbędnych zgód administracyjnych.

2.Dostawę magazynu energii wraz z systemem sterowania i nadzoru magazynu.

3.Wszelkie prace niezbędne do uruchomienia magazynu energii.

4.Gwarancję na magazyn energii wraz z systemem sterowania i nadzoru w okresie 10 lat.

5.Świadczenie usług serwisowych magazynu po upłynięciu okresu gwarancji.

W ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 12.12.2018 r. nr 2018/S 239-546877 (zamówienie sektorowe, dostawy), zmienionym ogłoszeniem z dnia 07.01.2019 r. nr 2019/S 004-005713 – gdzie termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został zmieniony z pierwotnej daty 10.01.2019 r. godzina 12:00 na datę 21.01.2019 r. godzina 12:00 – Zamawiający wskazał m.in.:

- w Sekcji I: Podmiot zamawiający, osobę do kontaktów: J. S., tel. +48 583……, e-mail: ;
- w pkt I.3) Sekcji I pt. *Komunikacja,* wskazał sposób komunikowania się następująco:

Nieograniczony, pełny i bezpośredni dostęp do dokumentów zamówienia można uzyskać bezpłatnie pod adresem: https://zakupy.energa-operator.pl
Więcej informacji można uzyskać pod adresem podanym powyżej.
Oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należy przesyłać drogą elektroniczną za pośrednictwem: https://zakupy.energa-operator.pl.
Komunikacja elektroniczna wymaga korzystania z narzędzi i urządzeń, które nie są ogólnodostępne. Nieograniczony, pełny i bezpośredni dostęp do tych narzędzi i urządzeń można uzyskać bezpłatnie pod adresem: https://zakupy.energa-operator.pl;

- w Sekcji VI: Informacje uzupełniające w pkt VI.3) Informacje dodatkowe: (…) w pkt 2-4 Zamawiający wskazał:

2. Zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, wniosek, oraz oświadczenia, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.
3. Zamawiający zaprosi do dialogu wszystkich wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu.
4. Wzór wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wzory dokumentów, o których mowa powyżej zamawiający zamieści na stronie https://zakupy.energa-operator.pl - w folderze postępowania.

Załączniki do ogłoszenia to m.in.:

I. (08) ***INSTRUKCJA SKŁADANIA WNIOSKU***

1.Postępowanie jest prowadzone w języku polskim, na Platformie Zakupowej pod adresem: (dalej zwana „Platformą") – postępowanie numer P/1/0092/2018.
2.Wykonawca chcąc przystąpić do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien bezpłatnie założyć konto na Platformie (przekierowanie do strony), akceptując warunki korzystania z Platformy oraz Regulamin korzystania z Marketplanet OnePlace.
3.Zamawiający udostępni Instrukcję korzystania z Platformy na stronie w celu złożenia wniosku elektronicznego.
4.Zamawiający, zgodnie z § 3 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. z 2017 r., poz.1320 ze zm.) – dalej jako „Rozporządzenie", określa niezbędne wymagania umożliwiające pracę na Platformie Zakupowej tj.:
4.1. Stały dostęp do sieci Internet o gwarantowanej przepustowości nie mniejszej niż 512 kb/s;
4.2.Komputer klasy PC lub MAC, o następującej konfiguracji: pamięć min. 2 GB RAM, procesor Intel IV 2 GHZ lu nowszy, jeden z systemów operacyjnych – MS Windows 7, Mac OS x 10,4, Linux lub ich nowsze wersje;
4.3.Zainstalowana dowolna przeglądarka internetowa; w przypadku Explorer minimalnie wersja 10.0;
4.4.Włączona obsługa JavaScript;
4.5.Format przesyłanych danych: .pdf;
4.6.Zainstalowany program do otwierania plików .pdf, np. Acrobat Reader;
4.7.Możliwość przesyłania plików do 400 Mb;
4.8.Szyfrowanie oferty: w ramach składania oferty elektronicznej w przetargu publicznym, Platforma zakupowa zapewnia funkcję automatycznego szyfrowania składanych ofert w oparciu o hasło wymyślone przez wykonawcę w taki sposób, aby nikt oprócz osoby składającej tę ofertę nie miał do niej wglądu przed upływem terminu składania ofert. W ramach szyfrowania oferty wykonawca ma pełną swobodę w zakresie wymyślenia hasła szyfrującego wniosek. Bardzo ważnym jest, aby wykonawca składający wniosek dokładnie zapamiętał lub zapisał hasło do swojej oferty, ponieważ bez tego hasła niemożliwa będzie modyfikacja bądź wycofanie wniosku złożonego w systemie.
4.9.Złożenie wniosku w formie skompresowanej nie wymaga dodatkowego szyfrowania, jeżeli jednak wykonawca zdecyduje się na zaszyfrowanie skompresowanego pliku, zobowiązany jest w Wniosku o dopuszczenie do udziału zamieścić hasło do jego otwarcia.
4.10.Kodowanie: wszystkie znaki przetwarzane przez Platformę kodowane są przy użyciu systemu kodowania UTF-8. Połączenie na linii użytkownik – Platforma zakupowa przebiega w oparciu o format przesyłanych danych HTTPS oraz szyfrowanie TLS.
4.11.Oznaczenie czasu odbioru danych przez Platformę zakupową jest generowane w oparciu o czas lokalny serwera, synchronizowany z odpowiednim źródłem czasu. Oznaczenie czasu odbioru danych przez Platformę stanowi przypiętą do dokumentu elektronicznego datę oraz dokładny czas (hh:mm:ss), znajdującą się po lewej stronie dokumentu w kolumnie „Data przesłania". Komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy, w zakładce „Pytania i odpowiedzi".
4.12.Oświadczenie woli w postaci elektronicznej dokonywane online zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych.
4.13.Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści ogłoszenia. Wniosek należy przesłać za

pośrednictwem Platformy przy pomocy funkcji „Dodaj nowe pytanie".

5. *Wykonawca może przed upływem terminu do składania wniosków zmienić wniosek. W celu zmiany wniosku, należy postępowań zgodnie z Instrukcją korzystania z Platformy w celu złożenia wniosku, udostępnionej na stronie: .*
6. *Wykonawca nie może wycofać wniosku ani wprowadzić jakichkolwiek zmian w treści wniosku tj. usunąć jakichkolwiek plików wczytanych na Platformę po upływie terminu składania wniosków.*

II. 09 ***Platforma Zakupowa Instrukcja korzystania z platformy zakupowej w celu złożenia oferty elektronicznej*** **(***Marketplanet***),** w której treści przedstawiono:

2. Definicje; 3. Wymagania sprzętowe; 4. Wprowadzenie; 5. Nawigacja w systemie, 5.1. Podstawowe elementy interfejsu użytkownika, 5.2. Nagłówek, 5.3. Menu użytkownika, 5.4. Stopka, 5.5. Akcje; **6. Logowanie; 7. Strefa publiczna; 8. Autorejestracja Wykonawcy; 9. Logowanie do platformy OnePlace; 10. Obsługa procesu składania ofert,** 10.1. Przystąpienie do postępowania, 10.2. Powiadomienia, 10.3. Podgląd zapytania ofertowego, 10.4. Nagłówek zapytania ofertowego, 10.4.1. Zakładka Status, 10.4.2. Dokumenty zamówienia 10.4.3. Zakładka Oferty, 10.4.4. Zapytanie ofertowe z podziałem na części, 10.4.5. Składanie ofert przez konsorcjum, 10.4.6. Zakładka Pytania i odpowiedzi, 10.4.7. Wycofanie oferty, 10.4.8. Szyfrowanie oferty, 10.4.9. Podpis elektroniczny; **11. Spis rysunków.**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej liczy 10 stron. Załączniki, m.in. **(08) INSTRUKCJA SKŁADANIA WNIOSKÓW, 09 Platforma Zakupowa Instrukcja korzystania z platformy zakupowej w celu złożenia oferty elektronicznej, były** dostępne na Platformie Zakupowej Zamawiającego, zgodnie z informacją zamieszczoną w ogłoszeniu pn. *Komunikacja* (Sekcja I pkt I.3)).

Termin złożenia wniosków upływał w dniu 21 stycznia 2019 r. o godz. 12:00. Odwołujący posługiwał się skróconą wersją ogłoszenia o zamówieniu składającą się z 2,5 stron, bez z załączników (dowód złożony na rozprawie).

Odwołujący dzwonił 3-krotnie w dniu 15 stycznia 2019 r. w godzinach 09:39:47, 09:40:05, 10:28:03 na podany w ogłoszeniu numer telefonu p. J. S. – otrzymując informację zwrotną „brak numeru" (dowód nr 11 załączony do odwołania). Zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie, potwierdzając na rozprawie, że w ogłoszeniu wskazano omyłkowo nieaktualny numer telefonu.

Zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, potwierdził też na rozprawie, że p. Jolanta Skocka przebywała na zwolnieniu lekarskim, w tym poszpitalnym, w okresie 07.01.2019 r. – 25.01.2019 r. i wszelkie kontakty kierowane na jej adres e-mail zostały przekierowane na adres p. S. H.. Fakt ten potwierdza korespondencja (e-mail z dnia 15 stycznia 2019 r. od p. P. G. do p. S. H.) – załącznik nr 12 do odwołania (druga kartka) i zeznanie świadka (p. P. G.); także e-mail z dnia 23 stycznia 2019 r. od p. A. Z. do p. S. H. – załącznik do odwołania nr 12 (pierwsza kartka).

W dniu 18 stycznia 2019 r. Odwołujący przeprowadził próbne wgranie dokumentów. Pojawiające się problemy techniczne, były przyczyną połączenia telefonicznego na numer operatora portalu elektronicznego i uzyskania informacji. Dokument ładował się po „odczekaniu jakiegoś czasu" (informacja portalu). Mimo oznak zawieszenia systemu „próba się udała" (zeznanie świadka p. P. G.).

W dniu 21 stycznia 2019 r. po przygotowaniu wniosku z załącznikami z wymaganymi podpisami p. S. S. i p. M. M. o godz. 10:09:20 – załącznik nr 14 do odwołania oraz zeznanie świadka p. M. M. – Odwołujący przystąpił do wgrania dokumentów (załącznik nr 13 do odwołania: zrzut ekranu listy załadowanych dokumentów z datą ostatniej modyfikacji listu przewodniego w dniu 21.01.2019 r. godz. 10:30). W wykazie dokumentów widnieje „Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu P_1_0092_2018".

Czynności wgrania dokumentów w dniu 21 stycznia 2019 r. miał dokonać p. A. Z.. Odwołujący był przekonany, że wskazany pracownik dokonał tych czynności.

O godz. 10:44 p. A. Z. wygenerował Raport, z którego wynikało, że nie został wgrany „Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu P_1_0092_2018" (zrzut ekranu z datą i godziną złożenia dokumentów o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – załączony do odpowiedzi na odwołanie).

Przełożony dowiedział się o tym fakcie, ale już było po czasie (zeznanie p. P. G.).

Odwołujący podjął czynności wyjaśniające po upływie terminu składania wniosków. Podejmował czynności w dniu 23 stycznia 2019 r. (e-mail od p. A. Z. do p. S. H.) – załącznik nr 12 do odwołania (pierwsza kartka). Następne czynności to: wniosek o przywrócenie terminu (z dnia 26 lutego) - załącznik 15 do odwołania, wniosek w sprawie przywrócenia terminu i możliwości złożenia wniosku w celu uzyskania dopuszczenia do udziału w postępowaniu - z dnia 4 marca 2019 r. (e-mail od p. P. G. do p. J. S.). Negatywna odpowiedź Zamawiającego (z dnia 14 marca 2019 r.) - załącznik 16 do odwołania.

Odwołujący odstąpił od wniosku o przeprowadzenie dowodów: z przesłuchania stron w osobach: p. P. S. - prezesa Zarządu APS Energia S.A. i p. M. M. – prokurenta APS Energia S.A. oraz świadków: p. A. Z. i p. J. S., któr uczestniczyła w posiedzeniu i rozprawie w charakterze pełnomocnika Zamawiającego. Miał na względzie treść odpowiedzi na odwołanie oraz możliwość zadawania pytań w toku postępowania dowodowego. Ostatecznie w charakterze świadków zeznania złożyli: p. M. M. – prokurent APS Energia S.A. i p. P. G. – dyrektor do spraw projektów specjalnych APS Energia S.A.

Odwołujący złożył na rozprawie następujące dokumenty:

1. Wydruk korespondencji e-mail z dnia 15 stycznia 2019 r. od p. P. G. do p. S. H. (2 pytania nie merytoryczne) – dokument załączony do odwołania,
2. skrócone ogłoszenie o zamówieniu nr 16518896 (2,5 strony), dotyczące aktualnego postępowania (w miejscu firmowej pieczątki nazwa (logo): „Grupa Biznes Polska"),
3. Elektroniczne poświadczenie weryfikacji (EPW) dotyczące: p. M. M. i p. S. S. – dokument załączony do odwołania.

Izba zważyła.

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawiające do wniesienia odwołania.

W kontradyktoryjnym postępowaniu odwoławczym obowiązki przedstawiają się następująco: -stron do wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, tj. przedstawienia dowodów na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej aż do zamknięcia rozprawy (art. 190 ust. ust. 1 ustawy Pzp); -składu orzekającego do oceny tego materiału.

Na podstawie:

- akt sprawy (zgodnie z § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092 i 1992), odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym

odwołaniem, stanowią akta sprawy odwoławczej),
- dowodów z dokumentów i zeznań świadków (art. 190 ust. 3 ustawy Pzp),
-z uwzględnieniem wyjaśnień pełnomocników stron,

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Dowody potwierdzają, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odbywało się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zamawiający ustalił sposób przedstawienia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu, wskazując niezbędne informacje dotyczące formatu, parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz technicznych warunków i specyfikacji połączenia dotyczących katalogu elektronicznego. Powtórzył za ustawą zastrzeżenie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej z opatrzeniem kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zapewnił więc, 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 postępowania o udzielenie zamówienia (art. 10a i 10b ustawy Pzp).

Omyłkowe wskazanie nieaktualnego numeru telefonu do p. J. S. nie miało wpływu na czynności podjęte przez Odwołującego, wobec wymogu przesyłania wniosków drogą elektroniczną, a zgłaszane zapytania, wątpliwości były zamieszczane wraz z odpowiedzią Zamawiającego na Platformie Zakupowej. W czasie nieobecności p. J. S z powodu choroby 07.01.2019 r. – 25.01.2019 r., kontakty za pośrednictwem adresu e-mail były skutecznie kierowane na adres p. S. H., co potwierdzają złożone wydruki korespondencji oraz zeznania i wyjaśnienia złożone na rozprawie (np. e-mail z dnia 15 stycznia 2019 r. - przed upływem terminu składania wniosków).

Skrócona treść ogłoszenia o zamówieniu, którą posługiwał się Odwołujący w toku wykonywanych czynności, nie zawierała m.in. części o sposobie komunikowania się z Zamawiającym. Odwołujący, jak ustalono na rozprawie, nie korzystał też z załączników do ogłoszenia, w tym w szczególności załączników nr 08 i nr 09.

Odwołujący przeprowadził skutecznie próbę wgrania dokumentów w dniu 18 stycznia 2019 r. (uzyskał telefoniczne wsparcie ze strony Platformy Zakupowej).

W dniu upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – 21 stycznia 2019 r. godzina 12:00 – w czasie od godziny 08:48 do godziny 11:49 wnioski składało 6. Wykonawców, wśród nich Odwołujący o godzinie 10:44. Wnioski 5. Wykonawców zostały wgrane i zaczytane. Dokumenty Odwołującego (załączniki do wniosku) zostały wgrane i zaczytane, bez wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W postępowaniu dowodowym potwierdzono, że osoby uprawnione ze strony Odwołującego podpisały właściwie wniosek, jednakże wynik porównania zakresu dokumentów wgranych i zaczytanych, wskazuje, że wniosek o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu nie został złożony wraz z pozostałymi dokumentami (fizyczny brak wniosku.)

Oświadczenie spółki - Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. w sprawie Platformy Zakupowej wykorzystywanej przez Energa Operator S.A. - nie podważone skutecznie przez Odwołującego, wiarygodne w treści i spójne ze zrzutem ekranu oraz wyjaśnieniami, potwierdza brak wniosku oraz, że w czasie, w którym Odwołujący składał dokumenty - nie zdiagnozowano żadnych usterek powodujących brak możliwości załączania plików.

Odwołujący powziął wiadomość o braku wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przed upływem terminu składania wniosków (21 stycznia 2019 r. godzina 10:44). Do upływu terminu składania wniosków do godziny 12:00 pozostała 1 godzina i 16 minut. Odwołujący nie podjął czynności ponownego wgrania brakującego wniosku, pomimo istnienia takich możliwości, co do faktu złożenia dodatkowych dokumentów przed upływem terminu do ich składania oraz czasu złożenia – wskazania Zamawiającego zamieszczone w pkt 5 załącznika 08 do ogłoszenia - *INSTRUKCJA SKŁADANIA WNIOSKU - Wykonawca może przed upływem terminu do składania wniosków zmienić wniosek. W cel zmiany wniosku, należy postępować zgodnie z Instrukcją korzystania z Platformy w celu złożenia wniosku, udostępnionej na stronie: .*

Terminy składania wniosków, podobnie jak ofert, są terminami zawitymi, nie podlegają ani przywróceniu ani nie ma możliwości powtórzenia tej czynności po upływie terminu na jej dokonanie, co podkreślił Zamawiający w pkt 6 załącznika 08 do odwołania - *INSTRUKCJA SKŁADANIA WNIOSKU – Wykonawca nie może wycofać wniosku ani wprowad jakichkolwiek zmian w treści wniosku tj. usunąć jakichkolwiek plików wczytanych na Platformę <u>po upływie terminu składania wniosków.</u>*

Udowodnienie nie zapewnienia przez Zamawiającego narzędzi i urządzeń wykorzystywanych do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz właściwości technicznych by były niedyskryminujące,

ogólnie dostępne oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia – stanowi podstawę do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp *(art. 93. 1. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (…) 7) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; art. 146. 1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: (…). 6. 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).*

Odwołujący nie udowodnił okoliczności spełniających przesłanki cytowanych przepisów ustawy Pzp.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowiący o obowiązku zamawiającego wezwania wykonawców do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, dotyczących:

– oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a więc dokumentów potwierdzających: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia - (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp);

– aktualnego na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:
1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu; 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3 - (art. 25 ust. 1a ustawy Pzp)

– dotyczy ofert / wniosków złożonych.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi o obowiązku zamawiającego poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Pojęcie *oczywistych omyłek pisarskich* było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Oczywistą omyłką pisarską, jestniezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Oczywistą omyłkę pisarską poprawia sam zamawiający bez udziału wykonawcy.

Podobnie jak stosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tak też art. 87 ust. 2 pkt 1 – możliwe jest co do treści złożonej oferty / analogicznie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – dokumentów skutecznie złożonych zamawiającemu, które nadają składającemu podmiotowi status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 2 ustawy Pzp - *Ilekroć w ustawie jest mowa o: (...) 11) wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego*).

Przepisy nie mają zastosowania w sytuacji, gdy podmiot uzyskujący status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez złożenie oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie złożył takich dokumentów (oświadczenia woli w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego).

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że w *Informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i spełniania tych warunków przez wykonawców* z dnia 14 marca 2019 r. w części III. *Wykonawcy nie zaproszeni do dialogu konkurencyjnego,* Zamawiający nie wskazał wprost na zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, część ta, to cytat z przywołanego komentarza.

W sytuacji, gdy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie został skutecznie złożony, nie został przyjęty na Platformę Zamawiającego – nie udowodniono przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, pomimo przygotowania wniosku (wg dowodów Odwołującego) w sposób właściwy. Obiektywnie wniosku nie było w dniu 21 stycznia 2019 r. o godzinie 10:44 i nie złożono wniosku do upływu terminu składania wniosków, pomimo istniejącej możliwości. Brak jest więc podstaw do uznania, że wniosek został złożony lub niezłożenie wynikało z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Zatem, stanowisko wskazane w przywołanym komentarzu nie jest pozbawione podstaw faktycznych i prawnych.

Skoro wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie został złożony (nie został wgrany), nie był i nie mógł być oceniany przez Zamawiającego, brak jest podstaw do uznania, że mogło dojść do naruszenia przepisów art. art. 60d ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowiących: 1. *O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. 2. Zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3.*

Naruszenie przepisów art. 7 ust. 1-3 ustawy Pzp *(1. 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. 2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.)*, jest zazwyczaj skutkiem naruszenia przepisów szczególnych ustawy, na co Odwołujący też wskazał w zarzutach pkt 3 i 4. Jako samodzielną podstawę zarzutu wskazał przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w pkt 5.

Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przywołanych przepisów szczególnych oraz zasad z art. 7 ustawy Pzp, w tym obowiązku zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Reasumując powyższe, Izba oddaliła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba zaliczyła do kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (15 000 zł) i zasądziła na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł – na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy (§ 3 pkt 1 lit. a; § 3 pkt 2 lit. b; § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia).

Przewodniczący: ……..……..……..……..……..……..