Sygn. akt: KIO 3486/20

WYROK
z dnia 1 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska
Członkowie: **Małgorzata Matecka**
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum w składzie: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Industrial S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław,**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum w składzie: Polimex Mostostal S.A., Polimex Energetyka Sp. z o. o., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa**zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1.oddala odwołanie,
2.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **– Konsorcjum w składzie: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Industrial S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa**, i:
1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **– Konsorcjum w składzie: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Industrial S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
2)zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **– Konsorcjum w składzie: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Industrial S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław**stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. 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**.

Przewodniczący:.....
Członkowie: .....

.....

Sygn. akt: KIO 3486/20

Uzasadnienie

Zamawiający,Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A. z siedzibą we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego w przedmiocie „Realizacja pod klucz elektrociepłowni gazowo-parowej dla Kogeneracja S.A. w Siechnicach". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 143-353314 z dnia 26 lipca 2019 r.

W prowadzonym postepowaniu termin składania i otwarcia ofert został wyznaczony na dzień 17 grudnia 2020 r. W powyższym terminie w postępowaniu została złożona jedna oferta - przez Konsorcjum w składzie: Polimex Mostostal S.A., Polimex Energetyka Sp. z o.o. z siedzibą lidera konsorcjum w Warszawie.
Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w składzie: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Industrial S.A. z siedzibą lidera konsorcjum w Warszawie w dniu 28 grudnia 2020 r. wnieśli odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r,, poz. 1843 z późn zm.) zwanej dalej „Pzp", wobec uniemożliwienia przez Zamawiającego złożenia oferty przez Odwołującego w prowadzonym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 60a Pzp, poprzez uniemożliwienie Odwołującemu złożenia oferty w postępowaniu w następstwie wadliwego działanie platformy zakupowej Zamawiającego, za pośrednictwem której, zgodnie z SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli składać oferty w postępowaniu;

2 . art. 10b Pzp, poprzez niezapewnienie, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące i ogólnie dostępne;

3. § 20 ust. 1 oraz § 15 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (t.j.: Dz. U. z 2017 r. poz. 2247 - „Rozp. w spr. KRI") w zw. z § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (t.j.: Dz. U. z 2020 r. poz. 1261 - „Rozp. w spr. ŚKE"),poprzez niezapewnienie przez środki komunikacji elektronicznej przewidziane do złożenia oferty w postępowaniu wymagań przewidzianych dla systemu teleinformatycznego w rozumieniu art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2020 r. poz. 344) w postaci dostępności oraz niezawodności;

4.art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezprawne pozbawienie Odwołującego możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne z powodów technicznych leżących po stronie Zamawiającego, za które wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności, a które doprowadziły do eliminacji wykonawcy posiadającego zdolności do realizacji zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wniósł ponadto o:

- zobowiązanie Zamawiającego do udostępnienia logów (o których mowa w § 21 ust. 1 Rozp. w spr. KRI) platformy zakupowej wykorzystywanej przez Zamawiającego w postępowaniu oraz systemu WAF (Web Application Firewall) obrazujących pracę tych systemów w dniu 17 grudnia 2020 r.;
- przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu systemów teleinformatycznych na okoliczność przyczyn braku możliwości złożenia przez Odwołującego oferty w postępowaniu za pośrednictwem platformy zakupowej wykorzystywanej przez Zamawiającego, w tym w szczególności w oparciu o logi platformy zakupowej, o których mowa powyżej;
- przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że na skutek uniemożliwienia mu złożenia oferty z przyczyn technicznych, za które ponosi odpowiedzialność Zamawiający, Odwołujący poniósł szkodę poprzez pozbawienie go możliwości pozyskania zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, iż w świetle prawa europejskiego przez „dane zamówienie" nie należy rozumieć danego postępowania, w którym następuje wniesienie środka ochrony prawnej, lecz dany przedmiot zamówienia niezależnie od tego, w którym postępowaniu jest zamawiany. Asumpt do takiego rozumienia omawianej przesłanki materialnoprawnej środka odwoławczego daje orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z dnia 11 maja 2017 r w sprawie C-131/16 *Archus – Gama*). Odwołujący przywołał także orzecznictwo KIO wyrok KIO z dnia 5 września 2016 r. sygn. akt KIO 1556/16, wyrok KIO z dnia 28 maja 2019 r. sygn. akt KIO 873/19, wyrok KIO z dnia 5 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2144/18) podnosząc, że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, odnosi się nie do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale do możliwości uzyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia publicznego. Ponadto, Odwołujący wskazał, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy, tj. umowy, której nie można skutecznie unieważnić z powodu wad prawnych postępowania poprzedzającego jej zawarcie. Skoro w tym przypadku z powodu wad działania platformy zakupowej wykorzystywanej przez Zamawiającego, postępowanie obarczone jest wadą, wykonawca, który z tego powodu nie mógł złożyć oferty w postępowaniu może mieć i ma interes w tym, aby dążyć do unieważnienia postępowania obarczonego, w jego ocenie, wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, aby zapewnić sobie możliwość udziału w postępowaniu dotyczącym tego samego zamówienia publicznego (rozumianego jako ten sam przedmiot zamówienia), ale nieobarczonego wadą (tak KIO w wyroku z dnia 20 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1540/20).

Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku przeprowadzonej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i dialogu, Odwołujący w dniu 28 sierpnia 2020 r. został zaproszony do złożenia oferty ostatecznej. W tym samym dniu opublikowano też przedmiotowe ogłoszenie w Systemie Zakupowym Zamawiającego pod adresemW zaproszeniu podano, że SIWZ dostępna jest na Portalu zakupowym pod linkiem:Numer postępowania POST/PEC/PEC/ZCS/00114/2020 oraz że na tym Portalu zakupowym (platformie) winny być złożone i opublikowane oferty wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Odwołujący wskazał, że punkt 2 SIWZ zawiera szczegółowy opis „Informacji o sposobie komunikacji z wykonawcami". Zgodnie z pkt 2.8 SIWZ„Aby złożyć ofertę w postępowaniu Wykonawca jest zobowiązany do dokonania rejestracji w Systemie Zakupowym GK PGE dostępnym pod adresem:. System Zakupowy GK PGE jest zintegrowany z platformą OnePlace firmy Marketplanet. Zamawiający informuje, iż przy pierwszym logowaniu się Wykonawców do sytemu, konieczne jest przejście przez ścieżkę rejestracji do strefy dostawców OnePlace. Wszystkich zainteresowanych udziałem w postępowaniu zakupowym prosimy o dokonanie rejestracji bez zbędnej zwłoki, ponieważ proces weryfikacji Wykonawcy może potrwać do 3 dni."

Odwołujący podkreślił, że wszystkie wymagania techniczne określone w powyższym punkcie, dotyczące rejestracji i logowania w systemie zakupowym GK PGE, zostały przez Odwołującego spełnione i proces ten przebiegł prawidłowo. Podobnie też spełnione były wymagania określone w dokumencie regulującym „Zasady korzystania z Systemu GK PGE obsługującego proces zakupowy w GK PGE" (dokument dostępny na stroniew zakładce Przetargi), o którym mowa w pkt 2.9 SIWZ, jak też - wymagania dla sprzętu komputerowego wykonawcy, o których mowa w pkt 2.11 SIWZ, a także wszystkie pozostałe wymagania wszelkich instrukcji i zaleceń Zamawiającego, o których mowa w powołanym pkt 2 SIWZ. O powyższym świadczy fakt, że w początkowej fazie postępowania podczas składania oferty (jak też we wcześniejszych etapach postępowania) proces umieszczania plików obejmujących ofertę przebiegał bez zakłóceń.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 17 grudnia 2020 r. ok. godz. 11:10 zalogował się w Systemie Zakupowym GK PGE używanym przez Zamawiającego i rozpoczął uzupełnianie danych do Formularza Ofertowego zamieszczonego na platformie. Już w trakcie wpisywania danych System Zakupowy wykazywał opóźnienia w reakcji na wprowadzane dane. Jako dowód Odwołujący wskazał nagranie wideo z procesu uzupełniania oferty i zapowiedział okazanie go na rozprawie.

Po wypełnieniu Formularza Oferty (37 pozycji wymaganych przez Zamawiającego oraz danych Wykonawcy) Odwołujący zapisał ten formularz przy pomocy funkcji dostępnej na Platformie zakupowej (podanie PIN-u do szyfrowania). Czynność ta została wykonana z powodu obawy o utratę wypełnionych danych spowodowaną bardzo wolnym działaniem Systemu Zakupowego. W trakcie wpisywania danych w wierszach Formularza wpisane znaki pojawiały się z opóźnieniem kilkunastu sekund. Jako dowód Odwołujący wskazał nagranie wideo z procesu uzupełniania oferty i zapowiedział okazanie go na rozprawie.

Po kliknięciu opcji „Zapisz" pojawił się komunikat „Zapisano" (ok. godz. 11:39:32].

W tym momencie platforma przestała reagować.

Po odświeżeniu strony godz. ok. 11:41:45 pojawił się ponownie komunikat „Zapisano", zaś po wciśnięciu polecenia „edytuj" ponownie pojawiły się puste pola w Formularzu Oferty.

W związku z powyższym Odwołujący niezwłocznie przystąpił do ponownego uzupełniania tych danych. Jako dowód Odwołujący wskazał nagranie wideo z procesu uzupełniania oferty i zapowiedział okazanie go na rozprawie.

Jednocześnie ok. godz. 11:47 Odwołujący rozpoczął próbę skontaktowania się z osobą wskazaną przez Zamawiającego do kontaktu, tj. z p. Iwoną Krzyżewską tel. +48 22 5307938 (numer udostępniony na platformie zakupowej). Próbę kontaktu telefonicznego ponowiono o godz. 11:48 oraz o godz. 11:51, niestety Zamawiający nie odbierał telefonów. Jako dowód Odwołujący zapowiedział przedłożenie na rozprawie billingu obrazującego połączenia z tel.: +48 22 5307938.

W tym czasie Odwołujący starał się powiadomić Zamawiającego również za pomocą środków komunikacji elektronicznej - o godz. 11:52 Odwołujący przesłał wiadomości e- mail o problemach ze złożeniem oferty do Zamawiającego i administratora platformy na adresy poczty elektronicznej podane w SIWZ, tj.oraz oneplace.admin@marketplanet.pl. Wiadomość e-mail została wysłana ponownie o godz. 11:53 na adres e-mail . gdyż adres administratora platformy w SIWZ (] był nieprawidłowy.

Odwołujący w załączeniu do odwołania przedstawił:
- wiadomość e-mail wysłaną przez Odwołującego na adres poczty elektronicznej oraz na adres poczty elektronicznej
- wiadomość e-mail potwierdzającą nieprawidłowość adresu poczty elektronicznej
- wiadomość e-mail wysłana przez Odwołującego na adres poczty elektronicznej
- potwierdzenie przyjęcia zgłoszenia Odwołującego wysłanego na adres poczty elektronicznej przez operatora Systemu Zakupowego.

W tym samym czasie na platformę Odwołujący dodawał załączniki do oferty - część jawna została załadowana. Natomiast załączniki stanowiące część tajną oferty (oferta techniczna, dokumenty handlowe) ładowały się z dużym trudem (zielony znak potwierdzenia pojawił się przy części dokumentów). Odwołujący zapowiedział przedstawienie na rozprawie jako dowodu nagrania wideo z procesu uzupełniania oferty.

Jednocześnie o godz. 11:52 Odwołujący skontaktował się telefonicznie z operatorem platformy zakupowej One Place (wsparcie techniczne dla wykonawców) pod numer telefonu +48 22 5768790. Odwołujący zgłosił problemy z działalnością platformy i uzyskał informację, że platforma nie jest w stanie wydłużyć terminu do złożenia oferty w procesie ładowania dokumentów na Platformę. Osoba z obsługi platformy poinformowała, że dane pierwotnie uzupełnione zostały zapisane na Platformie i zaszyfrowane. Odwołujący został poinstruowany, aby sprawdzić dane, klikając przycisk „wygeneruj raport". Było to o tyle mylące, że wykonawca nie miał możliwości wygenerowania raportu, ponieważ ładowały się w tym czasie pliki z ofertą techniczną i okna były zablokowane. System Zakupowy generował też komunikat *„Żądany adres URL został odrzucony. Komunikat błędu 11676593833988188992*."

O godz. 12:00 (termin złożenia ofert) nastąpiło zamknięcie platformy i zawieszenie. Po ponownym otwarciu platformy pojawił się status „oferta zapisana, ale nie wysłana - nie złożona". Odwołujący zapowiedział złożenie na rozprawie billingu obrazującego połączenia z nr tel.: +48 22 5768790.

Odwołujący podniósł, że opisane powyżej działanie Systemu uniemożliwiło mu złożenie oferty w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 60a oraz art. 10a Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, prowadząc postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego, powinien zapewnić wszystkim wykonawcom, z którymi prowadził dialog, możliwość złożenia oferty. Jak stanowi art 60a Pzp, dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert. W trybie tym, uwzględniając fakt, iż oferta powinna zostać złożona w postaci elektronicznej i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 Pzp), Zamawiający powinien umożliwić wszystkim wykonawcom, z którymi prowadził dialog, złożenie oferty.

Wykorzystywanie infrastruktury informatycznej uniemożliwiającej wykonawcom biorącym udział w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego (niezależnie od naruszenia innych wskazanych w odwołaniu przepisów prawa) narusza przepis art. 60a Pzp, który gwarantuje wykonawcom, z którymi prowadzono dialog możliwość efektywnego złożenia oferty w postępowaniu. Uprawnienie to ma charakter zasadniczy, zaś jego naruszenie stanowi najdalej idące ograniczenie praw wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Proceduralną gwarancją uprawnienia wykonawcy składającego ofertę w postaci elektronicznej jest przepis art. 10b Pzp, który stanowi, że 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.

Dodatkowo, oceniając zaistniały stan faktyczny, uwzględnić należy art. 61 § 2 k.c., który stanowi, iż oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Tym samym, złożenie oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej polega na tym, że oświadczenie jest prawidłowo wprowadzone do urządzenia elektronicznego (komputera) nadawcy i przekazane przez internet - za pomocą narzędzi programowych umożliwiających indywidualne wysyłanie i odbieranie danych na odległość - trafia do operatora usług telekomunikacyjnych (serwera dostawcy usług internetowych) i od razu jest dostępne dla adresata oświadczenia - posiadacza tzw. elektronicznej skrzynki pocztowej (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 maja 2003 r., sygn.. akt I CKN 384/01 - niepubl. zamieszczony w Systemie Informacji Prawnej LEX; podobnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 10 grudnia 2003 r. sygn. akt VCZ 127/03;opubl. w: Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna 2005 r. z. 1, poz. 12).

W świetle przywołanych przepisów prawa nie ma wątpliwości, iż to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za działanie infrastruktury informatycznej, przy pomocy której przyjmuje oferty w prowadzonym postępowaniu. Jak zasadnie orzekła KIO w wyroku z dnia 10 grudnia 2019 r. [sygn. akt KIO 2391/19) *Z przepisów art 7 ust 1 i art.10b p.z.p. wynika, że do obowiązków zamawiającego należy zapewnienie, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne nie ograniczały wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. Narzędzia udostępnione przez zamawiającego mają umożliwić wykonawcom dokonywanie wszelkich czynności niezbędnych do złożenia oferty i udziału w postępowaniu*". Podobnie uznała KIO w wyroku z dnia 14 stycznia 2020 r. sygn. akt KIO 2603/19.

Odwołujący podkreślił, że nie miał problemu z zalogowaniem się do platformy zakupowej Zamawiającego, co oznacza, iż łączność pomiędzy komputerem Odwołującego, przy pomocy którego wypełniano Formularz Oferty dostępny na platformie, a samą platformą odbywała się w sposób niezakłócony. Wadliwe działanie wykazywała sama platforma zakupowa Zamawiającego, uniemożliwiając dodawanie plików, utrudniając wypełnianie Formularza Oferty i wreszcie uniemożliwiając złożenie oferty. Powyższe problemy techniczne znamionują, iż przyczyny uniemożliwiające złożenie oferty leżały po stronie infrastruktury informatycznej Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, okoliczność ta została *de facto* przyznana przez Zamawiającego. W dniu 21 grudnia 2020 r. Odwołujący wystąpił do podmiotu wykonującego na rzecz Zamawiającego pomocnicze działania zakupowe (tzn. do PGE Energia Ciepła S.A.) o ustalenie, czy w dniu 17 grudnia 2020 r. pomiędzy godziną 11.00 a 12.15. miały miejsce problemy z działem Systemu Zakupowego Zamawiającego. W odpowiedzi na to zapytanie PGE Energia Ciepła S.A. wprawdzie stwierdziła, że ww. terminie nie miały miejsca błędy w działaniu Systemu Zakupowego, ale jednocześnie przyznała, że komunikat: *„Żądany adres URL został odrzucony. Komunikat błędu 11676593833988188992",* pochodził z systemu WAF (Web Application Firewall), który został wygenerowany w dniu 17 grudnia 2020 o godz. 11:59:14 w skutek odpowiedzi Systemu zakupowego (kod błędu: 500) na akcję przerwania upload'u (wgrywania) pliku. Odwołujący załączył do odwołania pismo PGE Energia Ciepła S.A. z dnia 23 grudnia 2020 r. W piśmie tym wskazano jednoznacznie, że problem został wygenerowany przez Firewall wykorzystywany przez Zamawiającego do ochrony samej Platformy Zakupowej. Co bardzo istotne Zamawiający w SIWZ ani w Instrukcji funkcjonowania Systemu Zakupowego, do której odsyłała SIWZ, nie informował o jakichkolwiek aspektach technicznych wpływu Firewalla na proces składania oferty. Sam Firewall jest częścią infrastruktury informatycznej wykorzystywanej przez Zamawiającego, i to Zamawiający powinien ponosić odpowiedzialność za wadliwe jej funkcjonowanie.

Zdaniem Odwołującego, z prawnego punktu widzenia bez znaczenia jest fakt, iż komunikat *„Żądany adres URL został odrzucony. Komunikat błędu 11676593833988188992*", został wygenerowany na skutek odpowiedzi Systemu zakupowego (kod błędu: 500) na akcję przerwania upload'u (wgrywania] pliku, gdyż zmiana (usunięcie poprzednich i wgranie nowych) plików załączanych do oferty jest normalnym działaniem wykonawcy, który przygotowuje elektroniczną postać oferty. Możliwość usunięcia pliku wgranego do oferty przygotowywanej do wysłania i zastąpienie go nowym jest typową

funkcjonalnością systemów teleinformatycznych wykorzystywanych do składania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej strony Zamawiający nie informował (ani w SIWZ, ani w Instrukcji funkcjonowania Systemu Zakupowego), że nie wolno usuwać plików załączonych do oferty.
Jeżeli zatem, z uwagi na Firewall wykorzystywany przez Zamawiającego, usunięcie pliku załączonego do oferty przygotowywanej do złożenia powodowało wystąpienie komunikatu „*Żądany adres URL został odrzucony. Komunikat błędu 11676593833988188992*", to Zamawiający powinien zawrzeć w SIWZ (lub w dokumentach, do których odsyła SIWZ) stosowne instrukcje dotyczące dalszego sposobu postępowania w trakcie procesu składania oferty. Tymczasem, brak takich instrukcji, przy jednoczesnym wstrzymaniu przez Firewall procesu składania oferty uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu.
Z tego też powodu Zamawiający powinien unieważnić postępowanie, gdyż doszło w nim do naruszenia przepisów ustawy Pzp mającego wpływ na wynik postępowania. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2671/18 oraz wyrok KIO z dnia 4 marca 2019 r. sygn. akt KIO 268/19, wskazując, że odpowiedzialność Zamawiającego za wykorzystywaną przez niego infrastrukturę informatyczną sięga w zasadzie granic odpowiedzialności ponoszonej na zasadzie ryzyka.
Zarzut naruszenia § 20 ust. 1 oraz § 15 ust. 1 Rozp. w spr. KRI w zw. z § 3 ust. 1 Rozp. w spr. ŚKE.
Zdaniem Odwołującego, opisany powyżej aspekt techniczny wpływu Firewall'a na System Zakupowy wykorzystywany przez Zamawiającego doprowadził do skutku sprzecznego z postanowieniami § 15 ust. 1 i § 20 ust. 1 Rozp. w spr. KRI.
Na podstawie § 3 ust. 1 Rozp. w spr. ŚKE, przekazanie ofert następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej, których użycie zapewnia spełnienie wymagań przewidzianych dla systemu teleinformatycznego w rozumieniu art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2020 r. poz. 344), w szczególności wymagań odpowiadających minimalnym wymaganiom określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2020 r. poz. 346, 568 i 695). W świetle tego przepisu, środki komunikacji elektronicznej muszą spełnić wymagania właściwe dla systemów teleinformatycznych określone w Rozp. w spr. KRI, które zostało wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2020 r. ze zm. 346, 568 i 695).
Przepisy § 20 ust. 1 Rozp, w spr. KRI przewidują, że podmiot realizujący zadania publiczne opracowuje i ustanawia, wdraża i eksploatuje, monitoruje i przegląda oraz utrzymuje i doskonali system zarządzania bezpieczeństwem informacji zapewniający poufność, dostępność i integralność informacji z uwzględnieniem takich atrybutów, jak autentyczność, rozliczalność, niezaprzeczalność i niezawodność. Tym samym, jedną z cech środków komunikacji elektronicznej wykorzystywanych do składnia ofert jest zapewnienie przez nie dostępności.
Stosownie do postanowień § 2 pkt 4 Rozp. w spr. KRI, dostępność, to właściwość określająca, że zasób systemu teleinformatycznego jest możliwy do wykorzystania na żądanie, w założonym czasie, przez podmiot uprawniony do pracy w systemie teleinformatycznym. W niniejszym przypadku System Zakupowy nie realizował tej funkcjonalności z uwagi na zakłócenia wywołane interakcją z Firewallem. Dodatkowo podkreślić należy, iż § 15 ust. 1 Rozp. w spr. KRI przewiduje, że systemy teleinformatyczne używane przez podmioty realizujące zadania publiczne projektuje się, wdraża oraz eksploatuje z uwzględnieniem ich funkcjonalności, niezawodności, używalności, wydajności, przenoszalności i pielęgnowalności, przy zastosowaniu norm oraz uznanych w obrocie profesjonalnym standardów i metodyk. Z uwagi na odesłanie do tego przepisu zawarte w Rozp. w spr. ŚKE, System Zakupowy używany przez Zamawiającego powinien być eksploatowany w sposób zabezpieczający jego niezawodność. Zaistniały i udokumentowany problem ze złożeniem oferty pokazuje, iż Zamawiający nie dopełnił przedmiotowego obowiązku.
Z uwagi na fakt, iż podstawa faktyczna odwołania dotyczy infrastruktury informatycznej Zamawiającego, Odwołujący nie ma bezpośredniego dostępu do informacji związanych z ich działaniem. Odwołujący zwrócił uwagę, iż na podstawie § 3 ust. 1 Rozp. w spr. ŚKE, środki komunikacji elektronicznej wykorzystywane do składnia ofert muszą spełnić wymagania właściwe dla systemów teleinformatycznych, określone w Rozp. w spr. KRI, zgodnie zaś § 21 ust. 1, rozliczalność w systemach teleinformatycznych podlega wiarygodnemu dokumentowaniu w postaci elektronicznych zapisów w dziennikach systemów (logach). Tym samym, także rozliczalność w środkach komunikacji elektronicznej wykorzystywanych do składnia ofert powinna podlegać wiarygodnemu dokumentowaniu w postaci elektronicznych zapisów w dziennikach (logach). W dziennikach systemów odnotowuje się obligatoryjnie działania użytkowników lub obiektów systemowych polegające na dostępie do (1) systemu z uprawnieniami administracyjnymi, (2) konfiguracji systemu, w tym konfiguracji zabezpieczeń oraz (3) przetwarzanych w systemach danych podlegających prawnej ochronie w zakresie wymaganym przepisami prawa. Poza ww. informacjami w logach mogą być odnotowywane działania użytkowników lub obiektów systemowych, a także inne zdarzenia związane z eksploatacją systemu w postaci: (1) działań użytkowników nieposiadających uprawnień administracyjnych, (2) zdarzeń systemowych nieposiadających krytycznego znaczenia dla funkcjonowania systemu oraz (3) zdarzeń i parametrów środowiska, w którym eksploatowany jest system teleinformatyczny - w zakresie wynikającym z analizy ryzyka (vide: § 21 ust. 2 i 3 Rozp. w spr. KRI).
Na podstawie § 21 ust. 4 Rozp. w spr. KRI, informacje w dziennikach systemów przechowywanesą od dnia ich zapisu, przez okres wskazany w przepisach odrębnych, a w przypadku braku przepisów odrębnych, przez dwa lata. Z uwagi na przywołane unormowania Rozp. w spr. KRI wszelkie informacje dot. funkcjonowania Systemu Zakupowego powinny być w posiadaniu Zamawiającego.
Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do udostępnienia logów (o których mowa w § 21 ust. 1 Rozp. w spr. KRI) Platformy zakupowej wykorzystywanej przez Zamawiającego w postępowaniu oraz systemu WAF (Web Application Firewall) obrazujących pracę tych systemów w dniu 17 grudnia 2020 r.
Na rozprawie Odwołujący podtrzymał wnioski dowodowe zawarte w odwołaniu i złożył do akt sprawy:
- billing szczegółowy połączeń z dnia 25.01.2021 r.;
- Zasady korzystania z systemu GK PGE obsługującego proces zakupowy Grupa PGE" na okoliczność, że zasady te nie przewidują procedury reakcji w przypadku wystąpienia błędu przy składaniu dokumentów w formie elektronicznej na Platformę zakupową, z którymi spotkał się Odwołujący w niniejszej sprawie;
- zrzut z ekranu potwierdzający złożenie przez Odwołującego określonych dokumentów na platformę zakupową potwierdzający, że dokumenty te zostały zapisane,
- nagranie video z końcowego etapu składania przez Odwołującego oferty (ok. 2 min. nagrania).
Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum w składzie: Polimex Mostostal S.A., Polimex Energetyka Sp. z o.o. z siedzibą lidera konsorcjum w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. W ocenie Przystępującego, Odwołujący, jako profesjonalny podmiot powinien przetestować czas, który jest potrzebny do złożenia oferty w tym postępowaniu. Z doświadczenia Przystępującego wynika, że złożenie oferty w jego przypadku trwało około 10h od godz. 16:00 w dniu 16.12.2020 do godz. 02:00 w nocy w dniu 17.12.2020 r.
Przystępujący wniósł na rozprawie o przesłuchanie w charakterze świadka p. Krzysztofa Pastuszko, tj. osoby odpowiedzialnej za złożenie oferty przez Przystępującego, na okoliczność:
- opisu procesu składania oferty przez Przystępującego;
- wskazania czynności koniecznych dla skutecznego złożenia oferty;
- braku problemów technicznych w momencie składania oferty.

Pismem z dnia 26 stycznia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wyjaśnił, że niesporne jest pomiędzy stronami to, że wykonawcy mieli złożyć oferty w postępowaniu do godz. 12.00 dnia 17 grudnia 2020 r. na platformie zakupowej Zamawiającego. Kwestią sporną jest - z jakich przyczyn oferta nie została złożona przez Odwołującego.

Zamawiający wyjaśnił zasady składania ofert na platformie zakupowej. Wskazał, że korzysta z Systemu SWPP (zwanego „platformą zakupową", „Systemem Zakupowym" lub „Systemem"). Za wsparcie techniczne dla wykonawców w zakresie obsługi Systemu Zakupowego odpowiada jego producent - Otwarty Rynek Elektroniczny S.A.

Wszystkie wymagania związane z obsługą platformy zakupowej zostały opisane w SIWZ. Zgodnie z punktem 2.3. SIWZ: „Wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu opisane zostały w Instrukcji „ Wykonawcy - instrukcja użytkowników końcowych" oraz Instrukcji „Podpis elektroniczny — konfiguracja, składanie postąpień aukcyjnych". Ww. instrukcje zawarte są na stronie swpp2.gkpge.pl w zakładce Pytania i odpowiedzi/FAQ.

Wykonawca, zakładając konto na platformie zakupowej, na etapie rejestracji na platformie potwierdza zapoznanie się z Regulaminem korzystania z platformy System Zakupowy (SWPP2) (vide punkt 5.2. oraz punkt 6.1. Instrukcji „Wykonawcy - instrukcja użytkowników końcowych").

Szczegóły dotyczące sposobu składania oferty na platformie zakupowej zamieszczono w punkcie 7.5 i następnych ww. Instrukcji. Po zamieszczeniu plików składających się na ofertę, należy nacisnąć przycisk: „Złóż wniosek/ofertę". Warunkiem poprawnego złożenia jest elektroniczne podpisanie wygenerowanego formularza. Procedura podpisu elektronicznego odbywa się z poziomu przeglądarki internetowej i rozpoczyna się automatycznie po kliknięciu na przycisk „Złóż wniosek/ofertę"

Wymagania i rekomendacje dotyczące sposobu podpisywania dokumentów zostały opisane w dokumencie „Podpis elektroniczny konfiguracja, składanie postąpień aukcyjnych", dostępnym na platformie, a zgodnie z punktem 7.6. ww. Instrukcji, przed przystąpieniem do udziału w postępowaniach publicznych realizowanych w Środowisku Zakupowym GK PGE niezbędne jest zapoznanie się z tym dokumentem.

Zgodnie z punktem 2.9. SIWZ, wykonawcy zostali zobowiązani także do zapoznania się z dokumentem regulującym „Zasady korzystania z Systemu GK PGE obsługującego proces zakupowy w GK PGE" (dokument dostępny na stronie pgeenergiaciepla.pl w zakładce Przetargi, dalej „Zasady korzystania").

Zgodnie z punktem 1.5.3. Zasad korzystania, ofertę można zapisać, poprzez kliknięcie w przycisk „Zapisz", co powoduje WYŁĄCZNIE zapisanie oferty na koncie wykonawcy (o czym informuje odpowiedni komunikat) i nie jest jednoznaczne ze złożeniem oferty w postępowaniu. Zamawiający załączył do odwołania „Zasady korzystania z Systemu GK PGE obsługującego proces zakupowy w GK PGE". Na platformie zakupowej w zakładce „FAQ Pytania odpowiedzi" wskazano:

Pytanie: Jeżeli zapisałem ofertę, to mogę uznać, że oferta jest złożona?

Odpowiedź: Nie, oferta została tylko zapisana. W celu złożenia oferty należy wybrać „Złóż ofertę". Przy poprawnie złożonej ofercie zostanie wyświetlony komunikat „oferta złożona poprawnie".

Zgodnie z punktem 1.5.5. Zasad korzystania, „W celu złożenia Oferty (przesłania jej do Organizatora oraz Zamawiającego) należy po uzupełnieniu formularza i dodaniu wymaganych plików, kliknąć w przycisk „Złóż ofertę". Z uwagi, iż wszelkie dokumenty załączane przez Wykonawcę do Oferty podlegają obowiązkowemu sprawdzeniu m.in. przez program antywirusowy Organizatora, Wykonawca powinien rozpocząć procedurę złożenia Oferty z odpowiednim wyprzedzeniem. Czas skanowania jest uzależniony od formatu pliku oraz ilości załączonych plików."

W punkcie 2.21. SIWZ Zamawiający wskazał: „System po upływie terminu składania ofert nie dopuści możliwości złożenia oferty, tym samym zaleca się przygotowanie i złożenie oferty z odpowiednim wyprzedzeniem."

Zamawiający opisał czynności Odwołującego podjęte w celu złożenia oferty, jak poniżej:

Odwołujący w odwołaniu przyznał, że zalogował się w Systemie Zakupowym Zamawiającego w dniu 17 grudnia 2020 r. o godz. 11:10.

Zgodnie z danymi przedstawionymi przez Marketplanet (Otwarty Rynek Elektroniczny S.A.) — producenta i dostawcę platformy zakupowej oraz jej operatora — reprezentujący Odwołującego użytkownik zalogował się do systemu w dniu 17 grudnia 2020 r. o godz. 11:07:11. Pierwsze kliknięcie przycisku „zapisz" lub „złóż ofertę" miało miejsce o godz. 11:39:32. O godz. 12:45:42 ww. użytkownik wylogował się z Systemu. Reprezentujący Odwołującego drugi użytkownik zalogował się do systemu w dniu 17 grudnia 2020 r. o godz. 11:46:52. Pierwsze kliknięcie przycisku „zapisz" lub „złóż ofertę" miało miejsce o godz. 11:47:39. O godz. 12:25:37 ww. użytkownik wylogował się z Systemu.

Odwołujący w ogóle nie podjął czynności związanych z podpisaniem oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Szczegółowe akcje ww. użytkowników zostały przedstawione w piśmie Spółki Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. z dnia 19 stycznia 2021 r., które Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie.

W odwołaniu Odwołujący wskazał, że o godz. 11:39:32 po kliknięciu opcji „Zapisz" pojawił się komunikat: „Zapisano". Jest to w pełni zgodne z zestawieniem udostępnionym przez Marketplanet. Następnie, po wciśnięciu polecenia „edytuj" ponownie pojawiły się puste pola.

Powyższa czynność potwierdza, że Odwołujący nie zapoznał się z Instrukcją. W punkcie 7.10.1. Instrukcji wskazano bowiem, że edytowanie możliwe jest po poprawnym złożeniu oferty. Skoro oferta nie została złożona poprawnie (Odwołujący nie kliknął w przycisk: „Złóż ofertę" i nie podpisał jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym), nie można było dokonać jej edycji, o czym wyraźnie, również za pomocą stosownych schematów, informuje Instrukcja.

Zamawiający wyjaśnił, że niezależnie od analiz sporządzonych przez Otwarty Rynek Elektroniczny S.A., dokonał on szczegółowej analizy zdarzenia będącego przedmiotem odwołania. Departament Bezpieczeństwa i Ciągłości Biznesowej PGE Systemy S.A. stwierdził, że nie było jakiejkolwiek ingerencji zewnętrznej w system zakupowy lub jego środowisko. Jednocześnie w wyniku analizy Systemu Zakupowego stwierdzono, iż w bazie danych odłożone są dwie wersje poprawnie zapisanej oferty. Nie ma natomiast informacji o złożeniu oferty ani o jej podpisaniu elektronicznie. Oferta jest podpisywana w momencie jej składania, zapisane oferty nie są podpisane.

Zamawiający wskazał, że, w jego ocenie, Odwołujący nie dość, że zdecydowanie za późno przystąpił do złożenia oferty, to dodatkowo nie zapoznał się z dokumentacją udostępnioną przez Zamawiającego dotyczącą procesu umieszczania ofert na platformie zakupowej. Z działań Odwołującego można wnioskować, że nie miał zamiaru skutecznego złożenia oferty, gdyż nie kliknął w opcję „Złóż ofertę" i nie przystąpił do podpisywania oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z dużą dozą prawdopodobieństwa Odwołujący nie zapoznał się należycie z dokumentacją dotyczącą procesu składania ofert na platformie zakupowej.

Zamawiający wyjaśnił, że oferta (zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SIWZ — Opis sposobu przygotowania Oferty) składa się z Formularza Ofertowego oraz 14-16 dokumentów (liczba załączników jest zależna od tego, czy wykonawca składa również pełnomocnictwo, a także czy zastrzega część niejawną oferty). Oferta techniczna (zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ — Wymagania dotyczące sporządzenia części technicznej Oferty) wymaga dodatkowo załączenia rysunków i schematów. Zgodnie z informacjami zamieszczonymi przez Zamawiającego w SIWZ i na platformie, każdy plik jest sprawdzany programem antywirusowym i szyfrowany, co wymaga czasu i co Odwołujący powinien uwzględnić przygotowując się do złożenia oferty.

Obie wskazane okoliczności obciążają Odwołującego. Zamawiający przywołał orzeczenia KIO (sygn. akt KIO 1181/19, wyrok z dnia 18 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 640/19).

Zgodnie z punktem 1.3.7. Zasad korzystania, wszystkie załączane do Systemu dokumenty elektroniczne sprawdzane są m.in. oprogramowaniem antywirusowym w celu zabezpieczenia Zamawiającego przed otrzymaniem plików zainfekowanych lub uszkodzonych. Podobna informacja została zamieszczona w punkcie 2.17. SIWZ.

Komunikat, na który powołuje się Odwołujący: „Żądany adres URL został odrzucony. Komunikat błędu 11676593833988188992" pochodził z systemu WAF (Web Application Firewall), tj. systemu służącego do ochrony aplikacji webowych. Komunikat ten pojawił się w wyniku odpowiedzi Systemu na kod błędu: 500, związany z przerwaniem przez Odwołującego wgrywania plików do systemu zakupowego. (vide treść oświadczenia administratora Systemu Zakupowego zamieszczonego w Załączniku nr 3)

Zamawiający podkreślił, że przedmiotowy błąd nie ma wpływu na działalność Systemu Zakupowego i w żaden sposób nie wstrzymuje procesu składania oferty, informacja o błędzie została wygenerowana o godz. 11:59:14, a więc 46 sekund przed zamknięciem możliwości składania ofert w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego przez Odwołującego, że usuwanie i wgrywanie plików jest normalnym działaniem wykonawcy — Zamawiający potwierdza, że platforma zakupowa oczywiście posiada taką funkcjonalność, a sposób działania tej funkcjonalności został opisany w punkcie 7.10.1. Instrukcji. Fakt, iż Odwołujący wykonywał te czynności w sposób niezgodny z Instrukcją spowodował problemy ze składaniem oferty.

Co do kontaktu z Zamawiającym, Zamawiający przyznał, że zostały odnotowane próby skontaktowania się przez Odwołującego z numerem telefonu +48 22 5307938 — jest to numer telefonu stacjonarnego p. I. K. — sekretarza Komisji Przetargowej. Zamawiający wskazał, że nie dopuścił w postępowaniu kontaktu telefonicznego z wykonawcami, a drogą wskazaną do kontaktu z Zamawiającym jest droga elektroniczna (patrz punkt 2.22. SIWZ).

Zamawiający podkreślił jednocześnie, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, podmiotem wyznaczonym do kontaktu w zakresie pracy Systemu Zakupowego był operator tego systemu. W punkcie 2.20. SIWZ Zamawiający wskazał, iż pomoc techniczną dla wykonawców w zakresie obsługi Systemu Zakupowego jest spółka Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. oraz podał dane kontaktowe do tej spółki (zarówno numer telefonu, jak i poczty elektronicznej). Kontakt telefoniczny z operatorem Systemu Zakupowego Odwołujący podjął dopiero o godz. 11:52.

Fakt, iż p. I. K. nie odbierała telefonu stacjonarnego jest zatem irrelewantny dla zarzutów odwołania. Dodatkowo, Zamawiający podkreślił, że próbę kontaktu telefonicznego z p. I. K. Odwołujący podjął po raz pierwszy o godz. 11:47, a więc 13 minut przed upływem terminu składania ofert, co przyznał sam Odwołujący.

Odwołujący podjął także próbę kontaktu elektronicznego z Zamawiającym, wysyłając wiadomość e-mail na adres p, I. K. oraz na adres Operatora Systemu Zakupowego o godz. 11:52. Nie ma wątpliwości, że działania Odwołującego podjęte o tej godzinie należy uznać za zdecydowanie spóźnione.

Zamawiający przywołał wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 870/20, w którym Izba uznała, iż kontakt w sposób niezgodny z zasadami komunikacji obciąża wykonawcę. Wykonawca podejmował niepotrzebne próby nawiązania kontaktu z Zamawiającym, chociaż sam w odwołaniu wskazał, iż w przypadku jakichkolwiek wątpliwości związanych z zasadami korzystania z Platformy wykonawca winien się skontaktować z dostawcą rozwiązania teleinformatycznego.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, iż platforma zakupowa w dniu 17 grudnia 2020 r. działała w sposób nieprawidłowy. Potwierdza to pismo Spółki Otwarty Rynek Elektroniczny S.A., w którym operator Systemu Zakupowego potwierdził, że w dniu 17 grudnia 2020 r. od godz. 10:00 do godz. 13:00 System Zakupowy działał prawidłowo.

Niezłożenie oferty było efektem zaniechań Odwołującego, który zdecydowanie za późno przystąpił do wgrywania swojej oferty na platformę, jak również nie dość dokładnie zapoznał się z dokumentacją związaną z pracą systemu zakupowego oraz możliwościami i zasadami technicznego działania samego systemu zakupowego. Zamawiający w SIWZ oraz dokumentach dotyczących systemu zakupowego zawarł zalecenia dotyczące odpowiednio wczesnego przystąpienia do wgrywania oferty.

Zamawiający wskazał, że zapewnił wykonawcom niezakłócony dostęp do systemu zakupowego, udostępnił dokumenty, które w sposób bardzo precyzyjny i jednoznaczny wskazywały, jak należy zamieścić ofertę, a także zapewnił kontakt z operatorem systemu zakupowego. Tym samym nie doszło do naruszeń przepisów żadnego z aktów prawnych przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie wniosku o powołanie biegłego oraz o zobowiązanie Zamawiającego do udostępnienia logów. Zdaniem Zamawiającego, powołanie biegłego jest całkowicie zbędne i spowoduje jedynie przewlekłość postępowania odwoławczego. Wszystkie okoliczności sprawy będącej przedmiotem odwołania, wyjaśniają dokumenty przedłożone przez Zamawiającego (przedłożone jako dokumentacja postępowania oraz zamieszczone jako załączniki do niniejszej odpowiedzi na odwołanie).

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia, że niezłożenie oferty w terminie składania ofert było konsekwencją błędu Systemu Zakupowego. Odwołujący mógł wystąpić do spółki Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. o udzielenie wyjaśnień i udostępnienie logów (por. wyrok KIO z dnia 21 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 188/19), tak jak uczynił to Zamawiający.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony
i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia niniejszego odwołania, jako wykonawca, który brał udział w postępowaniu i był zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. Jednocześnie Odwołujący podniósł, że nie złożył oferty z przyczyn, których upatruje po stronie Zamawiającego, który, w ocenie Odwołującego, nie zapewnił mu możliwości złożenia oferty. W przypadku uwzględnienia odwołania i unieważnienia prowadzonego postępowania przez Zamawiającego, Odwołujący uzyskałby szansę na ponowne ubieganie się o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum w składzie: Polimex Mostostal S.A., Polimex Energetyka Sp. z o.o. skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania, która oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 190 ust. 1 Pzp).

Izba postanowiła dopuścić dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- billing szczegółowy połączeń z 25.01.2021, na okoliczność podjętych przez Odwołującego prób kontaktu z Zamawiającym;
- Zasady korzystania z systemu GK PGE obsługującego proces zakupowy grupa PGE, na okoliczność, że Zasady te nie przewidują procedury reakcji w przypadku wystąpienia błędu przy składaniu dokumentów w formie

elektronicznej na platformę zakupową, z którym spotkał się Odwołujący w niniejszej sprawie;

-zrzut z ekranu, na okoliczność potwierdzenia złożenia przez Odwołującego określonych dokumentów na platformę zakupową, które zostały zapisane.

-prezentację filmu obejmującego nagranie z końcowego etapu składania oferty przez Odwołującego (ok. 2 min. nagrania), na okoliczność, że załączniki stanowiące część tajną oferty (oferta techniczna, dokumenty handlowe) ładowały się z dużym trudem (zielony znak potwierdzenia pojawił się przy części dokumentów), tj. że System działał w sposób spowolniony, uniemożliwiając Odwołującemu złożenie kompletnej oferty.

Izba dopuściła także w poczet materiału dowodowego, załączone do odwołania:

- pismo PGE Energia Ciepła S.A. z dnia 23 grudnia 2020 r.

Odnotowania wymaga okoliczność, że Odwołujący nie złożył na rozprawie w poczet materiału dowodowego dowodów z:

-nagrania filmowego, na okoliczność, że już w trakcie pierwszego wpisywania danych do Formularza Oferty System Zakupowy wykazywał opóźnienia w reakcji na wprowadzane dane,

-nagrania filmowego, na okoliczność procesu powtórnego uzupełniania Formularza Oferty,

które to dowody Odwołujący zapowiedział w ramach wniosków dowodowych zawartych w odwołaniu.

Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych Odwołującego:

-o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu systemów teleinformatycznych na okoliczność przyczyn braku możliwości złożenia przez Odwołującego oferty w postępowaniu za pośrednictwem platformy zakupowej wykorzystywanej przez Zamawiającego, w tym w szczególności w oparciu o logi platformy zakupowej,

- o udostępnienie przez Zamawiającego logów (o których mowa w § 21 ust. 1 Rozp. w spr. KRI) platformy zakupowej wykorzystywanej przez Zamawiającego w postępowaniu oraz systemu WAF (Web Application Firewall) obrazujących pracę tych systemów w dniu 17 grudnia 2020 r.

Izba stwierdziła, stosownie do art. 190 ust. 6 Pzp, że niezasadne jest przeprowadzenie wnioskowanych dowodów, gdyż fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami, a dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki. Zgromadzony w niniejszej sprawie materiał dowodowy pozwala na rozpoznanie zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W ocenie Izby, w okolicznościach tej sprawy uwzględnienie powyższych wniosków służyłoby jedynie przewlekłości postępowania, w szczególności z uwagi na sformułowanie przez Odwołującego tezy dowodowej w sposób nieprecyzyjny, a przy tym wykraczający poza zakres zarzutów odwołania.

Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego zgłoszonego przez Przystępującego o przesłuchanie w charakterze świadka p. K. P. na okoliczność:

-opisu procesu składania oferty przez Przystępującego;

-wskazania czynności koniecznych dla skutecznego złożenia oferty;

-braku problemów technicznych w momencie składania oferty.

Izba, na podstawie stosownie do art. 190 ust. 6 Pzp, stwierdziła, że okoliczności dotyczące czynności koniecznych dla skutecznego złożenia oferty, wynikają ze złożonych dokumentów i dokumentacji postępowania, natomiast opisanie procesu składania oferty przez Przystępującego oraz brak problemów technicznych w momencie składania oferty przez Przystępującego nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, ponieważ dotyczą wyłącznie oferty Przystępującego, która była składana przez Przystępującego w innym czasie, niż oferta Odwołującego.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumenty załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, tj.:

-pismo operatora Systemu Zakupowego - Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. z dnia 19 stycznia 2021 r.

-Zasady korzystania z systemu GK PGE obsługującego proces zakupowy GK PGE

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z danymi przedstawionymi przez Marketplanet (Otwarty Rynek Elektroniczny S.A.), tj. producenta, dostawcę i operatora platformy zakupowej, reprezentujący Odwołującego użytkownik zalogował się do Systemu Zakupowego w dniu 17 grudnia 2020 r. o godz. 11:07:11. Pierwsze kliknięcie przycisku „zapisz" lub „złóż ofertę" miało miejsce o godz. 11:39:32. Powyższe dane są spójne z wyjaśnieniem Odwołującego, że Odwołujący zalogował się w Systemie Zakupowym Zamawiającego w dniu 17 grudnia 2020 r. ok. godz. 11:10 i przystąpił do wypełniania Formularza Oferty, a po wypełnieniu tego dokumentu dokonał jego „zapisania".

O godz. 12:45:42 pierwszy użytkownik reprezentujący Odwołującego wylogował się z Systemu.

Reprezentujący Odwołującego drugi użytkownik zalogował się do systemu w dniu 17 grudnia 2020 r. o godz. 11:46:52. Pierwsze kliknięcie przycisku „zapisz" lub „złóż ofertę" miało miejsce o godz. 11:47:39, co jest zgodne z twierdzeniem Odwołującego, iż ponownie przystąpił do uzupełniania danych w Formularzu Oferty.

O godz. 12:25:37 drugi użytkownik reprezentujący Odwołującego wylogował się z Systemu.

Szczegółowe akcje wykonywane przez obu ww. użytkowników zostały przedstawione w piśmie operatora - Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. z dnia 19 stycznia 2021 r. Jak wynika z przedstawionych w powyższym informacji Odwołujący nie podjął czynności związanych z podpisaniem oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący na rozprawie nie zakwestionował informacji zawartych w ww. piśmie.

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, który dokonał szczegółowej analizy zdarzenia dotyczącego próby złożenia oferty przez Odwołującego w dniu 17 grudnia 2020 r., nie było jakiejkolwiek ingerencji zewnętrznej w System Zakupowy lub jego środowisko.

Jak wynika także z informacji uzyskanej przez Odwołującego od PGE Energia Ciepła S.A. zawartej w piśmie z dnia 23 grudnia 2020 r., w dniu 17 grudnia 2020 r. pomiędzy godziną 11.00 a 12.15 nie miały miejsca błędy w działaniu Systemu Zakupowego. W piśmie tym wskazano także, że komunikat „Żądany adres URL został odrzucony. Komunikat błędu 11676593833988188992", który został wygenerowany podczas użytkowania Systemu w dniu 17 grudnia 2020 r. o godz. 11.59.14 pochodził z systemu WAF (Web Application Firewall) wskutek odpowiedzi Systemu Zakupowego (kod błędu: 500) na akcję przerwania upload'u (wgrywania) pliku. Wyjaśniono także, że „Wskazany komunikat pomimo, ze wskazywał na błąd oznacza jedynie, że plik został już usunięty z formularza ofertowego. Odświeżenie strony (automatyczne lub wywołane przez użytkownika) spowodowałoby zniknięcie komunikatu i witryna pokazywałaby wtedy rzeczywisty stan plików załączonych do formularza. Takie odświeżenie strony odbyłoby się automatycznie, gdyby użytkownik kontynuował pracę z formularzem."

Fakt, że platforma zakupowa w dniu 17 grudnia 2020 r. działała w sposób prawidłowy jednoznacznie potwierdził także operator Systemu Zakupowego - Otwarty Rynek Elektroniczny S.A., wskazując w piśmie z dnia 19 stycznia 2021 r. złożonym przez Zamawiającego do akt sprawy, że w dniu 17 grudnia 2020 r. od godz. 10:00 do godz. 13:00 System Zakupowy działał prawidłowo.

W wyniku dokonanej przez Zamawiającego pogłębionej analizy Systemu Zakupowego w kontekście zarzutów odwołania Zamawiający stwierdził, że w bazie danych znajdują się dwie wersje oferty poprawnie zapisane na platformie zakupowej przez Odwołującego, lecz nie ma oferty złożonej i podpisanej elektronicznie. Tej okoliczności Odwołujący również nie kwestionował.

Złożone przez Odwołującego nagranie filmowe potwierdza, że o godzinie 11.58 trwało wgrywanie do Systemu kolejnych plików, które Odwołujący załączył do Formularza Oferty. W ciągu ok. jednej minuty od początku nagrania dodały się trzy kolejne pliki, co wskazuje, że ładowanie się plików odbywało się bez zakłóceń. Komunikat błędu „Żądany adres

URL został odrzucony. Komunikat błędu 11676593833988188992 (Close the message)" pojawił się na ekranie o godz. 11:58, po akcji „kosz" dotyczącej ostatniego pliku z listy na ekranie, pomimo że plik ten nie został wgrany. Użytkownik następnie usuwał kolejne pliki, po czym o godz. 11.59, po zamknięciu komunikatu o błędzie, podjął akcję „anuluj", a następnie umieszczone w koszu pliki zniknęły z ekranu. O godz. 12:00 pojawił się biały ekran, a tym samym System wyłączył możliwość składania oferty.

Jak wynika z powyższego, w czasie około dwóch minut użytkownik reprezentujący Odwołującego podjął jednocześnie kilkanaście sprzecznych ze sobą akcji, nie czekając na zakończenie poprzednio zadanych poleceń (żądań).

Okoliczność, że Odwołujący próbował skontaktować się w powyższym czasie telefonicznie i drogą elektroniczną z Zamawiającym nie była sporna pomiędzy stronami.

Z dokumentacji postępowania wynika, że wymagania związane z obsługą i funkcjonowaniem platformy zakupowej zostały szczegółowo opisane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz przywołanych w SIWZ dokumentach.

Zgodnie z punktem 2.3. SIWZ, Wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu opisane zostały w Instrukcjach:

„ Wykonawcy - instrukcja użytkowników końcowych"

„Podpis elektroniczny — konfiguracja, składanie postąpień aukcyjnych".

Ww. instrukcje zawarte są na stronie zamawiającego (swpp2.gkpge.pl w zakładce Pytania i odpowiedzi/FAQ).

Wykonawca, zakładając konto na platformie zakupowej, na etapie rejestracji na platformie potwierdza zapoznanie się z Regulaminem korzystania z platformy System Zakupowy (SWPP2) (pkt 5.2. oraz pkt 6.1. Instrukcji „Wykonawcy - instrukcja użytkowników końcowych").

Szczegóły dotyczące sposobu składania oferty na platformie zakupowej zamieszczono w punkcie 7.5 i następnych Instrukcji „Wykonawcy - instrukcja użytkowników końcowych". Zgodnie z ww. Instrukcją, po zamieszczeniu plików składających się na ofertę, należy nacisnąć przycisk: „Złóż wniosek/ofertę". Warunkiem poprawnego złożenia oferty jest elektroniczne podpisanie wygenerowanego formularza. Procedura podpisu elektronicznego odbywa się z poziomu przeglądarki internetowej i rozpoczyna się automatycznie po kliknięciu na przycisk „Złóż wniosek/ofertę"

Wymagania i rekomendacje dotyczące sposobu podpisywania dokumentów zostały opisane w dokumencie „Podpis elektroniczny konfiguracja, składanie postąpień aukcyjnych", który jest dostępny na platformie zakupowej, a zgodnie z punktem 7.6. Instrukcji „Wykonawcy - instrukcja użytkowników końcowych", przed przystąpieniem do udziału w postępowaniu publicznym realizowanym w Środowisku Zakupowym GK PGE, niezbędne jest zapoznanie się z tym dokumentem.

Zgodnie z punktem 2.9. SIWZ, wykonawcy zostali zobowiązani do zapoznania się z dokumentem regulującym „Zasady korzystania z Systemu GK PGE obsługującego proces zakupowy w GK PGE" (dokument dostępny na stronie pgeenergiaciepla.pl w zakładce Przetargi).

Zgodnie z punktem 1.5.3. ww. Zasad korzystania z Systemu GK PGE obsługującego proces zakupowy w GK PGE, „Ofertę można zapisać poprzez kliknięcie w przycisk „Zapisz", co powoduje zapisanie Oferty na koncie Wykonawcy (o czym informuje odpowiedni komunikat) i nie jest jednoznaczne ze złożeniem Oferty w Postępowaniu."

Dodatkowo, na platformie zakupowej w zakładce FAQ Pytania i odpowiedzi wyjaśniono powyższy skutek „zapisania" oferty, tj.: jeżeli zapisano ofertę, to jest ona tylko zapisana,
a w celu złożenia oferty należy wybrać „Złóż ofertę". Poprawne złożenie oferty jest potwierdzone komunikatem „oferta złożona poprawnie".

Zgodnie z punktem 1.5.5. ww. Zasad korzystania z Systemu GK PGE obsługującego proces zakupowy w GK PGE, „W celu złożenia Oferty (przestania jej do Organizatora oraz Zamawiającego) należy po uzupełnieniu formularza i dodaniu wymaganych plików, kliknąć w przycisk „Złóż ofertę". Z uwagi, iż wszelkie dokumenty załączane przez Wykonawcę do Oferty podlegają obowiązkowemu sprawdzeniu m.in. przez program antywirusowy Organizatora, Wykonawca powinien rozpocząć procedurę złożenia Oferty z odpowiednim wyprzedzeniem. Czas skanowania jest uzależniony od formatu pliku oraz ilości załączonych plików."

W punkcie 2.21. SIWZ wskazano, że „System po upływie terminu składania ofert nie dopuści możliwości złożenia oferty, tym samym zaleca się przygotowanie i złożenie oferty z odpowiednim wyprzedzeniem."

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego w postępowaniu przepisu art. 60a Pzp, poprzez uniemożliwienie Odwołującemu złożenia oferty w postępowaniu w następstwie wadliwego działanie platformy zakupowej Zamawiającego, za pośrednictwem której, zgodnie z SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli składać oferty. Izba nie stwierdziła także naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 10b Pzp, poprzez niezapewnienie, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące i ogólnie dostępne.

Przepis art. 60a Pzp stanowi, że dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

Natomiast zgodnie z 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.

Fakt, że w dniu 17 grudnia 2020 r. o godz. 11:39:32. Odwołujący dokonał „zapisania" Formularza Oferty, a następnie po odświeżeniu strony, przy próbie edytowania tego dokumentu ponownie pojawiły się puste pola w Formularzu Oferty, oznacza, że dokument ten został zapisany, ale nie został złożony. Powyższe działanie Systemu jest zgodne z Zasadami korzystania z Systemu GK PGE obsługującego proces zakupowy w GK PGE. Z działań Odwołującego wynika, że nie użył on opcji „Złóż ofertę", zatem zapisany Formularz Oferty pozostał jedynie zapisany. Odwołujący nie przedstawił dowodu z nagrań filmowych z tego etapu składania oferty, które zapowiadał w odwołaniu, zatem nie ma podstaw do stwierdzenia, że na tym etapie wystąpiły jakiekolwiek opóźnienia w korzystaniu z Formularza Oferty. Dwukrotne wypełnienie (zapisanie) Formularza Oferty, świadczy o tym, że Odwołujący nie zapoznał się wystarczająco szczegółowo i dokładnie z dokumentacją udostępnioną przez Zamawiającego dotyczącą procesu umieszczania ofert na platformie zakupowej.

Przedstawione przez Odwołującego nagranie filmowe nie dowodzi tezy Odwołującego, iż System Zakupowy Zamawiającego działał w sposób spowolniony, uniemożliwiając Odwołującemu złożenie kompletnej oferty. Prezentacja nagrania dowodzi natomiast, że Odwołujący podejmował jednocześnie w czasie ostatnich dwóch minut przed upływem terminu składania ofert liczne, sprzeczne ze sobą akcje (dodawanie plików, usuwanie, anulowanie), które system zabezpieczający Web Application Firewall odczytał jako działanie niestandardowe, które jest zagrożeniem dla infrastruktury Zamawiającego. Wyświetlony komunikat błędu zablokował możliwość podejmowania dalszych akcji, do czasu zamknięcia tej wiadomości, co wynikało zresztą wprost z treści tego komunikatu. Jak wynika z treści pisma PGE Energia Ciepła S.A. z dnia 23 grudnia 2020 r., Komunikat błędu 11676593833988188992, który został wygenerowany o godz. 11.59.14, tj. na 45 sekund przed końcem terminu składania ofert, nie pojawił się w wyniku prawidłowych i uzasadnionych działań Odwołującego. Jak wynika z prezentacji nagrania z tego etapu składania oferty, Odwołujący usunął wszystkie pliki (co najmniej kilkanaście), które oczekiwały jeszcze na wgranie, zadał także polecenie „anuluj" i ostatecznie nie wyjaśnił, w jakim celu dokonywał tych wszystkich czynności, które ewidentnie były sprzeczne z działaniem

zmierzającym do złożenia kompletnej oferty. Podkreślić należy, ze komunikat błędu nie pojawiłby się, gdyby Odwołujący podejmował kolejne akcje zmierzające prawidłową ścieżką do złożenia oferty wraz z dodanymi załącznikami. Biorąc pod uwagę, że wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien być traktowany jako wysokiej klasy profesjonalista, nie sposób pominąć, przy rozpoznaniu zarzutów odwołania, niewyjaśnionych przez Odwołującego całkowicie niezrozumiałych i niecelowych czynności wykonawcy podczas procesu składania oferty drogą elektroniczną.

W ocenie Izby, powyższe czynności Odwołującego podejmowane w procesie składania oferty potwierdzają, że Odwołujący nie zapoznał się m.in. z Instrukcją użytkownika platformy zakupowej, która w punkcie 7.10.1. wskazuje, że edytowanie formularza oferty możliwe jest dopiero po poprawnym złożeniu oferty. Skoro oferta nie została złożona poprawnie, gdyż Odwołujący nie wykonał czynności „Złóż ofertę" i nie podpisał oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym, lecz tylko ją zapisał, a zatem nie było możliwe dokonanie jej edycji.

Odwołujący nie wystarczająco także zapoznał się z pozostałą dokumentacją dotyczącą procesu składania ofert na platformie zakupowej, gdyż jak wynika z treści postanowień Załącznika nr 3 do SIWZ — Opis sposobu przygotowania Oferty, oferta w przedmiotowym postępowaniu składa się z formularza ofertowego oraz 14-16 dokumentów (w zależności od tego, czy wykonawca składał pełnomocnictwo lub zastrzegał część niejawną oferty. Oferta techniczna, zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ — Wymagania dotyczące sporządzenia części technicznej Oferty, wymagała dodatkowo załączenia rysunków i schematów technicznych, co wymagało od wykonawcy zarezerwowania odpowiedniego czasu na wgranie do Systemu wszystkich danych.

Ponadto, Odwołujący powinien uwzględnić, szacując czas potrzebny na złożenie oferty, zgodnie z informacjami zawartymi w treści SIWZ, jak i na platformie zakupowej, że każdy wgrywany plik jest sprawdzany programem antywirusowym i szyfrowany, co wymaga odpowiednio dodatkowego czasu. Jak wynika z pkt 1.3.7. Zasad korzystania z Systemu GK PGE obsługującego proces zakupowy w GK PGE, wszystkie załączane do Systemu dokumenty elektroniczne sprawdzane są m.in. oprogramowaniem antywirusowym w celu zabezpieczenia Zamawiającego przed otrzymaniem plików zainfekowanych lub uszkodzonych. Podobna informacja została zamieszczona także w punkcie 2.17. SIWZ.

Odwołujący, jako profesjonalista, bezwzględnie powinien respektować powyższe informacje i instrukcje, przygotowując się do złożenia oferty. Wymagana od profesjonalnego podmiotu należyta staranność w przygotowaniu i złożeniu oferty w tym przypadku nie została dochowana przez Odwołującego, o czym świadczą zarówno podjęte poszczególne czynności, na które wskazywał sam Odwołujący, a które nie były zgodne z instrukcjami obowiązującymi w postępowaniu przy złożeniu oferty, jak i inne działania niezwiązane z procedurą składania oferty, np. oczekiwanie podjęcia przez Zamawiającego kontaktu telefonicznego z inicjatywy Odwołującego, wbrew postanowieniom treści SIWZ, wskazującym jednoznacznie, że Zamawiający nie dopuścił kontaktu telefonicznego z wykonawcami, a podmiotem wyznaczonym do kontaktu w zakresie pracy Systemu Zakupowego był operator tego systemu, Drogą wskazaną do kontaktu z Zamawiającym jest wyłącznie droga elektroniczna (pkt 2.22. SIWZ). W pkt 2.20. SIWZ Zamawiający wskazał, iż pomoc techniczną dla wykonawców w zakresie obsługi Systemu Zakupowego jest spółka Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. oraz podał dane kontaktowe (zarówno numer telefonu, jak i poczty elektronicznej).

Odwołujący nie udowodnił ani nie uprawdopodobnił nawet, iż platforma zakupowa w dniu 17 grudnia 2020 r. działała w sposób nieprawidłowy. Potwierdza to wprost pismo operatora Systemu Otwarty Rynek Elektroniczny S.A., w którym operator Systemu Zakupowego potwierdza, że w dniu 17 grudnia 2020 r. od godz. 10:00 do godz. 13:00 System Zakupowy działał prawidłowo, jak i pismo PGE Energia Ciepła S.A. z dnia 23 grudnia 2020 r., złożone przez Odwołującego.

W okolicznościach tej sprawy nie budzi wątpliwości Izby fakt, że niezłożenie oferty było efektem zaniechań Odwołującego, który zdecydowanie za późno przystąpił do wgrywania swojej oferty do Systemu Zakupowego Zamawiającego, jak również nie dość dokładnie zapoznał się z dokumentacją związaną z zasadami i możliwościami technicznego działania Systemu Zakupowego. Odwołujący, przystępując do składania oferty ok. godz. 11.10 miał jedynie 50 min. na złożenie kompletnej oferty wraz z kilkunastoma załącznikami zawierającymi szczegółowe dane techniczne, rysunki itp.. Biorąc pod uwagę przy tym fakt, że Odwołujący musiał dwukrotnie wypełnić Formularz Oferty, którą to czynność zakończył dopiero o godz. 11:47:39, tj. ok. 12 min przed upływem terminu składania ofert i pozostało do wgrania co najmniej jeszcze kilkanaście plików, Odwołujący nieprawidłowo oszacował czas potrzebny mu na prawidłowe złożenie kompletnej oferty, nie respektując zaleceń Zamawiającego zawartych w SIWZ oraz dokumentach dotyczących Systemu Zakupowego dotyczących odpowiednio wczesnego przystąpienia do wgrywania oferty.

Izba w pełni podziela pogląd, że to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za działanie infrastruktury informatycznej, przy pomocy której wykonawcy składają oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Infrastruktura ta musi umożliwiać złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej, a narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne nie mogą ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby, zebrany materiał dowodowy w niniejszej sprawie potwierdza, że Zamawiający zapewnił wykonawcom, w tym także Odwołującemu, niezakłócony dostęp do Systemu Zakupowego. Zamawiający udostępnił też dokumenty (instrukcje), które w sposób precyzyjny i jednoznaczny wskazują, jak wykonawca powinien przejść procedurę złożenia oferty oraz zapewnił kontakt z operatorem Systemu Zakupowego.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia, że niezłożenie oferty w terminie składania ofert było konsekwencją błędu Systemu Zakupowego. Odwołujący twierdził, że wadliwe działanie wykazywała platforma zakupowa Zamawiającego, poprzez uniemożliwienie dodawania plików, utrudniając wypełnianie formularza oferty i wreszcie uniemożliwiając złożenie oferty. Jednak twierdzenia powyższe nie zostały wykazane przez Odwołującego, nie zostały nawet uprawdopodobnione. Zauważyć należy, że Odwołujący zapowiedział w odwołaniu przedstawienie jako dowodów nagrań video z różnych etapów składania oferty w dniu 17 grudnia 2020 r. jednak wszystkich zapowiadanych dowodów nie złożył.

W okolicznościach tej sprawy nie sposób uznać, że problemy techniczne, które wystąpiły w trakcie składania oferty z udziałem Odwołującego, zostały spowodowane przyczynami, które leżały po stronie infrastruktury informatycznej Zamawiającego. To nie brak dokładniejszych instrukcji ani komunikat błędu wygenerowany przez Firewall uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty. Biorąc pod uwagę, że Odwołujący własnym działaniem usunął w ostatnich dwóch minutach przed upływem terminu składania ofert kilkanaście plików, które były w trakcie ładowania się do Systemu, uzasadniona jest wątpliwość, czy Odwołujący, rozpoczynając składanie oferty o godz. 11.07 miał rzeczywiście na celu złożenie kompletnej oferty w postępowaniu i przyjął czas potrzebny do złożenia oferty w sposób zaplanowany i przemyślany.

Biorąc pod uwagę powyższe, należało uznać, że nie doszło do naruszenia przepisów przywołanych w odwołaniu, które miałyby wpływ na wynik postępowania a tym samym nie wystąpiły przesłanki do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia § 20 ust. 1 oraz § 15 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r. poz. 2247) w zw. z § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz

udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 1261), poprzez niezapewnienie przez środki komunikacji elektronicznej przewidziane do złożenia ofert w postępowaniu wymagań przewidzianych dla systemu teleinformatycznego w rozumieniu art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz, U. z 2020 r. poz. 344) w postaci dostępności oraz niezawodności.

Wpływ Firewall'a na System Zakupowy wykorzystywany przez Zamawiającego doprowadził do pojawienia się komunikatu o błędzie w trakcie składania przez Odwołującego oferty w postępowaniu. Jednak, co istotne w tej sprawie, nastąpiło to z przyczyn wynikających z działań Odwołującego, system Firewall zareagował takim komunikatem, gdyż odczytał akcje podejmowane przez Odwołującego, jako niosące zagrożenie dla bezpieczeństwa Systemu, co nie jest sprzeczne z postanowieniami § 20 ust. 1 Rozp. w spr. KRI, który stanowi, że podmiot realizujący zadania publiczne opracowuje i ustanawia, wdraża i eksploatuje, monitoruje i przegląda oraz utrzymuje i doskonali system zarządzania bezpieczeństwem informacji zapewniający poufność, dostępność i integralność informacji z uwzględnieniem takich atrybutów, jak autentyczność, rozliczalność, niezaprzeczalność i niezawodność.

Działanie Firewall nie było też sprzeczne z § 15 ust. 1 Rozp. w spr. KRI, który stanowi, że systemy teleinformatyczne używane przez podmioty realizujące zadania publiczne projektuje się, wdraża oraz eksploatuje z uwzględnieniem ich funkcjonalności, niezawodności, używalności, wydajności, przenoszalności i pielęgnowalności, przy zastosowaniu norm oraz uznanych w obrocie profesjonalnym standardów i metodyk.

W niniejszej sprawie System Zakupowy działał prawidłowo, co jednoznacznie wynika z informacji udzielonej przez Operatora tego Systemu. Interakcję tego systemu z Firewall'em należy traktować, jako należyte zabezpieczenie Systemu przed niepożądanymi ingerencjami zakłócającymi jego pracę, co nie stanowi wady (zakłócenia) tego systemu polegającej na braku realizowania funkcjonalności dostępności, o której mowa w § 2 pkt 4 Rozp. w spr. KRI.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż Odwołujący nie miał dostępu do informacji związanych z działaniem infrastruktury informatycznej Zamawiającego. Podkreślić należy, że Odwołujący w sposób niezrozumiały nie zwrócił się nawet do operatora Systemu – firmy Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. o udzielenie wyjaśnień i udostępnienie logów, co umożliwiłoby Odwołującemu uszczegółowienie posiadanych przez niego informacji na temat działania platformy zakupowej Zamawiającego w dniu 17 grudnia 2020 r.

W konsekwencji niepotwierdzenia się zarzutów, które rozpoznano, jak powyżej, nie potwierdził się także zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezprawne pozbawienie Odwołującego możliwości o ubieganie się o zamówienie publiczne z powodów technicznych leżących po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:.....
Członkowie: .....

.....