

## WYROK

z dnia 20 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **15 stycznia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **28 grudnia 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Urządzeń Komputerowych „ELZAB” S.A. z siedzibą w Zabrze, „KMT K. C.”, Zabrze**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa stacji ładowania pojazdów elektrycznych na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.* (nr postępowania 2020/TD-CN/TD-CN/02205/L)

prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawcy: **Zakład Usługowo-Produkcyjny „EMITER” S. L. sp. j. z siedzibą w Limanowej** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** – kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

## Uzasadnienie

TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”, „ustawa Pzp” lub „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty dostawy pn. *Dostawa stacji ładowania pojazdów elektrycznych na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.* (nr postępowania 2020/TD-CN/TD-CN/02205/L).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 11 listopada 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S\_220 pod poz. 541475.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

28 grudnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Zakłady Urządzeń Komputerowych „ELZAB” S.A. z siedzibą w Zabrze, „KMT K. C.”, Zabrze {dalej również łącznie zwani: „Odwołującym” lub „Konsorcjum”} wnieśli w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od uznania przez Zamawiającego oferty Konsorcjum za wniesioną po terminie, ewentualnie od zaniechania unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 86 ust. 5 pkt 2 – przez nieuwzględnienie danych dotyczących oferty Konsorcjum w treści informacji z otwarcia ofert w części dotyczącej firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie, pomimo terminowego złożenia oferty przez Konsorcjum.
2. Art. 7 ust. 1 i 2 – przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a przede wszystkim z naruszeniem zasady przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców w związku z nieotwarcieniem oferty Konsorcjum pomimo jej złożenia w terminie, jak również wobec wadliwości i błędnego skonfigurowania działania platformy zakupowej używanej przez Zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania, skutkujących pozbawieniem Konsorcjum możliwości wzięcia udziału w postępowaniu.
3. Art. 93 ust. 1 pkt 7 – przez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo tego, że na skutek nieuprawnionego braku otwarcia złożonej w terminie oferty Konsorcjum jest ono obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
4. Art. 93 ust. 1 pkt 7 – przez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo tego, że na skutek wadliwości działania i błędnego skonfigurowania platformy zakupowej używanej przez Zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania, co pozbawiło Konsorcjum możliwości wzięcia udziału w postępowaniu pomimo złożenia oferty w terminie, jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia uznania oferty Konsorcjum za złożoną po terminie i otwarcia tej oferty.  
{ewentualnie, z ostrożności procesowej, na wypadek uznania, że nie jest możliwe otwarcie oferty Konsorcjum po terminie otwarcia ofert}
2. Unieważnienia postępowania.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez podanie zbiorczo następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne, w szczególności odnośnie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} oraz przebiegu składania oferty przez Konsorcjum.

Postępowanie prowadzone w jest formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON {dalej: „platforma zakupowa” lub „platforma”} dostępnej pod adresem <http://swoz.tauron.pl>.

Określenie terminu składania ofert w ogłoszeniu (pkt. IV.2.2): Data: 15/12/2020 Czas lokalny: 12:00

Brzmienie pkt 4.2.6. „Miejsce oraz termin składania ofert, zwrot oferty” SIWZ:

4.2.6.1 Oferty składa się w formie elektronicznej na Platformie Zakupowej Grupy TAURON pod adresem <https://swoz.tauron.pl>, nie później niż do dnia 15.12.2020 r. do godz. 12:00.

4.2.6.2 Skuteczne złożenie oferty elektronicznej następuje poprzez kliknięcie przycisku „Złóż ofertę”, i jest możliwe tylko i wyłącznie przed upływem terminu składania ofert, jeśli zostały wypełnione wszystkie wymagane pola formularzy elektronicznych. Potwierdzeniem złożenia oferty elektronicznej jest komunikat „Oferta/informacja została złożona poprawnie” oraz informacja o osobie składającej ofertę i terminie złożenia oferty dostępna po zalogowaniu do konta użytkownika.

4.2.6.3 Oferty złożone winny sposób niż przewidziano w pkt. 4.2.6.1 nie zostaną rozpatrzone.

Konsorcjum złożyło ofertę w powyższy sposób i w powyższym terminie tzn. po kliknięciu przycisku „Złóż ofertę” otrzymano wiadomość elektroniczną z platformy zakupowej o następującej treści: Szanowni Państwo, W postępowaniu o numerze 2020/TD-CN/TD-CN/02205/L i nazwie „Dostawa stacji ładowania pojazdów elektrycznych na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.” złożyli Państwo poprawnie ofertę na części: „Dostawa stacji ładowania pojazdów elektrycznych na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.”. Oferta wraz z załącznikami została zaszyfrowana i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Dostęp do załączników będzie możliwy po otwarciu i odszyfrowaniu ofert przez Zamawiającego. Do czasu upływu terminu składania ofert mają Państwo możliwość modyfikacji złożonej oferty i/lub jej wycofania.

Ponadto wg informacji, która zapisała się w cache przeglądarki internetowej złożenie oferty nastąpiło: 2020-12-15 o godz. 11:59:29.

Odwolujący wskazał również na istnienie automatycznej blokady systemu, która powoduje, że po upływie terminu składania ofert nie jest możliwe edytowanie oferty ani dodawanie załączników czy ich edytowanie.

Zgodnie z brzmieniem pkt 4.4. „Otwarcie ofert” SIWZ:

4.4.1 Otwarcie ofert nastąpi w dniu 15.12.2020 r. o godz. 12:12 na Platformie Zakupowej Grupy TAURON.

4.4.2 Niezwłocznie po otwarciu ofert Zamawiający zamieszcza w Systemie w zakładce „Pytania/informacje”, zgodnie z art. 86 ust. 5 ustawy Pzp informacje dotyczące:

4.4.2.1 kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,

4.4.2.2 firm oraz adresów Wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie,

4.4.2.3 ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

15 grudnia 2020 r. o godz. 12:12. Zamawiający opublikował „Informację z otwarcia ofert”, gdzie w wykazie wykonawców, którzy złożyli oferty do upływu terminu ich składania, nie zostało wymienione Konsorcjum.

Konsorcjum (konkretnie Pan R. B.) uzyskało telefonicznie informację od Zamawiającego (konkretnie Pana A. L., koordynującego postępowanie ze strony Zamawiającego), że jego oferta wpłynęła po terminie składania ofert.

Konsorcjum złożyło reklamację na działanie platformy zakupowej, wnosząc o: 1) weryfikację prawidłowości jej działania w czasie, w którym składana była jego oferta, 2) przedstawienie wyjaśnień, z jakiego powodu poprawnie (terminowo) złożona oferta została uznana za spóźnioną, 3) weryfikację poprawności treści informacji z otwarcia ofert.

Konsorcjum otrzymało odpowiedź na reklamację, w której skazano m.in:

W postępowaniu o numerze 2020/TD-CN/TD-CN/02205/L i nazwie „Dostawa stacji ładowania pojazdów elektrycznych na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.” termin składania ofert upłynął w dn. 15.12.2020 roku o godzinie 12:00:00. (...)

Państwa oferta została złożona o godz. 12:00:49 tj. po upływie terminu składania ofert. (...)

Oferta jest skutecznie złożona po uprzednim jej podpisaniu (w kontrolce Szafir; która jest automatycznie uruchamiana) i potwierdzeniu. Sam fakt kliknięcia w „Złóż ofertę” nie oznacza godziny jej złożenia. (...)

W załączeniu przesyłam logi z systemu dla konta Państwa użytkownika, gdzie uwidocznione zostały kolejne operacje w systemie dotyczące przedmiotowego postępowania. (...)

Prawidłowy czas złożenia oferty mogą Państwo sprawdzić w przedmiotowym postępowaniu. W tym celu proszę zalogować się do systemu, przejść do zakładki „Moje elektroniczne zapytania publiczne”, odnaleźć przedmiotowe postępowanie i wejść w jego szczegóły. Następnie w zakładce „Oferta” na samym dole w podsumowaniu widnieje czas zapisania oraz złożenia oferty. Ponadto mogą Państwo pobrać formularz oferty, który podpisywali Państwo podpisem kwalifikowanym („Wygeneruj raport”). Proszę zwrócić uwagę na czas podpisania tego formularza.

Odwolujący podał, że:

- w logach, które otrzymał, jako moment złożenia oferty został wskazany 15 grudnia 2020 r. godz. 12:00 (ostatni wiersz zestawienia);

- nie jest w stanie zalogować się do zakładki „Oferta” z uwagi na pojawiający się błąd dostępu do platformy zakupowej.

Zdaniem Odwołującego z powyższych okoliczności wynika, że złożył ofertę 15 grudnia 2020 r. o godz. 11:59:29.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wywiódł, że ponieważ Zamawiający określił termin składania ofert przez podanie daty, godziny i minuty, bez podania sekund, upływał on 15 grudnia 2020 r. godz. 12:00:59.

Według Odwołującego wynika to z tego, że wobec braku odrębnego uregulowania prawnego, w szczególności normującego sposób postępowania w przypadku terminów określonych w minutach, stosować należy regulację przepisów Kodeksu cywilnego. Ponieważ zgodnie z art. 111 § 1 kc termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia, należy przyjąć, że termin oznaczony w minutach kończy się z upływem ostatniej minuty (które to stanowisko znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku Izby z 11 czerwca 2014 r. sygn. akt KIO 1074/14).

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów (jak na wstępie odwołania) i dodał, że nieuzasadnione uznanie jego oferty za złożoną po terminie i zaniechanie jej otwarcia skutkowało naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, jak również zasady przejrzystości postępowania, gdyż został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, a Zamawiający pozbawił się możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty według kryterium oceny ofert, pomimo tego, że tak samo jak pozostali wykonawcy Konsorcjum złożyło swoją ofertę przed terminem określonym w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, kierując się instrukcjami zawartymi w SIWZ co do sposobu i formy złożenia oferty.

W szczególności według Odwołującego nierówne traktowanie wykonawców wynika z tego, że biorąc pod uwagę: 1) historię logowań Konsorcjum do platformy zakupowej (tj. wielość logowań będącą wynikiem niewłaściwego i nieintuicyjnego działania platformy), 2) brak możliwości zalogowania się przez Konsorcjum do zakładki „Oferta” z przyczyn technicznych leżących po stronie platformy, 3) sprzeczne dane pochodzące z platformy zakupowej w odniesieniu do godziny złożenia oferty (dane z cache przeglądarki internetowej wygenerowane przez Odwołującego wskazują na godzinę 11:59:29, historia logów przekazana przez dostawcę platformy wskazuje na 12:00, a przy rozwinięciu komórek pojawia się 12:00:50, zaś w treści odpowiedzi na reklamację wskazana została godzina 12:00:49), 4) nieprawidłowe kategoryzowanie ofert wniesionych między 12:00:00 a 12:00:59 jako wniesionych po terminie, pomimo że zgodnie z dokumentacją postępowania powinny być one uznane za złożone w terminie, 5) fakt wysłania Konsorcjum potwierdzenia prawidłowego złożenia oferty, a następnie nieuwzględnienia tej oferty w informacji z otwarcia ofert (z odpowiedzi na reklamację wynika, że informacja ta została wygenerowana przez system informatyczny automatycznie) – platforma nieprawidłowo działała (w wyniku usterek technicznych) oraz została nieprawidłowo sparametryzowana.

W odpowiedzi na odwołanie z 14 stycznia 2021 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco uzasadniając zajęcie takiego stanowiska.

Zamawiający zwrócił uwagę, że termin składania ofert nie został oznaczony jako „o godzinie 12:00” ani „do upływu godziny 12:00”, ale przez wskazanie „do godziny 12:00” oraz doprecyzowanie, że skuteczne złożenie oferty elektronicznej jest możliwe wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Stąd oferty złożone w momencie, gdy godzina dwunasta już minęła, uznać należy za złożone po tym terminie. Zamawiający wywiódł, że ponieważ postanowienia SIWZ odnośnie sposobu określenia terminu składania ofert nie zostały przez żadnego z wykonawców zakwestionowane w terminie, mają one charakter wiążący, zarówno dla Zamawiającego, jak i dla wykonawców. Przy czym należy interpretować je zgodnie z zasadami logiki, matematyki (jako zbiór ograniczony do) i wykładni językowej.

Zamawiający powołał się na to, że zaprezentowany przez Odwołującego odosobniony pogląd jest szeroko krytykowany w doktrynie. W art 111 § 1 kc pojęcie „termin” oznacza pewien odcinek czasu, przy czym odcinek ten musi zostać określony przez wskazanie liczby dni. W takim wypadku jego upływ (czyli chwila, z którą powstają albo ustają określone skutki prawne) następuje wraz z upływem ostatniego dnia. Przez „upływ ostatniego dnia” należy rozumieć przeminięcie chwili („filozoficznej sekundy”) będącej jeszcze elementem (częścią) ostatniego dnia terminu. Skutki prawne nastąpią więc w pierwszej chwili („filozoficznej sekundzie”) kolejnego dnia. Przykładowo jeśli termin upływał we wtorek, skutki prawne powstaną z pierwszą chwilą („filozoficzną sekundą”) środy, czyli w środę o godzinie 0:00. Okoliczność ta nigdy nie była sporna ani w nauce, ani w orzecznictwie, jakkolwiek wypowiedzi w tym zakresie nie zawsze są ścisłe. Analogicznie zastosujemy tę interpretację do terminu oznaczonego w godzinach, np. w przypadku zastrzeżenia terminu składania ofert do godziny 10. Wówczas termin upływa w wyznaczonym dniu o godzinie 10 i ani sekundy później. Godzinę 10:00:01 należy uznać za sekundę po godzinie 10:00, a więc sekundę po wyznaczonym terminie [A. Wojtczyk, „Co do minuty”, „Przetargi Publiczne”, art.8080.co-do-minuty.html]

Powyższe według Zamawiającego można wyjaśnić następująco: (...)doba ma 24 godziny ale nie ma na zegarku godziny 24-tej. Jest godzina 23:59:59 i za sekundę zaczyna się nowa godzina i nowa doba. O godz. 00:00:00 zaczyna się godzina pierwsza nowego dnia i trwa ona do 00:59:59. Zatem upływ terminu w omawianym wyroku będzie o godz. 11:30:00 bo sekundę później zaczyna się już następna, trzydziesta pierwsza minuta i będzie po wyznaczonym terminie. Zapis 11:30 nie zmienia tej zasady: ułamek sekundy po 11:30 zaczyna się 31. minuta bo jest to koniec 30. minuty. I jest to zgodne z art. 111 KC: termin upływa z końcem określonego odcinka czasowego, podobnie jak upływ dnia jest o godz. 23:59 a nie o 00:00:59[„Jak liczyć termin wyrażony w minutach i sekundach?”: <https://akademiazamowien.pl/jak-liczyc-termin-wyrazony-w-minutach-i-sekundach/>].

Zamawiający stwierdził, że złożenie oferty przez Konsorcjum nastąpiło, gdy godzina 12:00 już minęła i to blisko minutę (49 sek.) wcześniej, czyli bez wątpienia po terminie. Tak samo jak o godz. 12:00 minął (skończył się) czas przewidziany przez Zamawiającego na składanie ofert w postępowaniu, tak nie ulega wątpliwości, że po pierwszych 365 dniach życia nowonarodzone dziecko kończy rok, rozpoczynając drugi rok życia, a po upływie kolejnych 17 lat to samo dziecko wraca w pełnoletność, ukończywszy 18 rok życia (art. 10 § 1 Kodeksu cywilnego: *Pełnoletnim jest, kto ukończył lat osiemnaście*). Podobnie 31 grudnia 2020 r. o godz. 23:59:59 nastąpiła ostatnia chwila starego roku i wraz z wybięciem północy, o godzinie 00:00 1 stycznia 2021 r. rozpoczęła się pierwsza minuta nowego roku.

Zamawiający podkreślił, że z pkt 4.2.6.2. SIWZ {który przytoczył w brzmieniu identycznym jak w odwołaniu} wynikają następujące kluczowe dla tej sprawy wnioski. Po pierwsze – skuteczne złożenie oferty elektronicznej jest możliwe tylko i wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Po drugie – komunikat „Oferta/informacja została złożona poprawnie” oraz informacja o osobie składającej ofertę i terminie złożenia oferty dostępna po zalogowaniu do konta użytkownika stanowią potwierdzenie złożenia oferty (tj. jej umieszczenia na serwerze), nie zaś potwierdzenie skutecznego złożenia oferty w terminie (tj. opatrzenia jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym i umieszczenia jej na serwerze). Stąd sam fakt wygenerowania przez system wiadomości e-mail potwierdzającej złożenie (zapisanie) oferty na platformie zakupowej nie przesądza, bez analizy terminu złożenia oferty oraz danych osoby składającej, o prawidłowości (skuteczności) jej złożenia. Wygenerowanie tej wiadomości nie jest zatem równoznaczne z potwierdzeniem złożenia oferty w terminie, co wynika wprost z SIWZ.

Zamawiający wyjaśnił, że przy odczytywaniu informacji zawartych w załączonym do odwołania pliku w formacie excel, zawierającym historię operacji dokonywanych przez Konsorcjum, którą otrzymało w ramach rozpatrzenia reklamacji, należy wziąć pod uwagę, że format wiersza danych przewiduje skrócone oznaczenie czasu datą dzienną i godziną w formacie „hh:mm”. Wystarczy jednak spojrzeć na pasek formuły, gdzie po zaznaczeniu danej komórki wyświetla się pełne oznaczenie czasu (w formacie „hh:mm:ss”), w zaokrągleniu odnotowane przez system jako 12:00:50.

Zamawiający podał również, że w pkt 4.2.2.8. i 4.2.2.10. SIWZ odesłano do udostępnionych dla wszystkich potencjalnych wykonawców w sekcji „Istotne informacje dotyczące składania ofert” materiałów, mających na celu praktyczne wyjaśnienie wszystkich kwestii związanych z przebiegiem postępowania, w tym składania ofert, w tym m.in.: „Informacje dotyczące elektronicznych postępowań publicznych”, „Podręcznik ePZP – Instrukcja oferenta w elektronicznych postępowaniach publicznych”, „Podręcznik ePZP – Konfiguracja elektronicznego podpisu kwalifikowanego”, filmy instruktażowe (format mp4) – „Rejestracja i logowanie na Platformie zakupowej”, „Składanie ofert w elektronicznych postępowaniach publicznych”, „Podpis kwalifikowany – ustawienia”, „Korespondencja z Zamawiającym”, „Wyszukiwanie i przystępowanie do postępowań”.

Wynika z nich, że aby złożyć ofertę w na platformie zakupowej, konieczne jest dokonanie szeregu czynności, opisanych szczegółowo w SIWZ.

W skrócie kolejność czynności, krok po kroku, jest następująca:

- 1.Przystąpienie do postępowania – założenie konta użytkownika.
- 2.Przygotowanie oferty, na które składają się m.in.: 1) zaszyfrowanie formularza ofertowego (wprowadzenie hasła), co zabezpiecza dostęp do oferty do upływu terminu otwarcia ofert, 2) przygotowanie i załączenie JEDZ (w przypadku konsorcjum liczba JEDZ odpowiada liczbie konsorcjantów), 3) uzupełnienie informacji dot. konsorcjum (wprowadzanie danych wszystkich konsorcjantów), 4) uzupełnienie formularza oferty o wszystkie niezbędne dane (wartości dla poszczególnych kryteriów), 5) dodanie niezbędnych załączników do oferty; w przypadku, gdy formularz ofertowy jest uzupełniony można zapisać jego wersję roboczą i/lub złożyć ofertę.
- 3.Konfiguracja stacji roboczej w zakresie podpisu kwalifikowanego; w zależności od wykorzystywanej przeglądarki oraz zabezpieczeń IT w danej firmie proces może trwać od kilku do kilkudziesięciu minut (lub nawet więcej).
- 4.Złożenie oferty – należy wpiąć wprowadzić informację o liczbie podpisów, które będą wymagane, a następnie: 1) skorzystać z akcji „Złóż ofertę”, 2) w tle następuje niezbędna aktualizacja komponentów (może trwać ok. minuty), jeżeli uruchomienie kontrolki Szafir następuje po raz pierwszy w danym dniu z wykorzystaniem danej przeglądarki, 3) uruchamia się kontrolka Szafir, 4) pojawia się treść podlegająca podpisowi (formularz ofertowy ze szczegółami); 5) możliwe jest podpisanie pod warunkiem, że włożono kartę z podpisem do czytnika, 6) konieczne jest podanie PIN; 7) po prawidłowym podpisaniu należy potwierdzić operację klikając w „Zakończ”, a następnie potwierdzić podsumowanie

(„OK”), 8) potwierdzenie podsumowania uruchamia proces przekazania podpisanej oferty na platformę zakupową; 9) złożenie oferty następuje w momencie dotarcia kompletnej i podpisanej oferty na serwer, z tym że w przypadku większej liczby podpisów (kroki z pkt 1)-8) należy powtórzyć tyle razy, ile jest podpisów, a oferta przekazywana jest na serwer po złożeniu ostatniego z zadeklarowanej na wstępie liczby podpisów.

Zamawiający podał, że w „Podręczniku ePZP. Instrukcji oferenta w elektronicznych postępowaniach publicznych” zawarto w szczególności następujące informacje:

- Oznaczenie czasu odbioru danych przez Platformę stanowi przypięta do dokumentu elektronicznego data oraz dokładny czas (hh:mm:ss) znajdująca się w sekcji Podsumowanie (na samym dole zakładki „Oferta”) w kolumnie „Oferta złożona”, w której również podana jest osoba składająca ofertę. [s. 22]

- Należy pamiętać, że zapisana oferta nie jest ofertą złożoną i nie zostanie wzięta pod uwagę przy ocenie oferty. [s. 24]

Zamawiający potwierdził, że jak wskazuje Odwołujący, w myśl § 7 ust. 7 „Regulaminu Platformy Zakupowej”: *Ofertę uznaje się za złożoną, jeżeli w polu status (oferenta) pojawi się informacja potwierdzająca, że „Oferta/wniosek/informacja zostały złożone”.* Zwrócił jednak uwagę, że już w następnym ustępie tego paragrafu (co Odwołujący pomija) można przeczytać, co następuje: *Momentem decydującym o fakcie, że oferta złożona została w wymaganym terminie, nie jest moment wysłania oferty z komputera Kontrahenta, ale moment jej odbioru na serwerze i zarejestrowania przez system (§ 7 ust. 8).* Czym innym jest bowiem złożenie oferty, a złożenie jej w terminie. Przy czym odczyt czasu w platformie zakupowej następuje w oparciu o czas serwerów, jednakowy dla wszystkich potencjalnych wykonawców.

Zamawiający dodał, że funkcjonalność systemu platformy pozwala na przeprowadzenie próbnego złożenia oferty oraz próbnego złożenia podpisu kwalifikowanego. W każdym z postępowań (również w tym) w zakładce „Oferta” możliwa jest weryfikacja poprawności konfiguracji podpisu elektronicznego. Ponadto możliwe jest odbycie postępowania szkoleniowego na platformie zakupowej, które jest otwarte dla użytkowników i umożliwia sprawdzenie m.in. sposobu składania i prawidłowości konfiguracji podpisu oraz kolejnych kroków związanych z pracą nad ofertą, docelowym i kompleksowym jej złożeniem.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podniósł, że wygenerowanie potwierdzenia nie zmieniało w żaden sposób sytuacji Konsorcjum, gdyż nie miałyby ono już możliwości złożenia oferty z uwagi na upływ terminu. Nie miała również znaczenia kwestia działania blokady systemu uniemożliwiającej składania ofert o upływie terminu, gdyż Odwołujący nie miałby już czasu na złożenie czy poprawienie oferty.

Natomiast dane z cache przeglądarki internetowej, wskazujące na 15 grudnia 2020 r. godz. 11:59:29, dotyczą zapisania, a nie złożenia oferty (por. zrzut ekranu na s. 146. odwołania, na dole strony, wyrównanie do lewej – sekcja „Oferta złożona” pozostaje pusta, znaki w polach „Data” oraz „Autor” potwierdzają brak wpisania rekordu). Potwierdza to również zestawienie logów systemowych, które tę godzinę wskazuje jako zapisanie oferty, a nie jej złożenie.

Zdaniem Zamawiającego dla profesjonalisty, jakim jest Odwołujący (znana firma informatyczna), nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że formalne złożenie oferty, z którym w postępowaniu wiąże się oznaczone następstwa prawne (tutaj: opisane w rozdziale 4. SIWZ) – następuje z momentem dotarcia kompletnej i podpisanej oferty na serwer, a nie – zapisania jej w systemie. Na tej samej zasadzie nie można wnioskować, że plik, który zostaje załączony do wiadomości e-mail jako załącznik, zostaje doręczony adresatowi z momentem dodania pliku do wiadomości e-mail, gdyż następuje to dopiero wraz z pomyślnym wysłaniem i doręczeniem wiadomości do adresata. Nawet gdyby (w sposób nieuprawniony) przyjąć, że Konsorcjum nie miało takiej świadomości, to z informacją o tym, że miarodajną chwilą dla złożenia oferty jest ukończenie wszystkich czynności z podpisaniem oferty (i załączników) podpisem elektronicznym, Odwołujący mógł z łatwością się zapoznać, analizując ww. postanowienia SIWZ oraz dokumentów pomocniczych, udostępnionych przez Zamawiającego na platformie zakupowej m.in. „Podręcznika ePZP. Instrukcji oferenta w elektronicznych postępowaniach publicznych”, gdzie zawarto powyżej przywołane informacje.

Zamawiający podał, że Konsorcjum nie zgłosiło żadnych uwag do treści SIWZ ani funkcjonowania Platformy zakupowej w okresie od opublikowania ogłoszenia o zamówieniu (tj. 11 listopada 2020 r.) do upływu składania ofert (15 grudnia 2020 r.).

Zamawiający podał również, że z wykazu logów systemowych zawierającego historię operacji dokonywanych przez Konsorcjum w całym postępowaniu, z wyszczególnieniem m.in. typu operacji, nazwy użytkownika oraz czasu dokonywania czynności, wynika, że:

- pierwsza z nich nastąpiła 14 grudnia 2020 r. o godz. 16:54:48;
- czynności bezpośrednio zmierzające do złożenia oferty zostały podjęte na kilka godzin przed upływem terminu składania ofert;

- od 09:56:27 do 11:59:29 dokonano poprawnego dodania i zapisania szeregu plików;

- złożenie oferty, w tym podpisanie jej podpisem kwalifikowanym, nastąpiło po upływie terminu składania ofert.

Według Zamawiającego nie było żadnych przeszkód, aby Konsorcjum wcześniej przeanalizowało dokumenty instruktażowe opublikowane przez Zamawiającego lub dokonało złożenia próbnej oferty i – gdyby wówczas napotkało jakiegokolwiek problemy – zwrócić uwagę na zauważone błędy poprzez zadanie pytań do treści SIWZ lub wniesienie odwołania do Izby na treść SIWZ w tym zakresie.

Zamawiający powołał się na orzecznictwo Izby, w którym wskazuje się, że działalność wykonawcy jest działalnością profesjonalną, przy której prowadzeniu wymaga się należytej staranności w rozumieniu art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego.

W szczególności w wyroku z 18 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 640/19 (LEX nr 2684981) Izba stanęła na stanowisku, że wykonawca winien dbać o swoje interesy od początku pojawienia się takich potrzeb, tj. od momentu opublikowania treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ. Ponadto przychyliła się do argumentacji zamawiającego, który w tym zakresie, w oparciu o wyrok Sądu Najwyższego z 22 września 2005 r. sygn. akt IV CK 100/05, wskazał, że *w ocenie Zamawiającego bardzo późne przystąpienie przez Odwołującego do procesu składania oferty wyczerpuje znamiona co najmniej lekkomyślności. Oceny tej należy dokonywać w odniesieniu do dyspozycji art. 355 § 2 kc, tj. zawodowej staranności wykonawcy, Uważa się, że profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności.*

W wyroku z 7 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 894/16 (LEX nr 2106299) Izba podkreśliła zaś: *Nie można pomijać, że uczestnictwo w procedurach przetargowych prowadzonych na zasadach ustawy Prawo zamówień publicznych przynależy do obrotu profesjonalnego. Z tych względów staranność wykonawcy zgodnie z art. 355 kc określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W pierwszym rzędzie w interesie odwołującego leżało, aby złożyć ofertę w takim czasie, który nie budziłby żadnych wątpliwości. Odwołujący decydując się na złożenie oferty dokładnie na moment upływu terminu, winien liczyć się z ryzykiem, że nie zdoła tego skutecznie uczynić (por. też wyrok Izby z 1 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2418.17 (LEX nr 2423286)).*

Jak podkreśliła Izba w wyroku z 7 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 2671/18 (LEX nr 263047): *Trudno też zaprzeczyć twierdzeniu, że mając do dyspozycji 60 dni na złożenie oferty, przystępując do tej czynności ostatniego dnia, wykonawca postąpił co najmniej nierozważnie. Z podobną sytuacją mogliśmy się zetknąć w tradycyjnym modelu proceduralnym, kiedy*

*wykonawcy musieli mierzyć się z szeregiem obiektywnych okoliczności, które jak w przypadku każdej czynności musiały być brane pod uwagę, jak kolejka w urzędzie pocztowym, wypadek na autostradzie czy nieobecność w pracy osoby odpowiedzialnej za podpisywanie dokumentów. W takich przypadkach obowiązkiem wykonawcy było przewidzieć wszelkie niesprzyjające uwarunkowania i zapewnić sobie czas niezbędny do skutecznego złożenia oferty.*

Zdaniem Zamawiającego w świetle powyższego zarzut, że odpowiedzialność za niezłożenie przez Konsorcjum w terminie oferty za pośrednictwem Platformy zakupowej leży po stronie Zamawiającego, jest pozbawiony racji bytu. Przystąpienie przez Konsorcjum do składania oferty na ostatnią chwilę w sytuacji, gdy dysponowało ono wszelkimi materiałami i informacjami dotyczącymi procedury obsługi systemu, stanowi przejaw co najmniej niezachowania należytej staranności wymaganej od wykonawcy jako profesjonalisty i konsekwencjami takiej niefrasobliwości nie można obciążać Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe w ocenie Zamawiającego zarzut naruszenia art. 85 ust. 2 i 4 pzp jest bezzasadny.

Zamawiający podał, że do czasu upływu terminu otwarcia wszystkie złożone oferty pozostają zaszyfrowane i zablokowana jest możliwość wglądu w ich szczegóły oraz dołączone do nich dokumenty. Po upływie tego terminu sekretarz postępowania wykonuje akcję w systemie umożliwiającą otwarcie ofert, co skutkuje rozpoczęciem procesu odszyfrowywania ofert wraz z załącznikami. W zależności od liczby ofert oraz liczby załączników wymagających odszyfrowania proces ten trwa co najmniej kilka, kilkanaście sekund. Efektem otwarcia ofert jest automatyczne opublikowanie na stronie z ogłoszeniem „Informacji z otwarcia ofert”. Generowanie tego protokołu wraz z informacjami znajdującymi się w nim następuje automatycznie, sekretarz postępowania nie ingeruje w żaden sposób w treść tego protokołu (tzn. np. nie przepisuje i nie oznacza ofert, których szczegóły powinny zostać uwzględnione w treści protokołu).

Według Zamawiającego oznacza to, że ocena oferty Konsorcjum jako złożonej po terminie została dokonana automatycznie przez system informatyczny, bez ingerencji człowieka, a zatem nie mogło być mowy o wykluczeniu Konsorcjum w wyniku błędu lub celowego działania pracownika Zamawiającego.

Zamawiający zaznaczył, że wszyscy wykonawcy mieli jednakowy dostęp do dokumentów dotyczących postępowania, w tym do publikowanych przez niego dodatkowych materiałów pomocniczych w sekcji: „Istotne Informacje dotyczące składania ofert”. Warunki złożenia oferty, w tym warunki techniczne, były dla wykonawców jawne i jednakowe, nie zostały wprowadzone żadne rozwiązania, które mogłyby prowadzić do wyeliminowania jakichkolwiek wykonawców z przetargu lub stawiać innych w uprzywilejowanej pozycji.

Zamawiający zrelacjonował, że:

- Konsorcjum nie zgłosiło żadnych problemów związanych z obsługą Platformy zakupowej Zamawiającemu ani też nie skontaktowało się z działem wsparcia technicznego ();
- informacja o takiej możliwości była powszechnie dostępna, w tym w prawym dolnym rogu Platformy oraz w zakładce „Kontakt”.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zakłócenia w działaniu Platformy zakupowej, o których wspomniano w pkt 11. uzasadnienia odwołania, nie występowały w trakcie próby złożenia przez Konsorcjum oferty, ale miały mieć miejsce później, tj. po 17 grudnia 2020 r. Z tego względu nie mogą mieć wpływu na ocenę stanu faktycznego, którego cezurą czasowa dotyczy 15 grudnia 2020 r.

Zamawiający podał, że dokonał dodatkowo weryfikacji prawidłowości działania Platformy zakupowej, kontaktując się z podmiotem odpowiedzialnym za jego konfigurację i utrzymanie. Nie zostały zdiagnozowane żadne przyczyny, które mogłyby uniemożliwić złożenie oferty przez Konsorcjum 15 grudnia 2020 r. w godzinach od 8:00 do 13:00. Prawidłowe działanie systemu Platforma zakupowa potwierdza wreszcie złożenie (poprawne) ofert przez pozostałych wykonawców. Powyższe przesądza o tym, że udostępnione przez Zamawiającego narzędzia informatyczne były sprawne i w żaden sposób nie została ograniczona uczciwa konkurencja.

Co istotne zdaniem Zamawiającego, żaden z pozostałych wykonawców nie złożył reklamacji dotyczącej technicznych wymagań koniecznych do złożenia oferty ani uwag dotyczących działania Platformy zakupowej. Prawidłowe działanie systemu Platformy zakupowej potwierdza poprawne złożenie ofert przez pozostałych wykonawców. Powyższe przesądza o tym, że udostępnione przez Zamawiającego narzędzia informatyczne były sprawne i w żaden sposób nie została ograniczona uczciwa konkurencja.

Stąd w ocenie Zamawiającego naruszyłby art. 7 ust. 1 ustawy pzp, nakazujący równe traktowanie wykonawców, gdyby uznał ofertę Konsorcjum za złożoną w terminie i dokonał jej otwarcie, a tym bardziej, gdyby zgodnie z oczekiwaniem Odwołującego unieważnił czynność uznania oferty za złożoną po terminie i dokonał jej otwarcia.

Zamawiający podniósł, że w ramach sformułowanych w odwołaniu zarzutów do funkcjonowania Platformy zakupowej nie zostały wskazane żadne konkretne błędy np. w postaci komunikatów o błędzie systemu lub przerwie w jego działaniu. W szczególności Odwołujący nie wykazał, że miał jakiegokolwiek problemy techniczne z obsługą Platformy, nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na to, że nie mógł się zalogować lub wgrać do systemu plików.

Z uwagi na powyższe okoliczności zdaniem Zamawiającego zarzuty naruszenia art. 86 ust. 5, art. 7 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp są niezasadne.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego Zakład Usługowo-Produkcyjny „EMITER” S. L. sp. j. z siedzibą w Limanowej, wnosząc o oddalenie odwołania.

W zgłoszeniu przystąpienia uzasadnił swoje stanowisko w sposób zbieżny z Zamawiającym.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż nieuwzględnienie jego oferty uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Ponieważ w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie w sposób niesprzeczny, a co najważniejsze zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, zacytowano brzmienie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „s.i.w.z.”} dokumentów dotyczących funkcjonowania platformy zakupowej, a także informacji zawartych w logach systemowych, niema potrzeby ich powtarzania, a wystarczające będzie zwięzłe podsumowanie okoliczności, które z nich wynikają.

Po pierwsze – termin składania ofert w tym postępowaniu upływał 15 grudnia 2020 r. o godz. 12:00, czyli tego dnia „w samo południe”, jeszcze inaczej mówiąc „punkt 12”. Taki sposób oznaczenia godziny jest jednoznaczny i wskazuje dokładanie moment, a nie okres czasu. Co więcej samo oznaczenie godzinowe bez minut również wskazywałoby na dokładnie ten sam chwilę. Podobnie nie miałyby znaczenia, gdyby s.i.w.z. oznaczenie godziny nie poprzedzono przymikiem „do”. Tym niemniej określenie w pkt 4.6.2.1. s.i.w.z., że oferty należy składać „nie później niż do dnia 15.12.2020 r. do godz. 12:00” jest tak wyczerpująco i dobitnie sformułowane, że jest zrozumiałe samo przez się i nie poddaje się innej interpretacji niż literalna.

Prezentowany przez Odwołującego pogląd, jakoby pełna godzina kończyła się 59 sekund później, jest oczywiście nieuzasadniony z punktu widzenia elementarnej wiedzy i podstawowych zasad logiki, nie mówiąc o doświadczeniu życiowym. Wbrew temu, co zdaje się sugerować Odwołujący, po wybiściu pełnej godziny biegą sekundy pierwszej minuty następnej godziny i po 60 sekundach ta pierwsza minuta się kończy, a nie zaczyna.

Do przykładów podanych trafnie w odpowiedzi na odwołania dodać można jeszcze jeden z życia i zarazem z przepisów wzięty. Otóż zgodnie w art. 39 § 2 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1319) uregulowano w szczególności, że głosowanie odbywa się bez przerwy od godziny 7:00 do godziny 21:00. Przy czym z § 4 tego samego art. wynika, że o godzinie zakończenia głosowania zarządza się właśnie zakończenie głosowania, z wyjątkiem wyborców, którzy przybyli do lokalu wyborczego przed godziną zakończenia głosowania. Przy analogicznej jak w tym postępowaniu formule określenia upływu terminu końcowego w formule „hh:mm” nikt nie ma wątpliwości, że 21:00:01 przypada już po tak oznaczonej przepisami chwili zakończenia głosowania.

Oczywiście błędne jest przy tym powoływanie się, choćby na zasadzie analogii, na przepisy z tytułu V Kodeksu cywilnego dotyczących terminów, gdyż regulacje zawarte w art. 111-114 odnoszą się do terminu liczonego w latach, miesiącach, tygodniach lub dniach, czyli terminu rozumianego jako okres czasu, odcinek na linii czasu pomiędzy punktem początkowym a końcowym. Natomiast w tym przypadku chodzi o termin końcowy okresu na złożenie ofert, czyli termin rozumiany jako punkt na linii czasu. Co do terminu w takim rozumieniu art. 115 kc stanowi, że jeżeli li koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą, co nic nie wnosi do tej sprawy.

Po drugie – w pkt 4.2.6.2. zd. 2. s.i.w.z. precyzyjnie opisano, w jaki sposób identyfikowana jest chwila złożenia oferty. Co prawda w odwołaniu postanowienie to przytoczone zostało w całości, jednak dalej wyciągnięte wnioski sprowadzają się do wypunktowania wyłącznie pierwszego i pominięcia drugiego elementu, który właśnie dotyczy identyfikacji, kiedy dokładanie oferta została zapisana na serwerze platformy zakupowej. Zatem o ile komunikat „oferta została złożona poprawnie” może potwierdzać fakt poprawnego zapisania jej na serwerze platformy, o tyle dla określenia momentu, kiedy to nastąpiło, miarodajna jest informacja o terminie jej złożenia, która powinna być dostępna dla wykonawcy po zalogowaniu się na swoje konto użytkownika.

Po trzecie – okoliczność, że Konsorcjum nie mogło sprawdzić tej informacji na własnym koncie (co dowiódł przeprowadzony na rozprawie w tym zakresie eksperyment procesowy) nie wpływa na to, że w systemie dochodzi automatycznie do zapisania oferty na serwerze platformy, a w konsekwencji możliwe jest ustalenie, kiedy obiektywnie to nastąpiło.

Podkreślić należy, że na skutek złożenia reklamacji Konsorcjum otrzymało od Zamawiającego nie tylko informację, kiedy nastąpił zapis oferty na serwerze platformy, ale również źródłowe logi wygenerowane w jej systemie, na podstawie których to ustalono. Co ważniejsze, Odwołujący sam wskazał na nie jako na istotny w sprawie dowód, czyli nie zakwestionował ich wiarygodności.

Po czwarte – z tych logów wynika jednoznacznie, że oferta Konsorcjum została zapisana na serwerze platformy 15 grudnia 2020 r. 49 sekund po godzinie 12. Natomiast Odwołujący nie potrafił lub nie chciał odczytać tej informacji w otrzymanym pliku w taki sposób, jaki wskazano w odpowiedzi na odwołanie. Nie ma zatem żadnej wewnętrznej sprzeczności w informacjach przekazanych przez Zamawiającego w ramach odpowiedzi na reklamację Konsorcjum.

Po piąte – również eksperyment przeprowadzony na rozprawie, polegający na zalogowaniu się do platformy przez pracownika Zamawiającego wykazał, że system zarejestrował złożenie oferty o powyższej godzinie i domyślnie zablokował dostęp do jej treści.

Resumując – Konsorcjum złożyło ofertę po upływie terminu składania ofert w tym postępowaniu.

Z uwagi na to, że w odwołaniu nie zostało sprecyzowane, na czym konkretnie miałyby polegać wadliwe działania i błędne skonfigurowanie platformy zakupowej, a tym bardziej, w jaki sposób miało to wpłynąć na przebieg procesu składania oferty przez Konsorcjum, wnioskowany w odwołaniu i podtrzymany na rozprawie wniosek o przesłuchanie w charakterze świadka Pana R. B. podlegał oddaleniu jako bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

Z tego samego powodu, a ponadto wobec braku potrzeby zasięgnięcia wiadomości specjalnych dla ustalenia istotnych dla sprawy okoliczności faktycznych, oddalono również zawarty w odwołaniu i podtrzymany na rozprawie wniosek o przeprowadzenie opinii biegłego do spraw informatyki i programowania na okoliczność wadliwości działania i błędnego skonfigurowania działania platformy zakupowej używanej przez Zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania.

Podkreślić należy, że wnioski dowodowe nie mogą służyć zidentyfikowaniu okoliczności faktycznych, a jedynie potwierdzeniu tych okoliczności, które zostały sprecyzowane w odwołaniu.

W tych okolicznościach Izba zarzuty odwołania są niezasadne.

Mając na uwadze datę opublikowania ogłoszenia o tym zamówieniu oraz datę wniesienia rozpoznawanego odwołania zarówno do postępowania o udzielenie zamówienia, jak i postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie odpowiednio z art. 91 ust. 1 oraz z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdując zastosowanie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Zaznaczyć należy, że według art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12).

Stąd o ile z art. 190 ust. 1 pzp wynika, że dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzone są skutki prawne, mogą być zgłaszane aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności faktyczne muszą być uprzednio zawarte w odwołaniu złożonym do upływu zawitego terminu na jego złożenie.

Skoro w odwołaniu nie sprecyzowano, na czym konkretnie miałyby polegać wadliwe działanie i błędne skonfigurowanie platformy zakupowej, a tym bardziej, w jaki sposób miało to wpłynąć na przebieg procesu składania oferty przez Konsorcjum, okoliczności te nie mogły zostać uzupełnione na rozprawie w drodze przeprowadzenia wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z przesłuchania świadka i opinii biegłego.

Zgodnie z art. 84 ust. 2 zd. 2 ustawy pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawcę o złożeniu oferty po terminie oraz zwraca ofertę po upływie terminu do wniesienia odwołania.

Ponieważ Konsorcjum złożyło w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertę po terminie wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu i s.i.w.z., Zamawiający prawidłowo zawiadomił je o tym fakcie.

W konsekwencji Zamawiający nie naruszył:

- art. 86 ust. 2 i 4 pzp, gdyż podanie podczas publicznego otwarcia ofert nazw (firm) oraz adresów wykonawców, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach dotyczy wyłącznie ofert, które zostały złożone do upływu terminu składania ofert, a zatem Zamawiający nie otwierając w ogóle oferty Konsorcjum postąpił prawidłowo;

- art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, gdyż nieotwarcie oferty, która została złożona po terminie nie oznacza, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a wręcz przeciwnie, że w tym zakresie Zamawiający postąpił prawidłowo.

Natomiast do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 pzp – polegającego na tym, że Konsorcjum nie mogło sprawdzić we własnym zakresie na platformie, kiedy według systemu złożyło ofertę – doszło w zakresie zasady przejrzystości, jednak nie ma to istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie tego zamówienia.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 2 i § 5 ust. 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, których poniesienie zostało udokumentowane do zamknięcia rozprawy stosownym rachunkiem.