Sygn. akt: KIO 1181/19

WYROK

z dnia 8 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Małgorzata Matecka
Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2019 r. przez wykonawcę OTIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Metro Warszawskie w Warszawie

przy udziale wykonawcy Schindler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę OTIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę OTIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1181/19

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

I Metro Warszawskie w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na

wykonanie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie wymiany 30 szt. dźwigów osobowych na I linii metra w Warszawie, stacje A1 do A15 w latach 2019- 2022".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2019 r., poz. 2019/S 084-202360. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 24 czerwca 2019 r. wykonawca OTIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

a. art. 10b Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie zapewnienia, 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;

b. art. 86 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie podania w informacji z otwarcia ofert nazwy Odwołującego, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie Odwołującego;

c. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo tego, że doszło w nim do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania oraz skutkuje wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

d. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów Prawa zamówień publicznych,

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W dniu składania ofert, Odwołujący, postępując zgodnie z przygotowaną przez Marketplanet „Instrukcją korzystania z platformy zakupowej w celu złożenia oferty elektronicznej" (dalej jako: „Instrukcja"), wypełnił formularz oferty oraz załączył wymagane

dokumenty. Po wypełnieniu formularza ofertowego Odwołujący potwierdził akceptację wymogów SIWZ bez zastrzeżeń. Zgodnie z Instrukcją, kolejnym krokiem powinno być wciśnięcie przycisku „Złóż ofertę", jednak przycisk ten był nieaktywny, co uniemożliwiało złożenie oferty. W zaistniałej sytuacji, jako że Instrukcja nie przewidywała wskazówek dla wykonawców, którzy napotkali podobne problemy, Odwołujący skontaktował się telefonicznie z pomocą techniczną pod numerem wskazanym przez Zamawiającego w punkcie 1 SIWZ. Konsultant za pomocą dostępnych mu narzędzi ustalił, że oferta Odwołującego wprowadzona do platformy zakupowej jest kompletna, natomiast przed upływem terminu na składanie ofert nie był w stanie określić powodu nieaktywności przycisku „Złóż ofertę". W efekcie termin składania ofert upłynął,

a Odwołujący nie miał możliwości złożenia oferty, która została wprowadzona do platformy zakupowej zgodnie z Instrukcją.

Odwołujący podnosił, że zgodnie z art. 10b Prawa zamówień publicznych Zamawiający ma obowiązek zapewnić, 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. Należy zatem stwierdzić, że zgodnie z powyższym przepisem to Zamawiający odpowiada za zapewnienie, aby wskazana w SIWZ platforma zakupowa umożliwiała wykonawcom wykonanie wszelkich czynności, jakie są niezbędne do wzięcia udziału w postępowaniu. Tę czynność zamawiającego należy traktować zarówno jako element przygotowania, jak i prowadzenia postępowania, a uchybienie temu obowiązkowi, stanowi podstawę do wniesienia odwołania.

Odwołujący w odwołaniu twierdził, że postępując zgodnie z Instrukcją, nie mógł złożyć oferty w postępowaniu, najprawdopodobniej z uwagi na błąd techniczny platformy zakupowej, za pomocą której, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, wykonawcy mieli składać oferty. Nienależyte działanie platformy zakupowej wskazanej przez Zamawiającego do komunikacji z wykonawcami, uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty i pozbawiło go dostępu do Zamówienia. Fakt wskazania w SIWZ infolinii, na którą wykonawcy mieli zgłaszać problemy

techniczne, pozostaje bez znaczenia, bowiem konsultanci nie byli w stanie udzielić Odwołującemu odpowiedniej pomocy technicznej.

Odwołujący podnosił również, że nie był w stanie znaleźć rozwiązania tego problemu w instrukcji korzystania z platformy ani w innych dostępnych powszechnie źródłach (m.in. na forach internetowych oraz na branżowych stronach internetowych). Pomimo szeregu działań podejmowanych w dobrej wierze przez Odwołującego złożenie oferty okazało się niemożliwe wyłącznie z przyczyn technicznych leżących po stronie Zamawiającego.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, powyższe zaniechanie Zamawiającego narusza nie tylko obowiązujące przepisy Prawa zamówień publicznych (w szczególności art. 10b), ale także stoi w sprzeczności z celem i duchem przepisów dot. elektronizacji zamówień publicznych, które zakładają zwiększenie dostępności zamówień publicznych (w szczególności dla podmiotów z sektora MŚP) oraz uproszczenie procesu zakupowego. Odwołujący podkreśla, że dla oceny przedmiotowego stanu faktycznego nie ma znaczenia świadomość czy wola Zamawiającego. Odwołujący nie zarzuca w szczególności, że Zamawiający celowo doprowadził do niemożliwości złożenia oferty przez Odwołującego. Kluczowe w przedmiotowym stanie faktycznym jest to, że wykonawca nie może ponosić negatywnych następstw wadliwego działania rozwiązań informatycznych stosowanych przez Zamawiającego, ponieważ to po stronie Zamawiającego leży obowiązek zapewnienia takich narzędzi, które umożliwią zgodne z cytowanymi powyżej przepisami składanie oświadczeń w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę fakt, że ze względu na wadliwe działanie platformy zakupowej dostęp wykonawców do zamówienia był ograniczony albo tak jak w przypadku Odwołującego, wręcz uniemożliwiony, należy, zdaniem Odwołującego, uznać, że problemy techniczne, które pojawiły się w dniu składania ofert na platformie zakupowej, stanowią przesłankę do unieważnienia postępowania z uwagi na zaistnienie niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W zaistniałym stanie faktycznym uchybienie Zamawiającego w zakresie dostarczenia odpowiedniego narzędzia wykorzystywanego do komunikacji z wykonawcami stanowi również, w ocenie Odwołującego, naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Wymóg składania ofert za pośrednictwem platformy Marketplanet został przewidziany przez Zamawiającego w SIWZ dla wszystkich wykonawców. Instrukcja była zamieszczona na stronie platformy zakupowej, co oznacza, że była dostępna dla wszystkich potencjalnych wykonawców. Niemniej jednak, zdaniem Odwołującego, nie wszyscy wykonawcy postępujący zgodnie z Instrukcją zostali potraktowani identycznie, części z nich, dostęp do Postępowania został ograniczony bądź uniemożliwiony.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podkreślał, że Odwołujący w żaden sposób tego nie udowadnia swoich racji, np. poprzez zdjęcia, zrzuty ekranu, czy konkretne twierdzenia. Zamawiający podnosił, że Odwołujący nie podjął kontaktu z Zamawiającym przed upływem terminu składania ofert w celu uzyskania wsparcia, pomocy czy zgłoszenia problemu, o ile takie faktycznie wystąpiły.

Zamawiający przedstawił czynności, jakie powinien wykonać wykonawca, który chce wziąć udział w postępowaniu i złożyć ofertę:

1. Utworzyć konto na One Place, w tym zapoznać się i zaakceptować Regulamin, o ile wcześniej go nie posiadał (Odwołujący posiadał konto na One Place przed wszczęciem postępowania).

2. Zalogować się.

3. Wybrać postępowanie, którym jest zainteresowany, a następnie kliknąć „Przejdź do formularza ofertowego". Nastąpi przekierowanie na Platformę Zakupową Zamawiającego, do konkretnego postępowania.

4. Wykonawca może przystąpić do postępowania, klikając „Przystąp do postępowania" lub pobierać i przeglądać zamieszczoną dokumentację (Odwołujący przystąpił do postępowania w dniu 05.06.2019 roku).

5. Po kliknięciu „Przystąp do postępowania" następuje przekierowanie do formularza oferty, w którym wykonawca widzi informacje, ile czasu pozostało do końca (terminu składania ofert), dane do wypełnienia przez wykonawcę: Oferta składana przez konsorcjum, Czy wykonawca wieści się w grupie małych i średnich przedsiębiorstw?, Ilość wymaganych podpisów (elektronicznych), Załączniki JEDZ z możliwością dodawania plików, Ilość podwykonawców na części, Pozostałe informacje żądane od Dostawcy przez zamawiającego, Lista pozycji wraz z cenami, dokumenty z możliwością dołączania plików. Po uzupełnieniu pól wykonawca powinien kliknąć „złóż ofertę".

Platforma Zakupowa, w przypadku korzystania przez wykonawcę z oprogramowania oraz sprzętu zgodnego z wymaganiami Regulaminu poprosi o potwierdzenie: „Potwierdzam, że zapoznałem się z dokumentami zamówienia i chcę złożyć ofertę", co należy potwierdzić albo anulować.

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

7. Wykonawca widzi Platformę Zakupową, na której powinien otrzymać powiadomienie w formie okienka o prawidłowym złożeniu oferty. W ofercie, na dole strony, Wykonawca widzi informacje: oferta złożona, kiedy i o której godzinie. Wykonawca może również wygenerować raport dotyczący złożonej oferty, z którego wykonawca może uzyskać informację o fakcie złożenia podpisu oraz o osobach, które podpisały ofertę.

Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie zrzuty i wydruki obrazujące powyższy proces, które złożył wcześniej w innym postępowaniu, ponieważ nie ma możliwości drugi raz utworzyć konta na Platformie Zakupowej. Konto na Platformie Zakupowej utworzył i wygenerował dokumenty pracownik Zamawiającego podpisujący odwołanie do sprawy KIO 217/19.

Wykonawca ma możliwość za pośrednictwem Platformy Zakupowej modyfikowania lub wycofania oferty do upływu terminu składania ofert, stosownie do jego woli. Wykonawca, zachowując należytą staranność, powinien wcześniej zapoznać się z Platformą Zakupową Zamawiającego np. poprzez testowe złożenie oferty oraz uwzględnić czas konieczny na działania związane z ryzykiem związanym z ewentualnymi trudnościami.

Zamawiający podkreślał, że wcześniejsze złożenie oferty nie oznacza, że wykonawca nie może jej zmienić czy wycofać. Platforma Zakupowa Zamawiającego pozwala na modyfikację, jak

i wycofanie oferty do upływu terminu składania ofert. Treść oferty jest widoczna wyłącznie dla wykonawcy do upływu terminu otwarcia ofert.

Zamawiający nie posiada wiedzy, jakie czynności wykonał Odwołujący, zakładając, iż usiłował złożyć ofertę.

Potwierdzeniem prawidłowego działania Platformy Zakupowej jest oświadczenie Otwartego Rynku Elektronicznego S.A., czyli Marketplanet z dnia 02.07.2019 roku, w którym jednoznacznie wskazuje, iż nie wystąpiły błędy uniemożliwiające złożenie oferty, jak i fakt złożenia w tym czasie ofert przez innych wykonawców. Żaden z wykonawców nie zgłosił problemów ze składaniem oferty. Co więcej Odwołujący był aktywny na Platformie Zakupowej w dniu 14.06.2019 roku.

Trzech wykonawców złożyło oferty w tym postępowaniu: przystępujący (o godz. 11.43) oraz Liftprojekt Inżynieria Dźwigowa Paweł Rafalik (o godz. 9.45) oraz Techwind Jan Rutkowski (o godz. 10.09).

Zamawiający zauważał, że złożenie przez innych wykonawców ofert potwierdza zapewnienie przez Zamawiającego sprawnych narzędzi do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej i sprawne działanie Platformy Zakupowej w dniu 14.06.2019 r. do upływu terminu składania ofert, tj. godz. 12.00. Również potwierdzeniem powyższego jest stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 02.07.2019 roku z Marketplanet. Zatem twierdzenie Odwołującego, iż Platforma Zakupowa Marketplanet nie zapewniła możliwości skutecznego i sprawnego złożenia oferty, jest w ocenie Zamawiającego nieprawdziwe.

Ponadto Zamawiający podnosił, że szczegółowy sposób postępowania wykonawców został wskazany w Regulaminie korzystania z Marketplanet OnePlace, jak i Instrukcji wykonawcy. Każdy wykonawca powinien dokonać rejestracji na Platformie Zakupowej. Podczas rejestracji musi zaakceptować Regulamin OnePlace, którego treść jest dostępna poprzez kliknięcie hiperłącza „Regulamin" oznaczonego kolorem pomarańczowym w pierwszym wersie pod polami z kodem z obrazka.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 86 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, w ocenie Zamawiającego, wobec niezłożenia oferty przez Odwołującego, prawidłowo działający Zamawiający nie mógł podać informacji o cenie, jak i innych elementach ofert Odwołującego wskazanych w tej normie prawnej.

Ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym jako wnoszącym odwołanie, inicjującym spór, i to on obowiązany jest do udowodnienia zarzutów, które sprowadzałyby się do wykazania niesprawności narzędzi informatycznych - Platformy Zakupowej. Obowiązek dowodowy obciążający Odwołującego wynika zarówno z art. 6 Kc, jak i art. 190 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są

obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przedstawione przez Zamawiającego powyżej dowody wskazują, iż Platforma działała prawidłowo i bez zarzutu. Odwołujący nie wykazał za pomocą przedstawionych przez siebie dowodów, że niemożność złożenia przez niego oferty leżała po stronie platformy Marketplanet, a nie wynikała np. z wadliwości podejmowanych przez niego samego czynności czy przyczyn leżących po jego stronie.

Złożenie przez innych wykonawców ofert potwierdza zapewnienie przez Zamawiającego sprawnych narzędzi do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz potwierdza, że ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie ograniczały wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Musi zostać wykazane, że brak możliwości złożenia oferty wynikał z wadliwości działania systemu informatycznego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Schindler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Przystępujący).

Il Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły - wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w dniu 30 kwietnia 2019 r. ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie wymiany

30 szt. dźwigów osobowych na I linii metra w Warszawie, stacje A1 do A15 w latach 2019-2022" o nr ref. WP.25.00081.2019.S.P.PAWA.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 14 czerwca 2019 r., na godz. 12.00. Zgodnie z punktem 17.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: SIWZ), wykonawcy mieli składać oferty w formie elektronicznej za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego , tj. za
pośrednictwem platformy Marketplanet.

Odwołujący w odwołaniu podał, że w dniu składania ofert, po wypełnieniu formularza ofertowego potwierdził akceptację wymogów SIWZ bez zastrzeżeń. Zgodnie z instrukcją, kolejnym krokiem powinno być wciśnięcie przycisku „Złóż ofertę", jednak przycisk ten był nieaktywny, co uniemożliwiało złożenie oferty. W zaistniałej sytuacji, jako że instrukcja nie przewidywała wskazówek dla wykonawców, którzy napotkali podobne problemy, Odwołujący skontaktował się telefonicznie z pomocą techniczną pod numerem wskazanym przez Zamawiającego w punkcie 1 SIWZ. Konsultant za pomocą dostępnych mu narzędzi ustalił, że oferta Odwołującego wprowadzona do platformy zakupowej jest kompletna, natomiast przed upływem terminu na składanie ofert nie był w stanie określić powodu nieaktywności przycisku „Złóż ofertę".

Na rozprawie Odwołujący twierdził, że z całokształtu okoliczności towarzyszących usiłowaniu złożenia przez niego oferty wynika, że Zamawiający de facto wprowadził wymóg ustawowy, nie wynikający zresztą nawet wprost z SIWZ. Oświadczał, że dysponował prawidłowo sporządzoną ofertą w odpowiednim czasie w formie przewidzianej przepisami i SIWZ, odpowiednio podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jednak jej złożenie nie było możliwe. Taka sytuacja nie jest analogiczna do spóźnienia w złożeniu oferty, ponieważ Odwołujący był przygotowany do jej złożenia w odpowiednim czasie, jednak nie było to możliwe z powodów wynikających z samej platformy, a nieprzewidzianych w instrukcji.

Przedłożył na rozprawie zrzuty ekranu z innego postępowania, wykonane po terminie

składania ofert. Odwołujący na rozprawie wyjaśniał, że na print screen'ach uwidoczniony jest proces instalacji aplikacji Szafir. Wskazuje, że w SIWZ nie było żadnej informacji na temat konieczności instalacji takiego oprogramowania. Informacja ta znalazła się tylko w regulaminie platformy. W trakcie składania oferty okazało się, że, mimo że Odwołujący dysponował dokumentami w prawidłowej formie i prawidłowo podpisanymi kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to nie jest możliwe złożenie oferty przez przekazanie tych elementów za pomocą platformy, ponieważ komputer, za pomocą którego składana jest oferta, musi być wyposażony w oprogramowanie umożliwiające składanie kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W ocenie Odwołującego zmienia to i praktykę, i formę składania oferty, ponieważ uniemożliwia złożenie oferty przez posłańca, a złożenie oferty możliwe jest wyłącznie przez osobę uprawnioną do reprezentacji. Jest to nowy wymóg co do nowej formy czynności prawnej, nie przewidziany ani w SIWZ, ani w obowiązujących przepisach. Podkreśla, że dokumenty składające się na ofertę były zgodne z wymogami co do formy i podpisu zarówno rozporządzenia, jak i SIWZ.

W konsekwencji Odwołujący twierdził, że dopiero w trakcie składania oferty, Odwołujący zorientował się, że nie może złożyć oferty tak jak zamierzał, a więc zakończył proces na pierwotnie wybranym komputerze i wznowił go na innym komputerze, należącym do osoby uprawnionej do reprezentacji i wyposażonym w oprogramowanie umożliwiające złożenie kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Tymczasem okazało się, że po wznowieniu procesu nie ma możliwości złożenia oferty, a jedyny aktywny przycisk to „modyfikuj ofertę". Odwołujący nie użył tego przycisku, ponieważ nie zamierzał modyfikować oferty. W konsekwencji Odwołujący zastanawia się, gdzie znajduje się granica koniecznej staranności - jego zdaniem, dysponując dokumentami składającymi się na ofertę 7 minut przed terminem składania ofert, wprowadzonymi na platformie (w odpowiedniej formie i właściwie podpisanymi), dochował należytej staranności.

Odwołujący, mimo że w odwołaniu twierdził, że próbował skontaktować się z pomocą techniczną, nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że po wystąpieniu napotkanych trudności w złożeniu oferty, przed upływem terminu składania ofert, w jakikolwiek sposób próbował się skontaktować ze wsparciem technicznym. Nie przedstawił również żadnych dowodów dokumentujących jego niepowodzenia w trakcie procesu składania ofert - przedłożone na rozprawie zrzuty ekranu pochodziły z innego postępowania, należącego do innej kategorii (poniżej tzw. progów unijnych).

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

W ocenie Izby Odwołujący nie tylko nie udowodnił, że doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych przez zastosowanie przez Zamawiającego dyskryminacyjnych narzędzi do składania ofert, ale wręcz uprawdopodobnił, że przyczyna niemożności złożenia oferty leżała po jego stronie.

Odwołujący podjął czynności związane z ostatecznym złożeniem oferty kilka minut przed terminem składania ofert. Jest to, oczywiście, prawo wykonawcy, jednak w tak krótkim czasie przed terminem składania ofert trzeba brać pod uwagę różnego rodzaju ryzyka związane z technicznym funkcjonowaniem narzędzia do składania ofert. Należy tu też przyznać rację Zamawiającemu, że - nawet jeśli ofertę zamierzają złożyć w ostatniej możliwej chwili - wykonawcy wcześniej powinni zapoznać się z technicznymi aspektami funkcjonowania danej platformy zakupowej, wiadomo bowiem, że ich obsługa, sposób działania czy wymagania techniczne, mogą się między sobą różnić. Z tego też powodu już na etapie sporządzania SIWZ wykonawcy są informowani, z której platformy korzysta zamawiający.

Odwołujący sam podał na rozprawie, że w trakcie próby podpisania formularza ofertowego okazało się, że na komputerze, na którym próbowano dokonać tej czynności, nie było oprogramowania pozwalającego na złożenie kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Oprogramowanie trzeba było zainstalować, ale osoba dokonująca tej czynności nie była uprawniona do złożenia takiego podpisu. Odwołujący zalogował się więc na kolejnym komputerze, należącym do osoby mogącej złożyć wymagany podpis, wznowił proces składania oferty, ale nie pojawił się przycisk „złóż ofertę" tylko „modyfikuj ofertę". Odwołujący nie wiedział, co zrobić w takiej sytuacji, ale nie skontaktował się ze wsparciem technicznym.

Powyższe okoliczności potwierdzają, że nie doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych wskazywanych przez Odwołującego. Narzędzia przewidziane przez Zamawiającego do składania ofert nie były dyskryminacyjne - za dyskryminację nie można bowiem uznać konieczności złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Również inni wykonawcy złożyli oferty w postępowaniu nie zgłaszając żadnych trudności.

Wywody Odwołującego na rozprawie wskazujące na „niemożliwość złożenia oferty przez posłańca", skoro podpis pod formularzem ofertowym musi złożyć osoba uprawniona i mogąca użyć podpisu elektronicznego, są chybione. Po pierwsze, formularz ofertowy w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi być podpisany przez osobę uprawnioną do reprezentacji. Po drugie, jeżeli Odwołujący miał jakiekolwiek

zastrzeżenia co do procesu składania oferty w postępowaniu, należało je zgłosić w odpowiednim czasie.

Chybione w ocenie składu orzekającego są również wywody co do braku związania regulaminem platformy - Odwołujący, logując się do platformy, musi zaznaczyć odpowiednie pole, potwierdzając, że zapoznał się z regulaminem platformy.

Reasumując, nie zaistniały podstawy do stwierdzenia, że narzędzia przewidziane przez Zamawiającego do składania ofert w postępowaniu są dyskryminacyjne i prowadzą do nierównego traktowania wykonawców, czy utrudniają uczciwą konkurencję. W konsekwencji nie ziściła się podstawa unieważniania postępowania - w ocenie Izby nie jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Zamawiający nie podał podczas otwarcia ofert informacji o ofercie Odwołującego, ponieważ nie została ona skutecznie złożona.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 10b, art. 86 ust. 4 oraz 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

Członkowie: