

**WYROK**

**z dnia 22 stycznia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

**W.S.O.P. Sp. z o.o.**

z siedzibą w Knurowie przy ul. Dworcowej 62 (44-190 Knurów) oraz **WTC Sp. z o.o.**

z siedzibą w Długołęce przy ul. Polnej 31 (55-095 Mirków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego**

z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 94 (00-807 Warszawa)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Gdańsku przy ul. Marynarki Polskiej 55 E (80-557 Gdańsk) oraz **ODIUT AUTOMEX Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdańsku przy ul. Marynarki Polskiej 55 D (80-557 Gdańsk) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **W.S.O.P. Sp. z o.o.** z siedzibą w Knurowie oraz **WTC Sp. z o.o.** z siedzibą w Długołęce i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawców 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 15/20

**Uzasadnienie**

Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”, na zakup mobilnych jednostek diagnostycznych w ramach projektu pn.: *Wzmocnienie potencjału Inspekcji Transportu Drogowego współfinansowanego z Funduszy Europejskich w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020* (numer sprawy: BDG.ZPB.072.06.2019), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lipca 2019 r., pod numerem 2019/S 124-302382.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 2 stycznia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: W.S.O.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie oraz WTC Sp. z o.o. z siedzibą w Długołęce (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec niezgodnej z przepisami Pzp czynności podjętej przez zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania oraz zaniechaniu przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp przez nieuprawnione i niezasadnione unieważnienie postępowania na skutek wadliwej oceny przesłanek unieważnienia i błędnego przyjęcia, iż przedmiotowe postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy brak było wad postępowania, które obligują zamawiającego do unieważnienia przetargu, w szczególności brak jest podstaw do przyjęcia, że ewentualne uchybienia zamawiającego mogły w chwili unieważnienia przetargu mieć wpływ na wynik postępowania;
- 2) art. 25 ust. 3 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE przez błędne przyjęcie, że kwalifikowany podpis wydany przez węgierskiego dostawcę NetLock nie został uznany w niniejszym postępowaniu, podczas gdy został on uznany, nie był nigdy kwestionowany, a jedynie wystąpiły techniczne problemy z jego automatyczną weryfikacją;
- 3) art. 10b Pzp przez błędne przyjęcie, że trwający przez niespełna 4 godziny proces weryfikacji podpisu elektronicznego wykonawcy Energotest Diagnosztikai és Automatizalasi z siedzibą w Dunaharaszti, zwanego dalej: „Energotest” ograniczył temu oferentowi dostęp do postępowania, w sytuacji gdy oferent ten zaniechał wcześniejszej weryfikacji podpisu elektronicznego na Platformie Zakupowej Zamawiającego, mimo iż od ogłoszenia o zamówieniu do terminu składania ofert upłynęło 88 dni – odwołujący natomiast dokonał takiej weryfikacji po zalogowaniu się na Platformie Zakupowej, a następnie w każdym kolejnym tygodniu sprawdzał aktualność tej weryfikacji;

4)na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 odwołujący zarzucił naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp przez przedwczesne unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy zamawiający zaniechał podjęcia jakichkolwiek czynności w celu ustalenia:

- czy „konstrukcja ścieżki zaufania” certyfikatu NetLock spełniała wymagania interoperacyjności wynikające z Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE, w szczególności z art. 28 i załącznika nr 1;
- czy oferta złożona przez Energotest w dniu 26 września 2019 r. o godz. 13:46 była najkorzystniejsza w porównaniu z dwoma pozostałymi ofertami złożonymi w terminie.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- dokonania czynności badania i oceny ofert zgłoszonych w terminie, względnie - w przypadku uznania zarzutu z pkt 4 powyżej - dokonania ustaleń: czy „konstrukcja ścieżki zaufania” certyfikatu NetLock spełniała wymagania interoperacyjności wynikające z Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE, w szczególności z art. 28 i załącznika nr 1 oraz 2) czy oferta złożona przez Energotest w dniu 26 września 2019 r. o godz. 13:46 była najkorzystniejsza w porównaniu z dwoma pozostałymi ofertami złożonymi w terminie - i w zależności od tych ustaleń dokonanie oceny, czy w sprawie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania, a w przypadku negatywnej odpowiedzi na to pytanie dokonanie czynności badania i oceny ofert zgłoszonych w terminie.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z:

- przesłuchania świadka - Prezesa Zarządu KIR S.A. na okoliczności związane z weryfikacją podpisu elektronicznego, w tym w szczególności na okoliczność wyjaśnienia na czym polegała „nietypowa konstrukcja ścieżki zaufania dla tego CA, która wymagała niestandardowego podejścia do budowy ścieżki certyfikacji”;
- przesłuchanie świadka - Wiceprezesa Zarządu W.S.O.P. Sp. z o.o. na okoliczności związane z dokonaniem przez odwołującego rejestracji na platformie zakupowej zamawiającego i rozpoczęciem procesu składania i podpisywania oferty, w tym sposobu i częstotliwości weryfikowania podpisu elektronicznego przy pomocy testu dostępnego na platformie zamawiającego;
- przesłuchania świadka – J.B. (specjalista ds. obsługi klienta w Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. - dostawcy platformy zakupowej zamawiającego) - na okoliczności związane z weryfikacją podpisu elektronicznego przedstawiciela firmy Energotest, w tym w szczególności na okoliczność w jaki sposób i kiedy ww. podpis elektroniczny został ostatecznie zweryfikowany;
- opinii biegłego informatyka na okoliczność przyczyn, dla których proces weryfikacji podpisu elektronicznego złożonego przez przedstawiciela firmy Energotest rozpoczęty w dniu 26 września 2019r. o godz. 10:13 nie zakończył się przed godz. 13:00.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku prawidłowego zastosowania przez zamawiającego przepisów ustawy jego oferta mogłaby zostać oceniona jako najkorzystniejsza, co oznacza, że mógłby pozyskać zamówienie w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący stwierdził przy tym, że może zatem ponieść szkodę - nie uzyska zamówienia, pomimo że jego oferta mogła zostać uznana za najkorzystniejszą. Powyższe dowodzi o spełnieniu przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu do postawionych zarzutów odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że co do zasady unieważnienie postępowania winno być traktowane jako sytuacja wyjątkowa. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma bowiem zawsze na celu przede wszystkim doprowadzenie do zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Decyzja o unieważnieniu skutkuje tym, że ustaje toczące się postępowanie i nie może dojść do wyboru najkorzystniejszej oferty z wykonawcą, z którym miałyby zostać podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający unieważniając przedmiotowe postępowanie powołał się na art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. Dalej odwołujący zauważył, że przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp występuje w sytuacji, gdy postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy. Stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania nie tylko musi być niemożliwa do usunięcia, lecz także wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tych przepisach przesłanek. Należy do nich zaliczyć następujące okoliczności:

- musi wystąpić wada postępowania - zamawiający dokonał czynności lub zaniechał dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy;
- wada musi być niemożliwa do usunięcia;
- niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu, tj. konieczne jest wykazanie adekwatnego związku przyczynowego i realnego wpływu działania bądź zaniechania zamawiającego na wynik postępowania.

Za wadę postępowania w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nie można zatem uznać jakiegokolwiek naruszenia procedury udzielania zamówień publicznych, konieczne jest bowiem stwierdzenie w sposób niebudzący wątpliwości, że zaistniała wada jest nieusuwalna oraz że naruszenie (wada) może skutkować unieważnieniem umowy z uwagi na okoliczności wskazane w art. 146 ust. 6 Pzp, w tym z uwagi na to, że naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania odwołujący podniósł, że postępowanie nie jest obciążone żadną wadą, w szczególności nie uniemożliwiono wykonawcy Energotest złożenia oferty. Odwołujący wyjaśnił, że oferta ta została złożona, co wprost wynika z korespondencji prowadzonej między zamawiającym, wykonawcą Energotest oraz Ambasadorem Węgier. Nie wystąpiła zatem pierwsza i podstawowa ww. przesłanka

unieważnienia postępowania. Ponadto odwołujący podniósł, że zamawiający, stojąc na stanowisku zgodnie z którym Energotest został pozbawiony możliwości złożenia oferty w terminie z uwagi na błąd działania aplikacji Szafor SDK, zaniechał dokonania szczegółowych ustaleń jaka była przyczyna braku automatycznej weryfikacji podpisu, w szczególności czy nie leżała ona po stronie węgierskiego dostawcy NetLock i czy podpis używany przez Energotest spełniał wymagania interoperacyjności wynikające z Rozporządzenia 910/2014. W szczególności zamawiający nie dokonał żadnych ustaleń, czy za brak możliwości automatycznej weryfikacji podpisu ponosi odpowiedzialność KIR S.A. Zatem ustalenie istnienia przesłanki wady postępowania, o której mowa wyżej w pkt 1 było co najmniej przedwczesne. Po trzecie, zamawiający zaniechał jakichkolwiek ustaleń odnośnie wpływu, jaki na wynik postępowania miałaby oferta Energotest, przy czym należy podkreślić, że zamawiający miał i nadal ma możliwość dokonania takiej oceny, gdyż oferta ta została ostatecznie złożona, zatem możliwe jest ustalenie jej treści. W ocenie odwołującego zamawiający nie wykazał, aby przedmiotowe postępowanie było obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, czym naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp.

Po pierwsze – w ocenie odwołującego – problemów technicznych ze złożeniem podpisu elektronicznego przez wykonawcę Energotest nie można zaliczyć do wad postępowania, która skutkowałyby koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, skoro sam zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu wskazał, że powyższe problemy techniczne były niezależne od zamawiającego. Przy czym zamawiający zbyt pochopnie przyjął, że wynikały one z wady oprogramowania związanej z działaniem kontrolki Szafor SDK oraz że za wystąpienie ww. wady odpowiada Krajowa Izba Rozliczeniowa. Z pisma KIR S.A. z dnia 17 grudnia 2019 r. wynika, że podpis elektroniczny NetLock był oparty na „nietypowej konstrukcji ścieżki zaufania” i wymagał „niestandardowego podejścia do budowy ścieżki certyfikacji”. Zamawiający nie wyjaśnił na czym owa „nietypowość” i „niestandardowość” polegała. Zdaniem odwołującego nie można również uznać, że zaistniała wada postępowania była nieusuwalna. Podkreślenia wymaga bowiem, że z dokumentacji przetargowej wynika, iż wykonawcy Energotest ostatecznie udało się złożyć ofertę w dniu 26 września 2019 r. o godz. 13:46, przy czym termin składania ofert miał w dniu 26 września 2019 r. o godz. 13:00. Powyższe potwierdza fakt zwrotu oferty do Energotest oraz informacja uzyskana od zamawiającego w piśmie z dnia 30 grudnia 2019 r., zgodnie z którym oferta złożona po terminie przez wykonawcę Energotest została mu zwrócona na podstawie art. 84 ust. 2 Pzp. Z treści pisma wynika, że oferta została skutecznie złożona, jednakże po terminie. Wada postępowania nie może być zatem uznana za nieusuwalną, skoro oferta została skutecznie złożona, jednakże 46 minut po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego bądź podmiotu obsługującego platformę zakupową zamawiającego - Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. do przedłożenia dokumentacji systemowej, z której będzie wynikało, kiedy nastąpiło złożenie oferty przez wykonawcę Energotest oraz w jaki sposób przebiegała weryfikacja podpisu elektronicznego ww. Wykonawcy w dniu 26 września 2019 r. celem wykazania, że pomimo błędów oprogramowania wykonawca Energotest złożył w dniu 26 września 2019 r. ofertę, co oznacza, że ww. wada nie była nieusuwalna. W tym miejscu odwołujący podniósł, że co do zasady to na wykonawcach ciąży obowiązek skutecznego złożenia oferty w wymaganym przez zamawiającego terminie. W przypadku stwierdzenia problemów technicznych ze złożeniem podpisu elektronicznego w dniu 26 września 2019 r. Wykonawca Energotest mógł złożyć wniosek o przedłużeniu terminu składania ofert, co umożliwiłoby zamawiającemu zachowanie w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji. W piśmie z dnia 4 października 2019 r. zamawiający wskazał, że *„uprzejmie informuje, że pierwsza informacja dotycząca problemów ze złożeniem oferty została nam przekazana już po upływie terminu na składanie ofert, a wobec tego mając na uwadze zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców nie było możliwe dokonanie zmiany wyznaczonego terminu”*. Powyższe w opinii odwołującego potwierdziło, że gdyby Energotest poinformował zamawiającego przed upływem terminu ofert, a nie 46 minut po upływie tego terminu, o problemach technicznych związanych z możliwością złożenia podpisu elektronicznego, zamawiający z dużym prawdopodobieństwem przedłużyłby termin na składanie ofert. Nadto, z faktu, iż po godzinie 10 Energotest zgłosił usterkę do administratora platformy zakupowej świadczyło o tym, że miał on świadomość problemów ze skutecznym podpisaniem oferty. Z niewiadomych przyczyn nie poinformował on o tym zamawiającego i nie złożył wniosku o przedłużenie terminu do składania ofert. Dopiero gdyby zamawiający w tych okolicznościach odmówił przedłużenia terminu, można by było stawiać zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, w szczególności art. 10b Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, z pełną świadomością swoich działań bądź też zaniechał i konsekwencjami tych zachowań winien na etapie składania oferty dochować należytej staranności, aby uniknąć ewentualnych negatywnych konsekwencji wynikających np. z problemów technicznych ze złożeniem podpisu elektronicznego. Zwrócił uwagę na 4.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) oraz na okoliczność tego, że SIWZ wprost odwoływała się do Instrukcji użytkownika. Instrukcja ta zawierała część dotyczącą konfiguracji stanowiska pod podpis, w której zaleca się wcześniejsze przeprowadzenie testu podpisu. Na stronie: <https://oneDlance.marketolanet.pl/sprawdz-podpis> znajduje się przycisk „sprawdź podpis”, który umożliwia uruchomienie komponentu Szafor. Test podpisu polega na wybraniu certyfikatu i podpisaniu pliku tekstowego, co daje możliwość skonfigurowania podpisu elektronicznego. Odwołujący wnosi o zobowiązanie zamawiającego bądź podmiotu obsługującego platformę zakupową zamawiającego - Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. do przedłożenia dokumentacji systemowej, z której będzie wynikało czy, a jeżeli tak to kiedy, wykonawca Energotest weryfikował przed złożeniem oferty podpis elektroniczny przy pomocy testu dostępnego na platformie zakupowej, celem ustalenia, czy wykonawca dochował należytej staranności w ubieganiu się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Zdaniem odwołującego sposób działania wykonawcy Energotest wskazuje na zaniedbanie po jego stronie, które nie może być rozpatrywane w kategorii wady uniemożliwiającej zawarcie przez zamawiającego ważnej umowy. Ponadto odwołujący zaznaczył, że zamawiający, wyznaczył odpowiednio długi czas na składanie ofert. Termin ten był kilkakrotnie przedłużany i z pierwotnego terminu wyznaczonego na 2 sierpnia 2019 r. został ostatecznie ustalony na 26 września 2019 r. godz. 13:00. Wykonawca Energotest miał zatem możliwość wcześniejszego zweryfikowania podpisu elektronicznego, co umożliwiłoby usunięcie wady oprogramowania.

Niezależnie od daty dostarczenia poprawnej wersji kontrolki Szafor SDK, odwołujący ponownie podkreślił, że z dokumentacji przetargowej wynika, że wykonawcy Energotest pomimo wady oprogramowania udało się skutecznie złożyć ofertę o godz. 13:46, co w sposób oczywisty potwierdza, że wada ta nie była nieusuwalna. Wykonawca miał również możliwość złożenia odwołania od czynności otwarcia ofert, która nie uwzględniała złożonej przez niego po terminie oferty, czego jednak nie uczynił. Profesjonalny charakter działalności winien mieć swój przejaw w szczególności na etapie składania ofert i wyrażać się wykazaniem należytej staranności w zakresie korzystania przez wykonawcę z elektronicznej platformy zakupowej poprzez uprzednie zweryfikowanie technicznych możliwości złożenia oferty, w tym

odpowiednie skonfigurowanie podpisu elektronicznego. W ocenie odwołującego wykonawca Energotest miał możliwość zabezpieczenia prawidłowego sposobu złożenia własnej oferty.

Kolejną przesłanką prawidłowego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest istnienie związku przyczynowego pomiędzy wadą postępowania a niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w przedmiotowym stanie faktycznym oznacza konieczność wykazania, że stwierdzony błąd miał wpływ na wynik postępowania. Innymi słowy zamawiający był obowiązany dowieść, że konsekwencją błędu w oprogramowaniu kontrolki Szafir i weryfikacji podpisu elektronicznego wykonawcy Energotest z opóźnieniem jest wadliwy wynik postępowania, mając jednocześnie na uwadze, że tylko jednoznaczne stwierdzenie wpływu naruszenia na wynik postępowania może stanowić o nieważności umowy. Odwołujący wskazał, że w przypadku podejmowania przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp wpływ naruszeń przepisów Pzp musi prowadzić do rzeczywistej zmiany wyniku lub realnej możliwości zaistnienia takiej sytuacji. Nie jest zatem istotna hipotetyczna możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty, ale skutek w postaci rzeczywistej zmiany wyniku postępowania.

W ocenie odwołującego zamawiający przed unieważnieniem postępowania obowiązany był zatem zbadać, czy oferta wykonawcy Energotest mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Ciężar udowodnienia tych okoliczności spoczywa na zamawiającym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek w postaci unieważnienia postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp). Zamawiający powinien w tym celu przeprowadzić badanie i ocenę złożonych ofert oraz oferty złożonej przez Energotest i ustalić ich kolejność. Jeżeli oferta Energotest nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą i tym samym wybrana przez zamawiającego, to ewentualne naruszenie i tak pozostawało bez wpływu na wynik postępowania. Odwołujący wskazał, że z zawiadomienia o unieważnieniu, ani udostępnionej mu dokumentacji przetargowej nie wynika, aby zamawiający dokonał takiej analizy. Zamawiający arbitralnie uznał, że postępowanie obciążone jest nieusuwalną wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, nie wykazując normatywnych i faktycznych podstaw takiego stanowiska. Energotest w swoich pismach oraz w pismach kierowanych przez pełnomocnika nie twierdził, że jego oferta była najkorzystniejsza spośród wszystkich złożonych (w terminie i po terminie).

Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego bądź podmiotu obsługującego platformę zakupową zamawiającego - Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. bądź wykonawcę Energotest do przedłożenia kopii oferty ww. wykonawcy, która została złożona po terminie w dniu 26 września 2019 r. o godz. 13:46 celem zbadania, czy ww. oferta mogłaby zostać uznana w przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą, a zatem czy ewentualne naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający nie wykazał takiego naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Choć przepis art. 146 ust. 6 Pzp zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości pojawiające się w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Przyczyna unieważnienia postępowania powinna zostać sprecyzowana przez zamawiającego na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty i jest na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to w szczególności, że nie jest wystarczające powołanie się jedynie na generalną zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Konieczne jest wykazanie naruszenia przepisu Pzp, które miało lub co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji to na zamawiającym w takiej sytuacji ciąży ciężar wykazania: po pierwsze - wystąpienia naruszenia konkretnego przepisu Pzp regulującego udzielanie zamówień (wada postępowania), po drugie - istotnego charakteru tej wady, jako wpływającej na ważność umowy, po trzecie - związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożliwością zawarcia ważnej umowy, po czwarte - nieusuwalności wady przez zastosowanie instytucji dostępnych podmiotowi prowadzącemu postępowanie.

Zdaniem odwołującego wykazanie i udowodnienie ww. okoliczności spoczywa zawsze na zamawiającym. W niniejszym postępowaniu zamawiający wskazał wyłącznie na okoliczności faktyczne, z którymi wiąże konieczność unieważnienia postępowania, co nie może być uznane za wystarczające. Zamawiający winien wykazać, jaki wpływ na przyszłą umowę i ewentualną możliwość jej unieważnienia mają wskazane przez zamawiającego okoliczności, tj. zamawiający winien wykazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy zaistniałą wadą, a możliwością unieważnienia umowy. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający poprzestał na przywołaniu orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, które z uwagi na inny stan faktyczny nie może być nawet pomocniczo stosowane. W szczególności – w ocenie odwołującego – bezpodstawne jest powoływanie się przez zamawiającego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2671/18. Izba w stanie faktycznym ww. sprawy uznała, że wykonawca składający odwołanie nie wykazał, że niemożność złożenia oferty leżała po stronie zamawiającego oraz udostępnionego przez niego narzędzia do komunikacji, a nie z jego własnych zaniedbań bądź wadliwych zachowań. Z podobnym przypadkiem mamy do czynienia w niniejszej sprawie - zdaniem odwołującego niemożność złożenia oferty była skutkiem zaniedbań wykonawcy Energotest, który nie przeprowadził testu podpisu przed złożeniem oferty i nie zawnioskował o przedłużenie terminu składania ofert w związku z wystąpieniem problemów technicznych.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w ogóle nie przeprowadził analizy, czy oferta wykonawcy Energotest, gdyby została złożona w terminie, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, a zatem czy opóźnienie w weryfikacji podpisu elektronicznego ww. podmiotu mogło mieć jakikolwiek wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Zdaniem odwołującego unieważnienie postępowania na tym etapie jest wobec powyższego co najmniej przedwczesne. Odwołujący wskazał również, że zamawiający dokonując niedopuszczalnej wykładni rozszerzającej klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6 Pzp, wprost doprowadził do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a to z uwagi na fakt, że stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie oraz po udostępnieniu najlepszych ofert ww. wykonawców, wykonawcy Energotest, który w razie ponownego ogłoszenia analogicznego zamówienia będzie mógł odnosić swoją ofertę m.in. do oferty odwołującego. Możliwość zapoznania się z ofertą wykonawcy Energotest nie miał z kolei Odwołujący, gdyż w świetle przepisów Pzp, oferta zwrócona nie stanowi części dokumentacji przetargowej i załącznika do protokołu postępowania.

W odniesieniu do zarzutu podniesionego w pkt 2 odwołania, odwołujący wskazał, że z dokumentów znajdujących się w posiadaniu zamawiającego wynika, że procedura weryfikacji podpisu elektronicznego uległa przedłużeniu. KIR S.A., która dokonywała tej weryfikacji poinformowała zamawiającego, że przyczyną braku automatycznego rozpoznania certyfikatu wydanego przez NetLock była nietypowa konstrukcja ścieżki zaufania dla danego CA, która wymagała niestandardowego podejścia do budowy ścieżki certyfikacji. Kontrolka Szafir SDK nie wytworzyła automatycznej ścieżki certyfikacji.

Zamawiający przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania zaniechał wyjaśnienia czy „konstrukcja ścieżki zaufania” certyfikatu NetLock spełniała wymagania interoperacyjności wynikające z rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE, w szczególności z art. 28 i załącznika nr 1. Niemniej jednak w niniejszej sprawie istotne jest, że na żadnym etapie postępowania podpis elektroniczny oparty na kwalifikowanym certyfikacie węgierskim nie był kwestionowany przez stronę polską. Wydłużeniu podlegała jedynie procedura weryfikacji. Zatem nie miało miejsca naruszenie wskazanego wyżej przepisu rozporządzenia.

Jeśli chodzi o zarzut wskazany w pkt 3 odwołujący stwierdził, że zamawiający zapewnił wszystkim wykonawcom takie same narzędzia o takich samych właściwościach technicznych. Odwołujący wyjaśnił, że po zalogowaniu się do platformy zakupowej przetestował swój podpis elektroniczny, który wymagał szeregu uzupełnień i aktualizacji. Poza tym wskazał, że mniej więcej raz w tygodniu potwierdzał aktualność podpisu. Jest to praktyka powszechna i wymagana do tego, aby podpis był na bieżąco aktualny. Gdyby Energotest dochował również tych samych podstawowych mierników staranności, wówczas nie napotkałby na problemy techniczne dotyczące certyfikowania podpisu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: S. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku oraz ODIUT AUTOMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zwani dalej: „przystępującym”.

Przystępujący w piśmie o zgłoszeniu przystąpienia wskazał, że czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania w dniu 23 grudnia 2019 r., a w konsekwencji zaniechanie oceny złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej jest sprzeczna z Pzp i powinna zostać unieważniona przez zamawiającego, bowiem w toku postępowania nie wystąpiło podstawa do jego unieważnienia w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp. Unieważnienie postępowania naruszałoby również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – prowadziłyby do braku wyboru jednej z ofert, które złożone zostały przez wykonawców w terminie i należytą starannością.

Zgodnie z dokumentacją postępowania prowadzoną przez zamawiającego kwestia złożenia oferty przez Energotest był weryfikowana i szczegółowo badana przez zamawiającego po otrzymaniu zgłoszenia od Energotest. Jak wynika z dokumentacji postępowania wykonawca Energotest w dniu 26 września 2019 roku złożył ofertę w toku przedmiotowego postępowania, poprzez platformę zakupową, niemniej po upływie terminu do składania ofert – o godzinie 13:46. Informacja o wpływie oferty Energotest do zamawiającego w dniu 26 września 2019 r. o godzinie 13:46 została potwierdzona przez zamawiającego między innymi w piśmie zamawiającego z dnia 4 października 2019 r., 7 października 2019 r. jak piśmie z dnia 24 października 2019 r. Mając na uwadze powyższe skoro oferta wykonawcy Energotest wpłynęła do zamawiającego w dniu upływu terminu na składanie ofert i w dniu otwarcia ofert, to nie doszło do sytuacji, w której wykonawca ten został pozbawiony możliwości złożenia oferty w toku przedmiotowego postępowania. Wpływ oferty Energotest do zamawiającego jednoznacznie potwierdza, że Energotest miał możliwość złożenia oferty w toku przedmiotowego postępowania z pomocą narzędzi zapewnionych przez zamawiającego przed upływem terminu na składanie ofert, a nie uczynił tego wyłącznie z własnej winy. Stan faktyczny sprawy jednoznacznie wskazuje, że Energotest zwlekał z złożeniem oferty do upływu terminu otwarcia ofert.

W jego ocenie wskazywane przez zamawiającego problemy dotyczące kontrolki Szafir SDK oraz termin aktualizacji tego oprogramowania przez Krajową Izbę Rozliczeniową nie miały więc realnie żadnego znaczenia dla możliwości złożenia ważnej oferty przez Energotest skoro finalnie Energotest zdołał ją złożyć zamawiającemu za pomocą platformy zakupowej zamawiającego tyle, że po upływie terminu na składanie ofert. Narzędzia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne zapewnione przez zamawiającego, umożliwiały więc złożenie oferty przez Energotest – do czego przecież faktycznie doszło z tym że po terminie do składania ofert a tym samym były one 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.

W ocenie przystępującego, odwołujący słusznie wskazał, że dochowując należytej staranności Energotest winien był zapoznać się wcześniej z platformą zakupową zamawiającego i jej działaniem – zweryfikować możliwość złożenia z jej pomocą oferty, również aby w razie konieczności zawiadomić zamawiającego o ewentualnych problemach. Energotest zwlekał natomiast do ostatniej chwili z rozpoczęciem działań związanych z złożeniem swojej oferty a nawet z testem kwalifikowanego podpisu, którym zamierzał się posłużyć.

Przystępujący zwrócił uwagę, że zarówno w SIWZ jak i regulaminie platformy znajdowały się informacje i pouczenia o konieczności powzięcia środków ostrożności i odpowiednio wcześniejszego zapoznania się z platformą zakupową i jej działaniem oraz o możliwości wykonania testu podpisu elektronicznego. Podniósł w tym miejscu, że ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 1 lipca 2019 r., a termin składania ofert finalnie przypadał na dzień 26 września 2019 r. co dawało wykonawcom blisko trzy miesiące na weryfikacje i testy podpisów elektronicznych, którymi zamierzali opatrzyć składane oferty. Powyższa informacja była wyszczególniona przez zamawiającego, jasna i czytelna.

Okoliczności sprawy jednoznacznie wskazują, że gdyby Energotest wcześniej przystąpił do próby złożenia oferty czy choćby do wykonania testu podpisu którym zamierzał się posłużyć w toku postępowania to mógłby zawiadomić zamawiającego o zaistniałych niedogodnościach i podjąć działania w celu terminowego złożenia oferty. Jeżeli wykonawca zwleka do ostatniej chwili z zapoznaniem się z platformą, weryfikacją możliwości złożenia z jej pomocą oferty i złożeniem oferty w toku postępowania do czynni to wyłącznie na swoje ryzyko. Okoliczności te – wynikające z braku staranności wykonawcy nie mogą jednak stanowić podstawy do unieważnienia postępowania skutkującego przecież naruszeniem interesu i praw pozostałych wykonawców.

Przystępujący wyjaśnił, że nie stwierdzono błędnego działania aplikacji dedykowanej dla zamawiającego. Problem leżał w nietypowym podpisie elektronicznym wykorzystywanym przez Energotest. Zwrócić przy tym należy uwagę, że oprogramowanie zamawiającego wykorzystywało bardzo szeroko i powszechnie stosowaną kontrolkę Szafir SDK Krajowej Izby Rozliczeniowej – akredytowanego podmiotu świadczącego tego rodzaju usługi walidacyjne. Stwierdzić należałoby wręcz, że skoro kontrolka Szafir SDK nie rozpoznawała podpisu dostawcy NetLock jako kwalifikowanego podpisu elektronicznego to nie jest on podpisem będącym w powszechnym użyciu, z którym oprogramowanie zamawiającego musiało być interoperacyjne w rozumieniu art. 10b Pzp. Jak wynika z informacji znajdujących się w aktach postępowania przyczyną braku rozpoznania certyfikatu wydanego przez NetLock była nietypowa konstrukcja ścieżki zaufania danego CA, która wymagała niestandardowego podejścia do budowy ścieżki certyfikacji. Skoro podpis kwalifikowany wykorzystywany przez Energotest był nietypowy to nie można uznać aby był on produktem powszechnie

stosownym. Przymiot nietypowości wyklucza cechę powszechności. Narzędzia zamawiającego nie musiały być więc z nim interoperacyjne. Narzędzie zapewniane przez zamawiającego nie muszą być kompatybilne ze wszystkimi produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych a tylko z tymi będącymi w powszechnym użyciu.

Tym niemniej udostępnienie przez zamawiającego w ramach platformy zakupowej narzędzia do testu kwalifikowanych podpisów elektronicznych wykonawców stanowi o dochowaniu należytej staranności przez zamawiającego i uczynienie zadość przez niego obowiązkom wynikającym z art. 10b Pzp. W zaistniałej sytuacji bowiem zamawiający nie tylko zapewnił narzędzia kompatybilne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu ale i zapewnił narzędzie umożliwiające wykonawcom weryfikację kompatybilności w oparciu o które mogli oni wystąpić do zamawiającego o niezbędną aktualizację kontrolki Szafir SDK wykorzystywanej przez platformę zamawiającego w celu zapewnienia przez zamawiającego posłużenia się przez takiego wykonawcę mniej powszechnym podpisem elektronicznym. Mając na uwadze udostępnione przez zamawiającego oprogramowanie, w szczególności narzędzia testowe nie sposób uznać aby zamawiający nie zachował wymogów określonych art. 10b Pzp i art. 7 Pzp. Wręcz przeciwnie w zaistniałych okolicznościach uznać należy, że zamawiający prowadził postępowanie – do czasu jego unieważnienia, w sposób realizujący w pełni zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie przystępującego w przedmiotowym postępowaniu zamawiający, zgodnie z art. 10b Pzp, zapewnił narzędzia niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przetwarzaniu, przechowywaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nieograniczających wykonawcom dostępu do postępowania. Dowodem powyższego jest zarówno złożenie w terminie, za pomocą platformy zakupowej zamawiającego ofert przez innych wykonawców jak i de facto złożenie spóźnionej oferty przez Energotest. Twierdzenie, iż system nie zapewniał możliwości złożenia oferty wykonawcy Energotest, jest więc nieprawdziwe. Z treści SIWZ postępowania wynika, że oferty w toku postępowania powinny być złożone przez platformę zakupową zamawiającego i jak pokazują okoliczności sprawy taka możliwość istniała dla Energotest niezależnie od niedogodności związanych z uwierzytelnieniem stosowanego podpisu – stosowne dokumenty mogły być skutecznie przesłane zamawiającemu za pomocą tego narzędzia. Skoro bowiem wykonawca Energotest finalnie, zdołał złożyć ofertę, wątpliwym jest aby powodem niezłożenia oferty przez Energotest w terminie były problemy techniczne, a co bardziej prawdopodobne celowe działanie - w szczególności mając na uwadze, iż Energotest przystąpił do złożenia oferty dopiero w dniu upływu terminu na składanie ofert (pomimo pouczeń i ostrzeżeń zawartych w regulaminie platformy zakupowej), a zatem w ostatniej chwili, nie biorąc pod uwagę możliwych do wystąpienia niedających się przewidzieć obiektywnych okoliczności, choć miał na tę czynność blisko 3 miesiące mając na uwadze zmiany terminu na złożenie ofert, a swoją ofertę wraz z informacją o rzekomych problemach przesłał zamawiającemu już po otwarciu pozostałych ofert. Powyższe można odnieść do sytuacji, w której wykonawca w poprzedniej formule składania ofert planuje złożyć ofertę osobiście na kwadrans przed ostatecznym terminem i zamawiający unieważnia postępowania, ponieważ wykonawca utknął w korku drogowym. Ma to znamiona nienależytej staranności ze strony wykonawcy i takie działanie nie może zostać objęte ochroną prawną.

Przystępujący wskazał następnie, że zamawiający zapewnił we właściwy sposób możliwość nie tylko składania ofert, ale i komunikacji w postępowaniu – o czym świadczy bezsporna komunikacja w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a Energotest. Każdy potencjalny wykonawca miał do dyspozycji dane kontaktowe, obejmujące numery telefonów oraz adresy mailowe służące do komunikacji. Energotest winien w takiej sytuacji poinformować niezwłocznie zamawiającego o problemach i wnieść o ewentualną zmianę terminu składania ofert – Energotest zwlekał jednak do dokonania otwarcia ofert. Zgłoszenia ewentualnego problemu podmiotowi odpowiedzialnemu za działanie oprogramowania nie można utożsamiać z przekazaniem informacji zamawiającemu i każdy funkcjonujący w obrocie wykonawca zdaje sobie z tego sprawę. W takim przypadku zamawiający miałby czas i możliwość sprawdzenia opisanej okoliczności i przede wszystkim miałby wiedzę, że istnieje jeszcze jeden wykonawca, który ma wolę złożenia oferty w prowadzonym postępowaniu. Brak jakiegokolwiek informacji ze strony Energotest potwierdza fakt, iż nie był on zainteresowany złożeniem oferty prowadzonym w sposób w sposób uczciwy i zgodnie z zasadami Pzp w postępowaniu. Powyższe potwierdzają dalsze działania Energotest, które nakierowane były w pierwszej kolejności na zapoznanie się z ofertami pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty oraz zmianę trybu postępowania, a dopiero w dalszej kolejności na kwestionowaniu prawidłowości działań zamawiającego w związku z platformą zakupową, którą się posługiwał. Energotest pierwotnie nie był zainteresowany uzyskaniem informacji dotyczących weryfikacji jego podpisu i przyczyn jego błędnego działania a zainteresowany był treścią ofert złożonych przez przystępującego i odwołującego.

Zdaniem przystępującego to obowiązkiem wykonawcy, a nie zamawiającego jest przewidzieć wszelkie niesprzyjające uwarunkowania i zapewnić sobie czas niezbędny do skutecznego złożenia oferty w przypadku ich wystąpienia. W przypadkach losowych i w przypadku wystąpienia problemów technicznych istnieje możliwość zmiany terminu składania ofert gdy zamawiający poweźmie wiedzę, że istnieje jeszcze jeden wykonawca zainteresowany udziałem w przetargu, a który napotyka trudności techniczne. Nie zasługuje jednak na ochronę sytuacją, w której wykonawca zgłasza zastrzeżenia do działania platformy zakupowej zamawiającego po upływie terminu na składanie ofert i po dokonaniu już przez zamawiającego otwarcia ofert oraz zapoznaniu się treścią ofert konkurentów – w chwili gdy ma on już wiedzę o ofertach innych wykonawców.

Mając na uwadze powyższe w niniejszym postępowaniu – w ocenie przystępującego – nie istnieje podstawa do unieważnienia postępowania z mocy art. 93 ust. 1 pkt. 7) w związku z art. 146 ust. 6 Pzp, ponieważ w postępowaniu złożono w terminie ważne, niepodlegające odrzuceniu oferty, co dowodzi, że nie tylko postępowanie nie zostało obciążone wadą, ale wręcz przeciwnie - każde działanie zmierzające do jego unieważnienia będzie działaniem bezprawnym, aktem nieuczciwej konkurencji a przede wszystkim naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. Brak przystąpienia do postępowania wykonawcy, który nie dołożył należytej staranności, zamierzając złożyć ofertę w ostatniej chwili bez uprzedniego skorzystania z testu zapewnionego przez zamawiającego, nie stanowi naruszenia otwartej i uczciwej konkurencji.

Przede wszystkim jednak bezsporny fakt złożenia przez Energotest oferty w toku postępowania przetargowego – tyle, że po terminie, jednoznacznie potwierdza, że zapewnione przez zamawiającego narzędzia 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 ograniczały wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy, zatem unieważnienie postępowania

należy ocenić jako sytuację wyjątkową, która może zaistnieć wyłącznie po ziszczeniu się jednej z enumeratywnie wymienionych w art. 93 ust. 1 i 1a Pzp przesłanek. Przy czym przesłanki skutkujące unieważnieniem postępowania - jako prowadzące do wyjątku od zasady, iż celem prowadzonego postępowania jest udzielenie zamówienia - nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej.

Przystępujący podkreślił, że zamawiający nie udowodnił okoliczności faktycznych i prawnych, które mają uzasadniać unieważnienie postępowania. Zamawiający ograniczył się jedynie do ogólnych twierdzeń i w świetle całości akt postępowania zataił w uzasadnieniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania istotne okoliczności sprawy w szczególności fakt otrzymania w dniu 26 września 2019 r. od Energotest oferty w przedmiotowym postępowaniu.

W opinii przystępującego, zamawiający dokonując w dniu 23 grudnia 2019 r. bezpodstawnego i naruszającego przepisy Pzp unieważnienia postępowania, z uwagi na rzekome uniemożliwienie jednemu z potencjalnych wykonawców Energotest złożenia oferty z przyczyn rzekomo nieleżących po jego stronie naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. art. 146 ust. 6 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp i art. 10b Pzp, gdyż zamawiający zapewnił wykonawcom narzędzia testowe umożliwiające im weryfikację możliwości złożenia ofert za pomocą platformy zamawiającego i zgłoszenie zastrzeżeń zamawiającemu w celu usunięcia ewentualnych problemów, wykonawca Energotest złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, lecz uczynił to po upływie terminu na składanie ofert, a co za tym idzie narzędzie informatyczne, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie bez wątpienia nie miało wpływu na przebieg postępowania, nie została ograniczona konkurencja, skoro wykonawca ten mógł i złożył ofertę w jego toku, a narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne zapewnione przez zamawiającego 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, a w toku postępowania złożone zostały terminowo oferty innych wykonawców, złożone na takich samych zasadach, za pomocą tych samych narzędzi w warunkach uczciwej konkurencji i tym samym postępowanie to nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co więcej jego unieważnienia w zaistniałych okolicznościach narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w szczególności wobec wykonawców, którzy terminowo i dochowując staranności złożyli swoje oferty w toku postępowania. Raz jeszcze przystępujący podkreślił, że w przeciwieństwie do Energotest zarówno on jak i odwołujący podjęli niezbędne środki ostrożności, z należytą starannością i wyprzedzeniem przygotowując własne środki techniczne do złożenia ofert, a w związku z przedłużającymi się czynnościami zamawiającego od blisko pół roku ponoszą ciężar i koszty związania złożonymi ofertami. Zdaniem przystępującego unieważnienie postępowania w tych okolicznościach nie tylko stanowi czynność zamawiającego sprzeczną z Pzp, ale w szczególności czynność naruszającą prawa i interesy tych wykonawców – generującą wręcz szkodę w ich majątkach, naruszającą w zasadzie w każdym aspekcie zasadę równego traktowania wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów na okoliczności podniesione w niniejszym przystąpieniu i w celu wykazania okoliczności stanowiących podstawę zarzutów opisanych w treści odwołania wniesionego przez odwołującego:

- fotokopii załączonych do przystąpienia to jest: informacji z otwarcia ofert z dnia 26 września 2019 r., zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 23 grudnia 2019 r., pisma zamawiającego z dnia 4 października 2019 r., pisma zamawiającego z dnia 7 października 2019 r. oraz pisma zamawiającego z dnia 24 października 2019 r.;
- dowodu z przesłuchania w charakterze świadka R. S. – Prezesa Zarządu komplementariusza S.Sp. z o.o. Sp. k.;
- z dokumentów składających się na akta prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w dniu 17 stycznia 2020 r. za pomocą poczty elektronicznej, przesłał do sekretariatu Izby odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Do odpowiedzi na odwołanie zostały dołączone dokumenty, które zamawiający zawnioskował o zaliczenie na poczet materiału dowodowego.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz dokumenty załączone do pism procesowych, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem odwołania.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego, jako uczestnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku oraz ODIUT AUTOMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (zwanych dalej nadal: „przystępującym”).

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci papierowej oraz elektronicznej zapisanej na płycie CD, nadesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 13 stycznia 2020 r., w tym w szczególności z treści:
  - SIWZ wraz z załącznikami;
  - informacji z otwarcia ofert z dnia 26 września 2019 r.;
  - wiadomości wysłanej do zamawiającego przez Energotest w dniu 26 września 2019 r. o godz. 13:46;
  - wyciągu z korespondencji mailowej pomiędzy zamawiającym a dostawcą platformy zakupowej z dnia 1 października 2019 r.;
  - pisma zamawiającego z dnia 4 października 2019 r. skierowanego do wykonawcy Energotest;
  - pisma zamawiającego z dnia 7 października 2019 r. skierowanego do Ambasadora Węgier;
  - pisma zamawiającego z dnia 24 października 2019 r. skierowanego do wykonawcy Energotest w sprawie zwrotu oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 84 ust. 2 Pzp;
  - pisma dostawcy platformy zakupowej do zamawiającego z dnia 29 listopada 2019 r.;
  - pisma zamawiającego z dnia 14 grudnia 2019 r. skierowanego do Krajowej Izby Rozliczeniowej;

- pisma Krajowej Izby Rozliczeniowej z dnia 17 grudnia 2019 r. znak sprawy: L.dz.KIR/PA/00481/12/2019, skierowanego do zamawiającego w odpowiedzi na ww. pismo;
- zawiadomienia o unieważnieniu postępowania dnia 23 grudnia 2019 r.;

2) załączonej do odwołania Instrukcji użytkownika (wykonawcy) – konfiguracja stanowiska pod podpis;

3) załączonych do odpowiedzi na odwołaniu:

- Instrukcji użytkownika (wykonawcy) platformy zakupowej;
- wydruku ze strony internetowej <https://webgate.ec.europa.eu/tlbrowser/#/tl/HU> prowadzonej przez Unię Europejską, dotyczącego listy zaufanych dostawców usług na terenie Węgier;
- wydruku ze strony internetowej <https://webgate.ec.europa.eu/tlbrowser/#/search/file/l> prowadzonej przez Unii Europejskiej stanowiącego narzędzie do weryfikowania podpisu elektronicznego złożonego na pliku opatrzonym tym podpisem;
- wydruku ze strony internetowej prowadzonej przez Unię Europejską, potwierdzającego weryfikację dokumentu: Submitted\_offer\_2019\_09\_26.pdf pod kontem opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Izba odmówiła dopuszczenia i przeprowadzenia wnioskowanych przez odwołującego dowodów z przesłuchania świadków oraz powołania biegłego podniesionych w pkt VIII ust. 1, 3 i 4 na str. 3 odwołania (wniosek wskazany w pkt VIII ust. 2 odwołania został wycofany na rozprawie przez odwołującego).

W tym zakresie Izba doszła do przekonania, że wszystkie okoliczności, na wykazanie których zostały zgłoszone ww. wnioski dowodowe okazały się nieistotne dla rozpoznania przedmiotowej sprawy (dotyczy wniosku z pkt VIII pkt 1) lub można było je ustalić na podstawie dokumentów, które znajdują się w aktach sprawy (dotyczy wniosków z pkt VIII ust. 1, 3 i 4).

W związku z tym Izba mając na uwadze treść art. 190 ust. 6 Pzp uznała, że fakty i okoliczności będące przedmiotem ww. wniosków dowodowych zostały stwierdzone innymi dowodami, a ich dopuszczenie i przeprowadzenie doprowadzi jedynie do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania odwoławczego.

W odniesieniu do wniosku przystępującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka – prezesa zarządu jednego z konsorcjantów przystępującego należy wskazać, iż po pierwsze przystępujący nie wskazał na jaką okoliczność taki dowód miałby zostać przeprowadzony. Po drugie zgodnie z podglądami doktryny *Świadkiem jest osoba fizyczna powołana w procesie cywilnym w celach dowodowych. Jest to osoba trzecia, która nie uczestniczy bezpośrednio w procesie, która była w stanie i miała możliwość spostrzec poza procesem okoliczności sporne i mające znaczenie w konkretnym procesie i która ma obowiązek, w razie wskazania jej jako świadka, zeznawać przed sądem. Zeznanie świadka stanowi oświadczenie wiedzy odnoszące się do określonego faktu (zdarzenia, stosunku, stanu), przedstawiające, odtwarzające ten fakt* (zob. K. Piasecki, Kodeks, s. 910 w A. Zieliński (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Wyd. 9, Warszawa). W ocenie Izby stanowisko osoby pełniącej funkcje decyzyjne u przystępującego sprowadzałyby się w istocie do przedstawienia bardziej szczegółowego stanowiska przystępującego, które zostało już przedstawione zarówno w treści pisma z dnia 4 stycznia 2020 r. jak i w trakcie rozprawy. Z tych też względów osoba ta powinna raczej występować w charakterze pełnomocnika przystępującego, co miało miejsce i zostało odnotowane w protokole posiedzenia i rozprawy. Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba postanowiła formalnie oddalić wniosek przystępującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka. Osoba wskazana przez przystępującego w piśmie z dnia 4 stycznia 2020 r. jako świadek reprezentowała przystępującego na posiedzeniu i rozprawie oraz miała możliwość wypowiedzenia się w kwestiach dotyczących stanowiska przystępującego.

Ponadto odwołujący wnosił o:

- zobowiązanie zamawiającego bądź podmiotu obsługującego platformę zakupową zamawiającego - Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. do przedłożenia dokumentacji systemowej, z której będzie wynikało, kiedy nastąpiło złożenie oferty przez wykonawcę Energotest oraz w jaki sposób przebiegała weryfikacja podpisu elektronicznego ww. Wykonawcy w dniu 26 września 2019 r.;
- zobowiązanie zamawiającego bądź podmiotu obsługującego platformę zakupową zamawiającego - Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. do przedłożenia dokumentacji systemowej, z której będzie wynikało czy, a jeżeli tak to kiedy, wykonawca Energotest weryfikował przed złożeniem oferty podpis elektroniczny przy pomocy testu dostępnego na platformie zakupowej;
- zobowiązanie zamawiającego bądź podmiotu obsługującego platformę zakupową zamawiającego - Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. bądź wykonawcę Energotest do przedłożenia kopii oferty ww. wykonawcy, która została złożona po terminie w dniu 26 września 2019 r. o godz. 13:46.

Izba uznała, że ww. wnioski odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Izby okoliczności dotyczące przedmiotowych wniosków były irrelewantne dla rozpoznania przedmiotowej sprawy lub można było je ustalić na podstawie dokumentów, które znajdują się w aktach sprawy.

Tym samym Izba stwierdziła, że zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwoli jej na merytoryczne rozpoznanie przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła co następuje

W pkt 4 SIWZ zamawiający opisał sposób i formę komunikacji w postępowaniu oraz minimalne wymagania sprzętowe. W pkt 4.7 zamawiający zawarł następującą uwagę:

*Uwaga! Wykonawca po raz pierwszy uczestniczący w postępowaniu/składający ofertę musi odpowiednio wcześniej dokonać rejestracji/rozpocząć proces składania i podpisywania oferty uwzględniając czas na rejestrację i jej weryfikację, proces złożenia oferty w tym konieczności ewentualnego uzyskania pomocy technicznej.*

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 26 września 2019 r. do godz. 13:00.

Wykonawca Energotest podjął próbę złożenia oferty w postępowaniu opatrując ją kwalifikowanym podpisem elektronicznym węgierskiego dostawcy – NetLock.

W dniu 26 września 2019 r. o godz. 13:46 ww. wykonawca poinformował zamawiającego, że zamierzał złożyć ofertę w związku z ogłoszonym przetargiem oraz wskazał, iż *Niestety z bliżej nie znanych nam powodów po stronie KIR która weryfikuje wszystkie podpisy elektroniczne, nasz podpis który spełnia wymogi EU i jest stosowany z powodzeniem w innych krajach, nie był zaakceptowany w normalnym trybie, a procedura jego weryfikacji nadmierne się przeciągnęła.*

Zamawiający w dniu 30 września 2019 r., zwrócił się do dostawcy platformy zakupowej z prośbą o weryfikację i ocenę zaistniałego problemu. W odpowiedzi uzyskał informację, że w dniu 26 września 2019 r. o godz. 10:13 pracownik platformy przyjął od wykonawcy Energotest zgłoszenie dotyczące problemu ze złożeniem podpisu z jednoczesnym przeprowadzeniem weryfikacji działania podpisu za pomocą dostępnych narzędzi oraz niezwłocznie przekazał zgłoszenie do dostawcy kontrolki do podpisu tj. Krajowej Izby Rozliczeniowej (zwanej dalej: „KIR”). Wyniki analizy KIR

wykazały błąd w automatycznym tworzeniu ścieżki certyfikacji, a przedmiotowa informacja wpłynęła do platformy zakupowej po zakończeniu terminu składania ofert.

Dostawca platformy w dniu 22 października 2019 r. tj. 26 dni po terminie otwarcia ofert, poinformował wykonawcę Energotest o usunięciu usterki (wady oprogramowania związanej z działaniem kontrolki Szafir SDK), która uniemożliwiała złożenie oferty w postępowaniu. Przedmiotową informację wraz z wnioskiem o unieważnienie postępowania od Energotest, zamawiający otrzymał w dniu 28 listopada 2019 r. Po otrzymaniu ww. informacji zamawiający skierował po raz kolejny w dniu 29 listopada 2019 r. zapytanie do dostawcy platformy z prośbą o ponowną weryfikację problemu względem otrzymanego pisma.

W dniu 9 grudnia 2019 r. zamawiający otrzymał w przedmiotowej sprawie pismo z dnia 29 listopada 2019 r. od firmy Otwarty Rynek Elektroniczny SA. (dostawcy platformy zakupowej), w którym dostawca ten poinformował, iż dział techniczny w dniu 26 września 2019 r. niezwłocznie po otrzymaniu informacji od wykonawcy skontaktował się z dostawcą kontrolki Szafir SDK, który potwierdził, że dostarczona przez firmę KIR aplikacja niepoprawnie zweryfikowała podpis kwalifikowany wystawiony przez firmę NetLock. Dodatkowo dostawca platformy poinformował, iż poprawiona wersja kontrolki Szafir SDK została dostarczona przez firmę KIR dnia 22 października 2019 r. Jednocześnie z informacji uzyskanych od dostawcy platformy zakupowej wynikało, iż nie stwierdzono w tym okresie błędnego działania aplikacji dedykowanej dla zamawiającego, a problem polegał na błędnej weryfikacji podpisu przez kontrolkę Szafir SDK, której dostawcą jest KIR.

Zamawiający pismem z dnia 14 grudnia 2019 r. skierował do KIR prośbę dotyczącą okoliczności związanych z weryfikacją podpisu złożonego przez Energotest, a także tego czy problemy techniczne ze złożeniem podpisu dotyczyły kontrolki Szafir SDK czy też nie były związane z funkcjonowaniem produktów dostarczonych przez KIR oraz czy usterka została rozwiązana, tj. czy poprawiona wersja została dostarczona przez KIR w dniu 22 października 2019 r. do dostawcy platformy zakupowej.

Pismem z dnia 17 grudnia 2019 r. zamawiający otrzymał odpowiedź od KIR. W swojej odpowiedzi KIR potwierdziła, iż 26 września 2019 r. wpłynęło do niej zgłoszenie od operatora platformy zakupowej tj. firmy Otwarty Rynek Elektroniczny S.A., związane z problemami w weryfikacji elektronicznego podpisu złożonego przy użyciu certyfikatu wydanego przez firmę NetLock z Węgier. Zgłoszenie dotyczyło wspomnianego wydawcy certyfikatu, natomiast KIR nie otrzymała informacji jakie dokumenty zostały podpisane przy użyciu certyfikatu wystawionego przez NetLock. Dodatkowo KIR poinformowała, że certyfikat wydany przez firmę NetLock nie był rozpoznawany przez narzędzia programistyczne Szafir SDK autorstwa KIR jako certyfikat kwalifikowany wydany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania, a brak rozpoznania jako kwalifikowanego certyfikatu wynikał z nietypowej konstrukcji ścieżki zaufania dla tego CA, która wymagała niestandardowego podejścia do budowy ścieżki certyfikacji. Dalej KIR stwierdziła, że nowa wersja komponentów programistycznych Szafir SDK została przekazana dostawcy platformy zakupowej w dniu 22 października 2019 r.

W dniu 23 grudnia 2019 r. zamawiający unieważnił postępowanie. Jako podstawa prawna unieważnienia została wskazana przesłanka zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. W informacji o unieważnieniu postępowania zamawiający podał także uzasadnienie faktyczne dla tej czynności.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;*
- art. 146 ust. 6 Pzp – *Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania;*
- art. 25 ust. 3 rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE – *Kwalifikowany podpis elektroniczny oparty na kwalifikowanym certyfikacie wydanym w jednym państwie członkowskim jest uznawany za kwalifikowany podpis elektroniczny we wszystkich pozostałych państwach członkowskich;*
- art. 10b Pzp – *Zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie rozważań dotyczących przedmiotowej sprawy należy wskazać, że Izba w pełni przyjęła argumentację zawartą w wyroku z 14 stycznia 2019 r. oznaczonego sygn. akt KIO 2671/18, w której wskazano, iż *abstrahując od stanu faktycznego niniejszej sprawy, należy podnieść, że co do zasady sytuacja, w której wykonawca z powodu wadliwości działania systemu informatycznego nie może złożyć oferty, jest podstawą do tego, aby zamawiający unieważnił postępowanie.* Z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wynika, że postępowanie podlega unieważnieniu, jeżeli wystąpiła w nim taka wada, która powoduje, że umowa zawarta w wyniku tego postępowania, podlegałaby unieważnieniu. Przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego przewidziane zostały w art. 146 ust. 1 i 6 Pzp. Z przepisu art. 146 ust. 6 Pzp wynika, że podstawą do unieważnienia umowy jest naruszenie przez zamawiającego przepisu Pzp w sposób, który miał lub mógł mieć wpływ na wynik postępowania tj. na wybór oferty. Podsumowując, w art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp Ustawodawca przewidział obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli doszło w nim do takiego naruszenia przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Brak możliwości złożenia oferty z przyczyn wynikających z działania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, może mieć wpływ na wynik tego postępowania, ponieważ zostaje ograniczona uczciwa konkurencja, a ponadto istnieje możliwość, że wykonawca, któremu system uniemożliwił złożenie oferty, mógłby złożyć ofertę, która mogłaby się okazać najkorzystniejsza. Tym samym w takiej sytuacji co do zasady zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. Aby jednak wyżej wskazana podstawa do

unieważnienia postępowania zachodziła, musi zostać wykazane, że brak możliwości złożenia oferty wynikał z wadliwości działania systemu informatycznego, czyli z przyczyn od wykonawcy niezależnych.

W przedmiotowej sprawie stan faktyczny był odmienny od tego, którego dotyczyło przytoczone powyżej orzeczenie w sprawie o sygn. akt KIO 2671/18. W tamtej sprawie zamawiający nie unieważnił postępowania, a odwołanie wniósł podmiot, któremu nie udało się złożyć oferty. W tej sprawie zamawiający podjął działania, aby wyjaśnić przyczynę niezłożenia oferty przez Energotest w przewidzianym terminie. Poprosił o wyjaśnienia zarówno dostawcę platformy zakupowej, z której korzystał w postępowaniu jak i dostawcę narzędzia do weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Otrzymane od tych podmiotów wyjaśnienia w ocenie Izby jednoznacznie wskazały, że przyczyna niemożności złożenia oferty przez Energotest nie leżała po stronie tego wykonawcy.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 21 sierpnia 2019 r. o sygn. akt XXIII Ga 573/19, który dotyczył zasadności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, które zostało nakazane przez Izbę. W orzeczeniu tym ww. sąd stwierdził, że art. 190 ust. 1 Pzp wymaga udowodnienia podnoszonych okoliczności, nie zaś uprawdopodobnienia. Co prawda w przedmiotowej sprawie ciężar dowodu spoczywał na stronie kwestionującej czynność unieważnienia postępowania tj. na odwołującym, niemniej mając na uwadze ograniczoną dostępność odwołującego do platformy zakupowej zamawiającego oraz powyżej opisane działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia problemów związanych ze złożeniem oferty przez Energotest, Izba przede wszystkim oparła się na uzyskanych przez zamawiającego dokumentach. W związku z tym Izba uznała, że zamawiający udowodnił przez uzyskanie stanowisk zarówno od dostawcy platformy jaki i KIR, iż brak możliwości złożenia oferty wynikał z przyczyn niezależnych od wykonawcy Energotest.

Ponadto Izba stanęła na stanowisku, że w niniejszej sprawie bez znaczenia pozostaje kwestia, na kim konkretnie spoczywa odpowiedzialność za fakt niemożności złożenia przez potencjalnych wykonawców ofert, czy też na czym polega *nietyпова konstrukcja ścieżki zaufania* lub jakie *niestandardowe podejście do budowy ścieżki certyfikacji* było wymagane. Istotny jest bowiem sam efekt w postaci niemożności złożenia tej oferty do momentu upływu terminu na jej złożenie oraz fakt, że przeszkoda ta była niezależna od wykonawcy i nie była spowodowana jego działaniem.

Nie ma znaczenia także wynikające z pisma od KIR z dnia 17 grudnia 2019 r. stwierdzenie tego podmiotu, że nie otrzymał on informacji o tym jakie dokumenty zostały podpisane przy użyciu certyfikatu wystawionego przez NetLock. W tym zakresie należy wskazać, że problem przed jakim stanął Energotest dotyczył kwalifikowanego podpisu elektronicznego, którym się posługiwał, a nie treści dokumentu, na którym ten podpis został złożony.

Izba uznała przy tym, przyjmując stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że informacje zgromadzone w toku postępowania potwierdzają również, że poprawiona wersja kontrolki Szafir SDK została dostarczona przez KIR dopiero dnia 22 października 2019 r. tj. 26 dni po terminie otwarcia ofert. Termin na złożenie oferty nie podlega przywróceniu, ani nie ma możliwości powtórzenia tej czynności po upływie terminu na jej dokonanie. Nie ulega zatem wątpliwości, że we wskazanym postępowaniu Energotest w pierwotnie wyznaczonym terminie nie może już złożyć oferty pomimo usunięcia wady w działaniu platformy. Trudno zatem zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że wskazana wada postępowania nie miała charakteru trwałego.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że to jednak zamawiający wybrał platformę zakupową, jako narzędzie do przeprowadzenia postępowania i wskazując ją wszystkim wykonawcom jako instrument wykorzystywany do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej przyjął tym samym na siebie także ryzyko za wady i błędy tego systemu. Skoro system wskazany przez zamawiającego nie uniemożliwiał od momentu opublikowania postępowania do momentu upływu terminu składania ofert wszystkim wykonawcom złożenia oferty, to oznacza to, że w niniejszym postępowaniu naruszono podstawową zasadę systemu zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 Pzp – narzucającą by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę przy rozstrzygnięciu przetargu były znane wykonawcom oraz by zapewniono im równe warunki uczestnictwa w przetargu. Tym samym nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Obowiązkiem każdego zamawiającego jest bowiem zapewnienie możliwości udziału w postępowaniu przetargowym tylu wykonawcom, ilu chce złożyć oferty i problem choćby jednego z nich, który nie leży po stronie tegoż wykonawcy skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji w postępowaniu. W ocenie Izby taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu, co w rażący sposób ograniczyło konkurencyjność. Jedynym możliwym rozwiązaniem w takiej sytuacji było unieważnienie postępowania oraz jego powtórzenie.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut odwołującego stwierdzający, że unieważnienie postępowania powinno być poprzedzone oceną, czy oferta Energotest mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu. Należy w tym zakresie wskazać, że ww. podmiot nie mogąc skutecznie podpisać oferty podjął próbę złożenia oferty za pośrednictwem aplikacji na platformie zakupowej służącej do korespondencji z wykonawcami, która nie wymaga uruchomienia kontrolki Szafir SDK (przeznaczanej np.: do zadawania pytań). Energotest w ten sposób przekazał sam formularz ofertowy – nie zmienia to faktu, że samo złożenie oferty nastąpiło już po terminie na składanie ofert (26 września 2019 r., godz. 13:46).

Z tego też względu zamawiający nie mógł dokonać oceny oferty Energotest razem z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu. Już sam fakt spóźnienia się ze złożeniem oferty oznaczał, że nie doszło do skutecznego złożenia oświadczenia woli zawartego w ofercie. Nie są przy tym istotne przyczyny tego opóźnienia. Zamawiający dokonując oceny oferty złożonej po terminie naruszyłby przepis art. 7 ust. 1 Pzp, nakazujący równe traktowanie wykonawców. Ocena oferty złożonej po upływie terminu na jej złożenie oznaczałaby bowiem, że potraktowałby tę ofertę na równi z ofertami złożonymi terminowo. Przedmiotowe stanowisko znajduje potwierdzenie i zwieńczenie w treści art. 84 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym ofertę złożoną po wyznaczonym terminie składania ofert zwraca się wykonawcy. Przepis ten nie określa, aby dopuszczalne były wobec takiej oferty inne czynności.

W związku z powyższym Izba uznała, że zamawiający słusznie unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp, przez co należało oddalić zarzuty podniesione w rozdziale II pkt 1 i 4 petitum odwołania.

Izba oddaliła także zarzut wskazany w rozdziale II pkt 2 petitum odwołania. Zgodnie z treścią art. 25 ust. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE, kwalifikowany podpis elektroniczny oparty na kwalifikowanym certyfikacie wydanym w jednym państwie członkowskim Unii Europejskiej jest uznawany za kwalifikowany podpis elektroniczny we wszystkich pozostałych państwach członkowskich tej wspólnoty.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego Izba nie znalazła powodów, aby zakwestionować stanowisko zamawiającego stwierdzające, że Energotest posiadał kwalifikowany podpis elektroniczny węgierskiego dostawcy –

NetLock. W związku z tym Izba za własną przyjęła argumentację zamawiającego wskazującą, że Unia Europejska prowadzi publiczną listę dostawców usług zaufania (TSP) aktywnych i nieaktywnych, którzy otrzymali specjalną akredytację potwierdzającą najwyższy poziom zgodności z unijnym rozporządzeniem 910/2014. Według przepisów rozporządzenia 910/2014 tylko kwalifikowane podpisy są prawnie i automatycznie równoważne podpisom odręcznym. Jest to również jedyny typ podpisów automatycznie uznawanych w transakcjach transgranicznych między państwami członkowskimi UE. Choć każde państwo członkowskie UE nadzoruje dostawców w swoim kraju, ale dostawca TSP zatwierdzony w jednym kraju może sprzedawać swoje usługi w innych krajach UE przy takim samym poziomie zgodności.

Izba wzięła przy tym pod uwagę dowód nr 11 załączony do odpowiedzi na odwołanie tj. wydruk ze strony internetowej <https://webgate.ec.europa.eu/tlbrowser/#/tl/HU> prowadzonej przez Unię Europejską, dotyczący listy zaufanych dostawców usług na terenie Węgier. Na tej liście, jako aktywny dostawca usług zaufania widniała firma NetLock. Powyższe w ocenie Izby stanowiło potwierdzenie, że kwalifikowany podpis elektroniczny, którym posługiwał się Energotest, spełniał wymogi interoperacyjności, o których mowa w rozporządzeniu 910/2014. Tym samym Energotest miał prawo oczekiwać, że kwalifikowany podpis elektroniczny, którym posługuje się umożliwi mu skuteczne złożenie oferty.

Warto przy tym przypomnieć, że poprawiona wersja kontrolki Szafir SDSK (oprogramowania służącego do składania podpisu) została ostatecznie dostarczona przez KIR – w dniu 22 października 2019 r. Przedmiotowa okoliczność stanowi potwierdzenie tego, że niemożność złożenia oferty przez Energotest wynikała z błędnego działania komponentu służącego do weryfikacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych, a nie z powodu wadliwości samego podpisu złożonego w przez ten podmiot.

W ocenie Izby zamawiający w kontekście przywołanym w odwołaniu, nie naruszył także dyspozycji art. 10b Pzp. Przepis ten 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. Ze względów wskazanych powyżej w niniejszym postępowaniu takie wymogi nie zostały dochowane, albowiem Energotest z przyczyn od niego niezależnych nie mógł złożyć oferty. Treść art. 10b Pzp przesądza jednoznacznie, że za niedochowanie ww. wymogów odpowiada zamawiający. Oznacza to, że w przedmiotowym postępowaniu powstała bariera, która mogła pozbawić pewną grupę podmiotów możliwości złożenia oferty, przy jednoczesnym uprzywilejowaniu innej grupy podmiotów (posługujących się kwalifikowanym podpisem elektronicznym innego dostawcy).

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący:.....