Sygn. akt: KIO 3278/20

WYROK
z dnia 7 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2020 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm
w składzie: **Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskiego Centrum Superkomputerowo-Sieciowe, ul. Z. Noskowskiego 12/14, 61-704 Poznańoraz SDA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ministerstwo Rozwoju, Pracy i Technologii, Pl. Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert oraz udostępnienie zainteresowanym wykonawcom oferty wykonawcy Uniwersytet Humanistycznospołeczny
Warszawy,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Ministerstwo Rozwoju, Pracy i Technologii, Pl. Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskiego Centrum Superkomputerowo-Sieciowe, ul. Z. Noskowskiego 12/14, 61-704 Poznań oraz SDA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od zamawiającego **Ministerstwa Rozwoju, Pracy i Technologii, Pl. Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskiego Centrum Superkomputerowo-Sieciowe, ul. Z. Noskowskiego 12/14, 61-704 Poznań oraz SDA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia** kwotę **18 600, 00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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: ……

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

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Usługę przeprowadzenia projektu pilotażowego „AI4Youth" w ramach Programu Operacyjnego Inteligentny Rozwój 2014 - 2020, Priorytet 2: Wsparcie otoczenia i potencjału przedsiębiorstw do prowadzenia działalności B+R+I Działanie 2.4:*„Współpraca w ramach krajowego systemu innowacji" PO IR Poddziaiianie 2.4.1 inno_LAB- Centrum analiz i pilotaży nowych instrumentów" wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe, ul. Z. Noskowskiego 12/14, 61-704 Poznań, SDA sp. z o.o., Al. Zwycięstwa 96 /98, 81-451 Gdynia (dalej „odwołujący") złożyli odwołanie wobec czynności i zaniechań Ministerstwa Rozwoju, Pracy i Technologii, Pl. Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa (dalej „zamawiający").

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp"]:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez nieuzasadnione unieważnienie postępowania ze względu na obarczenie go niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, mimo iż taka wada nie wystąpiła, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez niezasadne zaniechanie udostępnienia odwołującemu dokumentów złożonych wraz z ofertą i nieprawidłowo zastrzeżonych przez SWPS Uniwersytet Humanistyczno-społeczny (dalej „SWPS") jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. Załączników nr 9 i 9a do SIWZ (Wykaz osób), Załączników nr 13 i 13a do SIWZ (Wykaz usług/potencjału), Oświadczenie o dysponowaniu zasobami.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. ujawnienia i udostępnienia odwołującemu pełnej treści dokumentów złożonych przez SWPS wraz z ofertą.

Odwołujący podał, że w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania zamawiający powołał się na zgłoszenie reklamacyjne złożone przez Polskie Towarzystwo Informatyczne (dalej „PTI") oraz pisma operatora Platformy eZamawiający (), na której prowadzone było postępowanie z 23.11.2020 r. (odpowiedź na zgłoszenie reklamacyjne) oraz

25.11.2020 r.

Wskazał, że – jak podał zamawiający – *„ocena tych informacji doprowadziła go do wniosku, że: „Polskie Towarzystwo Informatyczne w sposób przekonujący wykazało, że brak możliwości podpisania oferty nie wynika z przyczyny leżącej po jego stronie, wskazując, że aplikacja Szafir nie jest zainstalowana na jego komputerze i nie miało wpływu na jej aktualizowanie się w momencie składania oferty*".

Stanął na stanowisku, że ocena zamawiającego, prowadząca do stwierdzenia, że postępowanie obarczone jest wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jest całkowicie nieuzasadniona i nieprawidłowa.

Podniósł, że zamawiający nie określił dokładnie i nie wykazał, na czym miałaby polegać „wada techniczna postępowania", przywołał wyrok w sprawie KIO 2603/19 wskazuje, jednak okoliczność wystąpienia „problemów technicznych związanych z platformą" nie tylko nie została obiektywnie potwierdzona, ale pozostaje wręcz w sprzeczności z przywoływanym przez zamawiającego stanowiskiem Marketplanet z 23.11.2020 r., w którym operator stwierdzał, iż „w *dniu 18.11.2020 r. nie występowały problemy techniczne na Platformie eZamawiający*".

Wskazał, że pismo Marketplanet z 24.11.2020 r. – przekazane zamawiającemu 25.11.2020 r. w żaden sposób nie zmienia i nie neguje wcześniej oceny merytorycznej
z 23.11.2020 r., ponieważ Marketplanet nie potwierdza jakichkolwiek problemów technicznych Platformy eZamawiający czy braku możliwości złożenia oferty zgodnie z przewidzianą instrukcją. Ocenił, że operator nie potwierdził nawet, iż jakiekolwiek wady czy problemy techniczne w ogóle wystąpiły w sposób wpływający na przebieg postępowania, a stwierdzenie, iż *„powyższe postępowanie* mogło *posiadać wadę techniczną*" jest wyrażone w trybie przypuszczającym i na tyle ogólne, że nie pozwala na ustalenie jakichkolwiek faktów istotnych dla oceny zasadności unieważnienia postępowania; w szczególności nie wiadomo, czym jest „wada techniczna postępowania", ani też nie wskazano, iż jakiekolwiek z tych potencjalnych okoliczności mogły mieć wpływ na możliwość i skuteczność złożenia ofert w postępowaniu.

Oświadczył, że nie są mu znane powody wystosowania przez Marketplanet pisma
z 24.11.2020 r., ani źródło pozyskanych przez Marketplanet informacji, uznając, że analiza jego treści nie pozwala na przyjęcie, iż jest to wiarygodny środek pozwalający na udowodnienie lub chociażby uprawdopodobnienie jakichkolwiek okoliczności istotnych dla unieważnienia postępowania.

Odnosząc się do wskazania Marketplanet, iż mogła nastąpić aktualizacja komponentów oprogramowania, w tym bibliotek podpisu elektronicznego w momencie próby złożenia podpisu na ofercie przez wykonawcę, stwierdził, iż nie pozwala to na ustalenie, czy taka aktualizacja faktycznie miała miejsce, czy do aktualizacji doszło w momencie składania podpisu przez PTI, czy PTI nie mogło złożyć podpisu na ofercie pomimo aktualizacji komponentów oprogramowania, czy aktualizacja komponentów oprogramowania była bezpośrednią przyczyną uniemożliwiającą PTI złożenie oferty.

Zdaniem odwołującego nawet gdyby stwierdzono, iż aktualizacja oprogramowania faktycznie miała miejsce w danym momencie w sposób wpływający na proces składania podpisów elektronicznych, to samodzielnie nie przesądza to o obarczeniu postępowania wadą w rozumieniu art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp, ponieważ nie każde trudności, jakie można napotkać wykonawca przy składaniu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowią wadę postępowania w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Stwierdził, że udział w postępowaniu i składanie ofert obarczone jest ryzykiem wystąpienia zdarzeń losowych, niezależnych bezpośrednio od wykonawcy, które mogą utrudnić mu złożenie oferty, jednakże nie uprawniają go do zgłaszania jakichkolwiek roszczeń wobec zamawiającego. Porównał składanie oferty elektronicznej ze składaniem oferty w postaci „papierowej", wskazując że za wadę postępowania nie zostanie uznana okoliczność, iż np. kurier, za pośrednictwem którego wykonawca składa ofertę pomylił adresy lub opóźnił się z dostarczeniem przesyłki (nawet mimo gwarantowanego w ramach usługi terminu dostawy), jak również np. fakt, iż po drodze do siedziby zamawiającego, gdzie należało złożyć ofertę wystąpiły korki uliczne, które wydłużyły czas dojazdu w stosunku do zakładanego przez wykonawcę; w podobny sposób, z takimi trudnościami należy liczyć się w przypadku składania ofert w formie elektronicznej, kiedy wystąpić mogą opóźnienia czy utrudnienia związane chociażby z aktualizacjami systemu, działaniem łącza internetowego itp. - mimo, iż mogą one wpływać na proces składania ofert przez wykonawcę, to nie świadczą o wadzie postępowania.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 12.06.2020 r., sygn. KIO 870/20, zgodnie z którym:*„Izba oddaliła odwołanie uznając, iż złożone w sprawie dowody wskazują, iż brak możliwości złożenia oferty obciążał Wykonawcę, który nie zabezpieczył odpowiednich narzędzi do skutecznego złożenia oferty, tj. opatrzenia jej podpisem elektronicznym na Platformie Zakupowej. (...) W tych okolicznościach nie było podstaw do uznania, iż dostarczone przez Zamawiającego narzędzie nie spełniało cech dostępności i interoperacyjności, o czym nie mógł świadczyć sam fakt kłopotów z synchronizacją platform. Wprawdzie było to zdarzenie niezależne od Wykonawcy, to fakt, iż udało się sprawnie usunąć usterkę w trakcie rozmowy telefonicznej potwierdza możliwość skorzystania z narzędzie do złożenia oferty. Możliwość wystąpienia zakłóceń jest nieodzownym elementem komunikacji elektronicznej i dopiero wykazanie, iż Platforma nie zadziałała, mogłoby uzasadniać wnioski prezentowane przez Odwołującego. "*

Podsumował, że zamawiający błędnie wskazuje w uzasadnieniu czynności jako przesłankę zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczność, iż brak możliwości podpisania oferty nie wynika z przyczyny leżącej po stronie wykonawcy – nie jest to jednoznaczne z wystąpieniem wady postępowania stanowiącej podstawę do jego unieważnienia.

Dodatkowo podniósł, że ani w uzasadnieniu decyzji zamawiającego, ani
w którejkolwiek z informacji, na które powołuje się zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie wskazano, iż doszło do naruszenia w postępowaniu jakichkolwiek przepisów ustawy w zakresie obowiązków zamawiającego w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania; w szczególności nie doszło do naruszenia art. 10b ustawy Pzp, tj. wymagań
w zakresie wykorzystywanych narzędzia i urządzeń do komunikacji elektronicznej lub ich właściwości technicznych, nie wystąpiły również żadne naruszenia w zakresie wyznaczonego terminu składania ofert czy też przejrzystości i poprawności informacji dotyczących sposobu komunikacji z Zamawiającym i procedury składania ofert.

Podkreślił, iż dwóch wykonawców skutecznie złożyło oferty w przewidzianym na to terminie, w tym odwołujący 18.11.2020 r. o godzinie 10.40, nie rejestrując żadnych problemów technicznych, co świadczy o poprawnym działaniu platformy zakupowej i prawidłowości przebiegu postępowania i o tym, iż trudności PTI miały charakter subiektywny i występowały po stronie działań czy też systemu informatycznego tego podmiotu.

Za niezrozumiałą uznał ocenę zamawiającego, iż PTI *„w sposób przekonujący wykazało*" wskazane w uzasadnieniu okoliczności skoro w aktach postępowania, poza zgłoszeniem reklamacyjnym z 18.11.2020 r. i ponownymi zastrzeżeniami PTI z 23.11.2020 r. nie znajdują się inne dokumenty przedstawiane przez PTI. Stwierdził, ze wiadomości

mailowe nie zawierają żadnych dowodów na potwierdzenie podnoszonych w nich twierdzeń co oznacza, że ocena zamawiającego opiera się wyłącznie o wybiórcze deklaracje PTI, które nie podlegały ani szczegółowym wyjaśnieniom, ani wykazaniu za pomocą jakichkolwiek środków dowodowych.

Zaznaczył, iż Marketplanet nie ustosunkował się do zastrzeżeń PTI z 23.11.2020 r. wobec czego nie można stwierdzić, iż uznał ich zasadność i w jakikolwiek sposób zmienił swoją odpowiedź z 18.11.2020 r., która stwierdziła niezasadność reklamacji zgłoszonej przez PTI, wskazując na*brak uwarunkowań technicznych na platformie eZamawiający, które mogły blokować składanie ofert* oraz na brak dochowania należytej staranności po stronie PTI.

W ocenie odwołującego samo stanowisko PTI budzi wątpliwości co do wiarygodności podnoszonych twierdzeń i poprawności działań przy składaniu oferty.

Po pierwsze z tego względu, iż PTI podniosło, iż procedurę składania podpisu rozpoczęto na 3 minuty przed terminem składania ofert, twierdząc, że czas ten był widoczny na ekranie, natomiast zgodnie z pkt. 18.11 SIWZ: *„Oznaczenie czasu odbioru danych przez Platformę stanowi datę oraz dokładny czas (hh:mm:ss) generowany wg czasu lokalnego serwera synchronizowanego odpowiednim źródłem czasu - zegarem Głównego Instytutu Miar.",* a dodatkowo pkt 18.6 SIWZ precyzuje, iż*„Za datę wpływu oferty (...) przyjmuje się datę i godzinę ich wczytania na Platformie*", zaś zgodnie z pkt 17.7 SIWZ: *„O terminie złożenia Oferty decyduje czas pełnego przeprocesowania transakcji na Platformie*."

Uznał na powyższej podstawie, iż nawet jeśli na ekranie komputera wykorzystanego do złożenia oferty wyświetlał się czas inny niż oznaczony zgodnie z pkt 18.11 SIWZ, to jest to okoliczność obciążająca wykonawcę, aktywność użytkownika PTI w systemie wskazuje, iż
o godzinie 10:59 dokonywane było jeszcze „Podglądu oferty" i „Uzupełnianie formularza oferty", wobec czego rozpoczęcie podpisywania oferty musiało nastąpić później (każda modyfikacja wczytanej oferty wymaga ponownego jej podpisania). Za bez znaczenia uznał czas rozpoczęcia procedury składania oferty, bowiem zgodnie z SIWZ nie świadczy on
o dochowaniu terminu składania ofert. Podkreślił, że treść SIWZ była znana i nie była kwestionowana przez PTI przed upływem terminu składania ofert.

Po drugie, z tego względu, że wątpliwości budzą twierdzenia PTI dotyczące aplikacji Szafir wskazujące na to, iż osoba zgłaszająca reklamację nie miała świadomości tego, że wykorzystanie tej aplikacji jest przewidzianym i opisanym w Instrukcji etapem procedury składania oferty; instrukcje zawierają bowiem informacje o tym, iż wymagana może być instalacja komponentów oprogramowania Szafir przez wykonawcę w celu poprawnego uruchomienia funkcji podpisu elektronicznego. Ocenił, że treść wiadomości e-mail PTI do operatora platformy poddaje w wątpliwość, czy PTI zapoznało się z wymaganiami i procedurą składania podpisu, skoro PTI twierdziło, iż aplikacji tej nie instalowano.

Po trzecie, z tego względu, że wedle odwołującego z korespondencji można wnioskować, iż PTI nie przeprowadziło rekomendowanej testowej procedury sprawdzenia podpisu w celu weryfikacji czy wykorzystywana stacja robocza i przeglądarka są przygotowane prawidłowo do złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego wobec czego nieuzasadnione są zarzuty PTI, co do działania aplikacji służącej do składania podpisu, jeśli nie wykorzystało ono przewidzianego i zalecanego przez operatora platformy sposobu upewnienia się, że procedura składania podpisu, a tym samym procedura złożenia oferty może być skutecznie przeprowadzona i że zainstalowane są wszystkie wymagane komponenty.

Po czwarte z tego względu, że zamawiający w rozdziale 18 Informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami zawarł niezbędne i szczegółowe informacje dot. Platformy, tj.: pkt 8.2. *„Szczegółowa instrukcja korzystania* z *Platformy dla wykonawcy dostępna w zakładce „Regulacje i procedury procesu zakupowego*" *pod adresem*
. – w sposób bardzo przejrzysty i krok po kroku instrukcja przeprowadza przez cały proces od momentu założenia konta, poprzez złożenie oferty jak również: *Konfiguracja stanowiska pod podpis; i*nstrukcja odsyła również do procedury weryfikacji podpisu. Uzupełnił, że w tym samym rozdziale zamawiający wskazał na niezbędne wymagania sprzętowo – aplikacyjne umożliwiające pracę na Platformie Zakupowej oraz informacje na temat kodowania i czas odbioru danych (pkt.18.10).

Po piąte, z tego względu, iż treść wiadomości PTI nie tylko nie wykazuje, ale nawet nie uprawdopodabnia, iż składający podpis dochował wszystkich wymaganych czynności zgodnie ze wskazaną w SIWZ instrukcją oraz spełnił wymagania sprzętowo-aplikacyjne określone
w pkt 18.8 SIWZ. Wskazał, że z dokumentacji sprawy nie wynika również, iż zgłaszane były jakiekolwiek problemy z działaniem Platformy czy prośby o wsparcie techniczne przed godziną 11:55, o której PTI wysłało zgłoszenie reklamacyjne do Marketplanet.

Podsumował, że ocena „wykazanych" przez PTI okoliczności przez zamawiającego jest wadliwa, gdyż oparta jest wyłącznie na gołosłownych twierdzeniach podmiotu zainteresowanego określonym wynikiem sprawy i to przedstawionych w ramach korespondencji e-mail prowadzonej z działem technicznym Operatora Platformy wskutek złożonej reklamacji.

Uzupełnił, że PTI nie skorzystało ze środków ochrony prawnej, a jedynie w formie „reklamacji" kierowanej do operatora Platformy wnioskowało o „uznanie oferty za złożoną
w terminie" (e-mail z 18.11.2020r.), twierdząc, iż oferta została przez niego złożona prawidłowo (nie przedstawiając jednak żadnego dowodu).

Podał, że czynność otwarcia ofert została przeprowadzona 18.11.2020 r.
i z opublikowanej przez zamawiającego informacji z otwarcia (jak również z protokołu postępowania) wynika, iż złożono wyłącznie dwie oferty (oferta odwołującego i SWPS).

Stwierdził, że kwestionując brak otwarcia złożonej przez siebie oferty, PTI miał prawo skorzystać z przysługującego mu prawa złożenia odwołania na czynności i zaniechania zamawiającego, tymczasem cała wymiana korespondencji odbywała się w ramach „procedury reklamacyjnej", która nie występuje w ramach prawa zamówień publicznych i prowadzona była pomiędzy operatorem Platformy a PTI (do wiadomości zamawiającego), co nie może być uznane za dopuszczalne, iż działając wyłącznie na podstawie „procedury reklamacyjnej", zamawiający dokonał oceny stanu faktycznego i stwierdzenia wystąpienia wady postępowania.

Zdaniem odwołującego czynność zamawiającego została *de facto* dokonana
w interesie konkretnego podmiotu – unieważnienie postępowania daje PTI szansę na podjęcie ponownej próby skutecznego złożenia oferty w ramach kolejnego postępowania i to pomimo nieskorzystania przez PTI z przysługujących mu właściwych środków ochrony prawnej,
tj. wyręczając go w ciężarze dowodzenia prawdziwości podnoszonych przez niego twierdzeń.

Stanął na stanowisku, że przeciwnie do oceny zamawiającego, stan faktyczny sprawy wskazuje na brak

dochowania należytej staranności przy składaniu oferty przez PTI; niezależnie od dochowania wszystkich wymagań dotyczących podejmowanych czynności
i przygotowania właściwej infrastruktury sprzętowo-aplikacyjnej, po stronie PTI wskazać należy na zaniedbanie w zabezpieczeniu czasu wystarczającego na złożenie podpisu
i dopełnienie procedury składania ofert przed upływem wyznaczonego terminu.

Podniósł, że profesjonalizm wymagany od uczestnika rynku zamówień publicznych wymaga przewidzenia, iż w działaniu systemu informatycznego (niezależnie od tego, czy po stronie wykonawcy czy zamawiającego) występować mogą opóźnienia, chociażby wynikające z chwilowego spowolnienia połączenia internetowego; ryzyko takich opóźnień obciąża wyłącznie wykonawcę.

Stwierdził, że powszechnie znana jest okoliczność, iż składanie kwalifikowanego podpisu elektronicznego może trwać więcej niż kilka minut i nie jest wymagane zawarcie przez zamawiającego ostrzeżenia o tym fakcie w SIWZ.

Wskazał, że nawet gdyby, zgodnie z twierdzeniami PTI, do uruchomienia procesu składania podpisu doszło na 3 minuty przed upływem terminu składania ofert
(choć z zarejestrowanych czynności wynika, że nie zostało to zainicjowane wcześniej niż na minutę przed godziną 11:00), to ryzyko, iż dojdzie do opóźnienia procesowania tej czynności
i w związku z tym złożenia oferty po ustalonym terminie obciąża tylko tego wykonawcę, ze względu na brak dochowania przez niego należytej staranności, tym bardziej, jeśli pomiędzy złożeniem pierwszego podpisu o godzinie 10:39 a podjęciem próby złożenia drugiego podpisu, PTI zgodnie z zapisem aktywności w systemie eZamawiający, dokonywało kolejnych innych czynności: podglądu oferty, przechodzenia do zakładki Dokumenty zamówienia czy wreszcie: Uzupełnienie formularza oferty.

W ocenie odwołującego nieadekwatne dla poparcia decyzji zamawiającego
o unieważnieniu postępowania jest przywoływane w uzasadnieniu orzecznictwo. Uznał, że spośród przywołanych stanowisk KIO tylko jedno dotyczy wady związanej z niemożliwością złożenia oferty w postępowaniu ze względu na problemy technicznej, przy czym żadna – wedle odwołującego – z okoliczności, które przesądziły o rozstrzygnięciu Izby w sprawie o sygn.
KIO 2603/19 nie występuje w przedmiotowej sprawie. Oznacza to, że wobec różnic
w okolicznościach faktycznych sprawy, to stanowisko Izby nie może być uznane za poparcie decyzji o unieważnieniu postępowania podjętej w tym postępowaniu.

Powołał się na przeciwne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok z 18.04.2019 r.*: „Dlatego też Odwołujący winien był zachować należytą staranność jaka jest wymagana od podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Należy zgodzić się z Zamawiającym, który w tym zakresie w oparciu*
  o wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2005 r., 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". (...) Niewątpliwie, zdaniem Izby, powyższe wskazuje, że Platforma pozwalała na wgranie oferty, jednakże to brak doświadczenia Odwołującego że składaniem Ofert na Platformie zakupowej NBP oraz wkradająca się nerwowość (co można wywieść z opisu czynności i naprzemiennej konsultacji) w wykonywaniu pewnych operacji technicznych, ze względu na upływający czas spowodowały, że Odwołujący nie zmieścił się w wyznaczonym czasie, aby złożyć ofertę w całości - dokonać także jej podpisania. Na mogące wystąpić problemy z dokonaniem podpisania oferty zwracał uwagę zamawiający
  w Instrukcji dla wykonawców, co zostało opisane powyżej. Jednakże Odwołujący żadnych prób czy symulacji w tym zakresie próbnego składania oferty, czy jej podpisania nie wykonał. (...) Niewątpliwym jest, że zaistniały problem jest bliźniaczo podobny do problemów jakie zgłaszali także wykonawcy przy składaniu ofert w formie pisemnej. Tam też podnoszono szereg zarzutów iż, wskazując na różnorakie zdarzenia które utrudniły złożenie oferty w wymaganych czasie. W tych wszystkich sytuacjach KIO jednoznacznie wskazywała, że wykonawca winien założyć odpowiedni długi okres czasu dla złożenia oferty i przewidzieć możliwość wystąpienia różnorakich przyczyn i okoliczności które mogły spowodować niedoręczenie oferty na czas. Ta argumentacja KIO jest zdaniem Izby ze wszechmiar zasadna i aktualna w obecnym stanie prawnym. Każda zmiana stanu prawnego generuje nowe okoliczności mogące generować nowy typ przeszkód dla złożenia oferty w zakładanym przez wykonawcę terminie, co w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie przewidział.”
- wyrok z 05.12.2019 r.: „*Wzięto pod uwagę, że odwołujący nie przeprowadził fakultatywnej procedury weryfikacji podpisu elektronicznego na platformie. Zgodnie ze zrzutami z ekranu funkcji "sprawdź podpis" złożonymi przez przystępującego, procedura ta umożliwiłaby sprawdzenie systemu operacyjnego, przeglądarki, dodatku do przeglądarki, oprogramowania Java, aplikacji Szafir Host, inicjalizacji i startu komponentu Szafir. Tymczasem odwołujący przygotowując się do składania oferty nie przeprowadził takiej procedury, co wynikało z oświadczenia przedstawiciela platformy Marketplanet OnePlace i nie było sporne między stronami.*”,
- wyrok z 08.07.2019 r.: „*Odwołujący podjął czynności związane z ostatecznym złożeniem oferty kilka minut przed terminem składania ofert. Jest to, oczywiście, prawo wykonawcy, jednak w tak krótkim czasie przed terminem składania ofert trzeba brać pod uwagę różnego rodzaju ryzyka związane z technicznym funkcjonowaniem narzędzia do składania ofert. Należy tu też przyznać rację Zamawiającemu, że - nawet jeśli ofertę zamierzają złożyć w ostatniej możliwej chwili - wykonawcy wcześniej powinni zapoznać się z technicznymi aspektami funkcjonowania danej platformy zakupowej, wiadomo bowiem, że ich obsługa, sposób działania czy wymagania techniczne, mogą się między sobą różnić. Z tego też powodu już na etapie sporządzania SIWZ wykonawcy są informowani, z której platformy korzysta zamawiający.”*

Podsumował, że czynność unieważnienia postępowania została dokonana
z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż zamawiający na podstawie posiadanych informacji nie miał podstaw do stwierdzenia, iż postępowanie obarczone było jakąkolwiek wadą i nieprawidłowo ustalił przesłanki zastosowania przedmiotowej normy, szczególnie, iż zgodnie z orzecznictwem KIO, przesłanki skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle i wymagają one po stronie zamawiającego rzetelnego i jednoznacznego potwierdzenia ich wystąpienia.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2020 r. sygn.
KIO 99/20:„*W ocenie Izby jako punkt wyjścia w przedmiotowej sprawie należy przyjąć, że co do zasady unieważnienie*

postępowania winno być traktowane jako sytuacja wyjątkowa. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma bowiem na celu przede wszystkim doprowadzenie do zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Decyzja o unieważnieniu skutkuje tym, że ustaje toczące się postępowanie i nie może dojść do wyboru najkorzystniejszej oferty z wykonawcą, z którym miałaby zostać podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego. Jak słusznie wskazano w wyroku z 13 stycznia 2012 r.
o sygn. akt KIO 2808/11 z art. 93 ustawy wynika, iż zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregokolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiejkolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowości owej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym."

Ocenił, iż decyzja zamawiającego została oparta o ogólnikowe stanowisko operatora Platformy oraz niczym niepotwierdzone twierdzenia zainteresowanego unieważnieniem postępowania podmiotu i nie stanowi czynności podjętej na skutek dogłębnej i wyczerpującej analizy stanu faktycznego; takie działanie zamawiającego jest niedopuszczalne, tym bardziej, iż prowadzi jednocześnie do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez pozbawienie szansy na uzyskanie zamówienia wykonawców, którzy ponieśli koszty związane z przygotowaniem oferty w tym postępowaniu oraz dochowali należytej staranności w jej skutecznym złożeniu w przewidzianym terminie. Ponadto, poprzez zachwianie pozycji konkurencyjnej tych wykonawców w ewentualnym kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia w tym samym zakresie, gdyż oferty tych wykonawców zostały już otwarte, wraz z ujawnieniem ich ceny i deklarowanej oceny punktowej w ramach pozostałych kryteriów, podczas gdy parametry oferty PTI (jako niezłożonej) nie zostały podane do publicznej wiadomości.

Uzupełnił, że przywołany przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp również podlega naruszeniu właśnie przez nieprawidłową czynność zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania pomimo braku wykazania obiektywnych przesłanek zgodnie
z wymaganiami art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie SWPS odwołujący podał, że pismem z 18.11.2020 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie, na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, oferty wraz z załącznikami, złożonej przez wykonawcę SWPS. Podał także, iż wobec faktu, że w odpowiedzi nie otrzymał wszystkich dokumentów złożonych przez SWPS, ponownie zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie dokumentów, wskazując, iż SWPS nie dokonało w ogóle poprawnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonej ofercie, w zakresie jakichkolwiek dokumentów, na co, w odpowiedzi 04.12.2020 r., zamawiający poinformował, iż odmowa udostępnienia dokumentów wynika z faktu, że zweryfikował i uznał zastrzeżenie tajemnicy przez SWPS za zasadne, gdyż*„Wykonawca w załączonym do złożonej oferty uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa wykazał*, że *informacje zawarte*
w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa." – ocena ta dotyczyła, zgodnie ze wskazaniem zamawiającego „pełnej Oferty Uniwersytetu SWPS oraz załączników 13 i 13a wykazu usług/potencjału wraz z załącznikami".

Wskazał, wnioskując po spisie dokumentów załączonych do oferty przez SWPS
(pkt 13 Formularza oferty), iż nie udostępniono mu następujących dokumentów: „Załączniki
nr 9 i 9a do SIWZ Wykazu osób", „Załączniki 13 i 13a do SIWZ Wykaz usług/potencjału", „Oświadczenie o dysponowaniu zasobami" wobec czego należy uznać, iż te dokumenty zamawiający uznał za prawidłowo zastrzeżone przez SWPS jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego zawarte w ofercie SWPS „Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa" nie spełnia wymagań określonych przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, tj. nie wykazuje, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również nie odpowiada standardom obowiązującym w ramach obszaru stosowania Prawa zamówień publicznych.

Podniósł, iż pomimo, iż pismo złożone wraz z ofertą zatytułowano „Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa", to w treści brak prawidłowego zastrzeżenia jakichkolwiek dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa i odniesienia do wymaganych przesłanek ustawowych.

Odwołujący wskazał następujące wady uniemożliwiające uznanie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

1. Uzasadnienie sprowadza się do trzech zdań, które w sposób ogólnikowy obejmują całość złożonej przez SWPS oferty. Uzasadnienie nie odnosi się konkretnie do każdego z faktycznie zastrzeżonych dokumentów czy informacji, ani nie wskazuje odrębnie na ich charakter ani wartość gospodarczą, w żaden sposób nie nawiązuje do konkretnych informacji zawartych i utajnianych w dokumentach: „Załączniki nr 9 i 9a do SIWZ Wykazu osób" oraz „Oświadczenie o dysponowaniu zasobami".
2. Wykonawca wymienia w uzasadnieniu kategorie informacji podlegające ochronie, które nie podlegały przedstawieniu w złożonych dokumentach, takie jak np. „sytuacja finansowa uczelni", „specyfikacja autorskich narzędzi i opisu oferty" co świadczy
   o generycznym i abstrakcyjnym charakterze dokonanego zastrzeżenia, nie wykazującym rzeczywistego charakteru tych informacji, które zostały przez wykonawcę złożone i podlegają przez niego ochronie w ramach tego postępowania.
3. Uzasadnienie nie wykazuje wymaganych przesłanek definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji., wykonawca nie wskazuje na charakter zastrzeganych informacji ani na czym dokładnie polega ich wartość gospodarcza, brak wykazania, iż wykonawca podejmuje jakiekolwiek działania w celu zachowania przedmiotowych informacji w poufności.
4. Sam fakt, iż informacje „nie były i nie są ujawnione", nie świadczy o tym, iż są to informacje, które podlegają ochronie właściwej dla tajemnicy przedsiębiorstwa ani, że przez sam ten fakt nabywają taki walor. Wykonawca nie wskazał, że informacje nie podlegają ujawnieniu w żadnym z przewidzianych trybów, np. w trybie dostępu do informacji publicznej, i że nikt nie mógłby ich uzyskać w sposób zgodny z prawem. Brak ich dotychczasowego i aktualnego ujawnienia nie jest równoznaczny
   z podejmowaniem przez wykonawcę należytych starań i środków w celu utrzymania tego faktu i ochrony dostępu do przedmiotowych informacji.
5. Wykonawca wskazuje, iż część z informacji objęta jest ochroną własności intelektualnej, jednak nie sposób wskazać, w jakim zakresie prawa autorskie czy inny rodzaj ochrony własności intelektualnej miałyby odnosić się

do wypełnionych przez wykonawcę wykazów osób i usług czy też dokumentu dotyczącego dysponowania zasobami. Nawet jeśli uznać taką możliwość, ciężar ich prawidłowego oznaczenia

i wydzielenia ze złożonych dokumentów spoczywa na wykonawcy zobowiązanym do ich ochrony – wskazanie, iż prawami autorskimi chroniona jest „część" przedstawionych informacji nie stanowi skutecznego zabezpieczenia ich przed nieuprawnionym ujawnieniem.

6. Objęcie określonych informacji bliżej niedoprecyzowaną ochroną własności intelektualnej nie jest równoznaczne z wypełnieniem przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa i odmową ich udostępnienia w ramach prowadzonego postępowania o zamówienie. Objęcie prawami autorskimi nie stanowi podstawy wyłączenia jawności postępowania w ramach art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.
7. Wskazanie, iż część informacji „podlega komercjalizacji" nie stanowi przesłanki do ich ochrony i uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż co do zasady udział

w postępowaniu o udzielenie zamówienia wiąże się ze sprzedażą dóbr i usług na zasadach rynkowych. Natomiast, jeśli argument wykonawcy miał odnosić się specyficznie do komercjalizacji wyników badań czy technologii, to tego typu informacje nie podlegają ujawnieniu w ramach składanej w postępowaniu oferty, w szczególności w ramach dokumentów dotyczących zasobów wykonawcy i wykazania spełniania określonych w postępowaniu warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert.

8. W odniesieniu do wskazanego odrębnie w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentu wykaz i opis potencjału, poza ogólnym stwierdzeniem, iż zawiera on dane wrażliwe dla interesu ekonomicznego uczelni, wykonawca nie precyzuje i udowadnia, na czym polega ich sensytywny charakter czy wartość gospodarcza. Wskazanie, iż wykaz powstał w oparciu o niepublikowane dane finansowe nie znaczy, iż zawarte

w nim informacje są poufne czy nawet, iż ujawniają takie niepublikowane dane

w zakresie mogącym przynieść wykonawcy szkodę. Natomiast, co do merytorycznego zakresu oferty studiów, czy wykazu partnerów biznesowych uczelni – dane te nie są informacjami niepodlegającymi ujawnieniu i chronionymi ze względu na ich wartość gospodarczą. Przeciwnie dane te, podobnie zresztą jak pozostałe wskazywane

w wykazach informacje, zarówno w zakresie kadry, jaką dysponuje wykonawca, jak

i co do zrealizowanych projektów/usług, stanowią dane nie tylko powszechnie dostępne lub takie, które łatwo można pozyskać, ale zapewne w znacznym zakresie są publikowane i rozpowszechniane przez samego wykonawcę lub osoby, których dotyczą, w celu promocji kompetencji i działalności.

Na powyższej podstawie uznał, że wykonawca SWPS nieskutecznie dokonał zastrzeżenia informacji w złożonych dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podkreślił, że uzupełnienia braków takiego zastrzeżenia nie może dokonać samodzielnie zamawiający, gdyż obowiązek ten spoczywa na wykonawcy i powinien być przez niego dopełniony nie później niż w momencie przekazania zamawiającemu informacji podlegających zastrzeżeniu (nawet jeśli ich złożenie wymagane było zgodnie z SIWZ dopiero na późniejszym etapie).

Podniósł, że zamawiający, dokonując weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia w pełnym zakresie oznaczonych przez wykonawcę informacji, nie może samodzielnie przejmować inicjatywy w zakresie uznania iż niektóre z nich zasługują na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa, mimo niewykazania takiego ich charakteru przez samego wykonawcę.

Uzupełnił, że nieskuteczność, czy wręcz brak dokonania zastrzeżenia widoczny jest już w samej treści oświadczenia wykonawcy – wykonawca, mimo, iż przepis zobowiązuje go do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i wykazania zasadności takiego zastrzeżenia, zawarł w ofercie jedynie wniosek o dokonanie takiego zastrzeżenia przez zamawiającego, do czego ten, nie jest uprawniony.

Zaznaczył, że w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie znajduje się wymagane zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (czy inne podobne sformułowanie), a stwierdzenie: *„wnosimy o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu załączonej dokumentacji*", co – wedle odwołującego – oznacza, że SWPS nie dochował wymagań skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zaś zamawiający w sposób nieuprawniony i bez podstawy prawnej dokonał czynności zastrzeżenia jawności wybranych dokumentów przedłożonych przez wykonawcę.

Wskazał, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle; zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca chcący zastrzec zawarte w ofercie informacje stanowiące dla niego tajemnicę przedsiębiorstwa, zobowiązany jest wykazać, że nie mogą być one udostępniane i udowodnić, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – wykonawca zobowiązany jest wykazać zasadność dokonanego zastrzeżenia, tj. wykazać, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podniósł, że do zastrzeżenia powinno być dołączone uzasadnienie oraz dowody wyjaśniające, dlaczego wykonawca zastrzega konkretne informacje. Uzasadnienie to podlega ocenie, więc powinno w sposób wyczerpujący i przekonywujący wskazywać przyczyny ochrony określonych informacji. Niewystarczające dla wykazania zasadności zastrzeżenia jest oparcie jedynie na ogólnych deklaracjach wykonawcy, nieuprawdopodobnionych ani przez przedstawienie dowodów. Uzupełnił, że wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów wykazujących wystąpienie którąkolwiek z przesłanek art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ani nawet poprzez podanie konkretnych argumentów.

Ocenił, że bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia w ofercie uzasadnienia lub złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji, a obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zaznaczył, że wykonawca, decydując się na wykorzystanie tych informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia, powinien liczyć się z zasadą jawności i koniecznością ujawnienia określonego zakresu swojej działalności związanej z jawną procedurą przetargową co dotyczy to w szczególności tych informacji, na podstawie których dochodzi do badania i oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Podkreślił, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne.

Podsumował, że wykonawca SWPS nie wykazał w sposób wystarczający i przekonujący, iż zastrzeżone przez niego informacje spełniają wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nic także nie świadczy o wartości gospodarczej i rzeczywistej poufności informacji zawartych w złożonych w postępowaniu dokumentach, toteż zasadne jest odtajnienie i udostępnienie odwołującemu pełnej treści tych dokumentów.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 17 grudnia 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 5 stycznia 2021 r., dokumentów złożonych przez odwołującego, przywołanych w dalszej części uzasadnienia a także oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający nie kwestionowali.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut nieuzasadnionego unieważnienie postępowania ze względu na obarczenie go niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, mimo iż taka wada nie wystąpiła, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czym zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt. 18 SIWZ „Informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami":

„18.2 W postępowaniu zamawiający wymaga przekazywania sobie przez strony postępowania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem Platformy znajdującej się pod adresem: https://mpit.ezamawiajacy.pl w zakładce „Korespondencja". Szczegółowa Instrukcja korzystania z Platformy dla wykonawcy dostępna jest w zakładce „Regulacje i procedury procesu zakupowego" pod adresem

18.3 Oferty składa się pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

18.4 Szczegóły na temat wykonywania poszczególnych czynności w toku postępowania zawarte są w Instrukcji dla wykonawcy: (…) przygotowanie/uzupełnianie oferty przed otwarciem ofert - pkt 18÷19.3, str. 27÷43 (…)

18.5*Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia lub informacje, które wpłyną do zamawiającego, uważa się za dokumenty złożone w terminie, jeśli ich czytelna treść dotrze do zamawiającego przed upływem tego terminu.*

18.6*Za datę wpływu oferty, oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przekazywanych przez strony przyjmuje się datę i godzinę ich wczytania na Platformie.*

(…)

18.7*Ogólne zasady korzystania z Platformy, z zastrzeżeniem pkt 18.8. niniejszego Rozdziału;*

18.7.1*zgłoszenie do postępowania wymaga zalogowania Wykonawcy do Systemu na subdomenieMinisterstwa Rozwoju; lub*

18.7.2 Wykonawca po wybraniu opcji „Przystąp do postępowania" zostanie przekierowany do strony gdzie zostanie powiadomiony o możliwości zalogowania lub do założenia bezpłatnego konta. Wykonawca zakłada konto wykonując kroki procesu rejestracyjnego; podaje adres e-mail, ustanawia hasło, następnie powtarza hasło, wpisuje kod z obrazka, akceptuje regulamin, klika polecenie „zarejestruj się".

18.7.3Rejestracja Wykonawcy trwa maksymalnie do 2 dni roboczych. W związku z tym Zamawiający zaleca Wykonawcom uwzględnienie czasu niezbędnego na rejestracje w procesie złożenia Oferty w postaci elektronicznej. Wykonawca wraz z potwierdzeniem złożenia wniosku rejestracyjnego otrzyma informacje, o możliwości przyspieszenia procedury założenia konta, wówczas należy skontaktować się pod numerem telefonu podanym w ww. potwierdzeniu.

18.7.4 Po założeniu konta Wykonawca ma możliwość złożenia Oferty w postępowaniu. (…).

18.8 Zamawiający, zgodnie z § 3 ust. 3 ww. 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 (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1320 ze zm.) określa niezbędne wymagania sprzętowo - aplikacyjne umożliwiające pracę na Platformie Zakupowej tj.:

18.8.1*Stały dostęp do sieci Internet o gwarantowanej przepustowości nie mniejszej niż 512 kb/s;*

18.8.2*Komputer klasy PC lub MAC, o następującej konfiguracji: pamięć min 2GB Ram, procesor Intel IV 2GHZ, jeden systemów operacyjnych - MS Windows 7 , Mac Os x 10.4, Linux, lub ich nowsze wersje;*

18.8.3*Zainstalowana dowolna przeglądarka internetowa obsługująca TLS 1.2, najlepiej w najnowszej wersji w przypadku Internet Explorer minimalnie wersja 10.0;*

18.8.4*Włączona obsługa JavaScript;*

18.8.5*Zainstalowany program Acrobat Reader lub inny obsługujący pliki w formacie .pdf.*

18.8.6*Dokumenty w formacie .pdf zaleca się podpisywać formatem PAdES.*

18.8.7*Dopuszcza się podpisanie dokumentów w formacie innym niż .pdf, wtedy będzie wymagany oddzielny plik z podpisem. W związku z tym Wykonawca będzie zobowiązany załączyć oddzielny plik z podpisem.*

18.9*Zamawiający zgodnie z § 3 ust. 3 ww. Rozporządzenia, określa dopuszczalne formaty przesyłanych danych tj. plików o wielkości do 70 MB w formatach: .pdf, .xls, .xlsx, .doc, .docx, .txt, .rtf, .xps, .odt, .ods, .odp, .ppt, .pptx, .csv, .jpg, .jpeg, .tif, .tiff, .geotiff, .png, .svg, .wav, .mp3, .avi, .mpg, .mpeg, .mp4, .m4a, .mpeg4, .ogg, .ogv, .zip, .tar, .gz, .gzip, .7z, .html, .xhtml, .css, .xml, .xsd, .gml, .rng, .xsl, .xslt, TSL, XMLsig, XAdES, PAdES, CAdES, ASIC XMLenc.*

18.10*Zamawiający zgodnie z § 3 ust. 3 ww. Rozporządzenia określa informacje na temat kodowania i czasu odbioru*

danych tj.:

18.10.1 Plik załączony przez Wykonawcę na Platformie Zakupowej i zapisany, widoczny jest w Systemie, jako zaszyfrowany – format kodowania UTF8. Możliwość otworzenia pliku dostępna jest dopiero po odszyfrowaniu przez Zamawiającego po upływie terminu składania ofert.

18.11 *Oznaczenie czasu odbioru danych przez Platformę stanowi datę oraz dokładny czas (hh:mm:ss) generowany wg czasu lokalnego serwera synchronizowanego odpowiednim źródłem czasu - zegarem Głównego Instytutu Miar."*

Termin składania ofert został wyznaczony na 18.11.2020 r. godz. 11 (pierwotnie 12.11.2020 r.), otwarcia ofert na 18.11.2020 r. godz. 12 [pkt 10 i 11 Protokołu postepowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego – druk ZP-PN (dalej „protokół)].

W wyznaczonym terminie składania ofert ofertę złożyli: odwołujący oraz SWSP Uniwersytet Humanistycznospołeczny z Warszawy (pkt 13 Protokołu).

Pismem z dnia 30 listopada 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania, wskazując, co następuje:

„Uzasadnienie prawne

Zamawiający informuje, że unieważnia niniejsze postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy ze względu na obarczenie go niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Uzasadnienie faktyczne

Termin na składanie ofert w ww. postępowaniu minął w dniu 18.11.2020 r. o godz. 11:00. Zamawiający w dniu 18.11.2020 r. otrzymał od Wykonawcy Polskie Towarzystwo Informatyczne informację o braku możliwości złożenia drugiego podpisu elektronicznego w ofercie w terminie w wyniku błędnego działania systemu informatycznego.

Zespół Wsparcia Platformy eZamawiający w dniu 18.11.2020 r. przyjął zgłoszenie.

Wykonawca w dniu 23.11.2020 r. otrzymał odpowiedź na zgłoszenie od Zespołu Wsparcia Platformy eZamawiajacy, w której Marketplanet stwierdziło, iż w dniu 18.11.2020 r. nie występowały problemy techniczne na Platformie eZamawiajacy.

Wykonawca w dniu 23.11.2020 r. ponownie zgłosił zastrzeżenia w zakresie działania Platformy w dniu 18.11.2020 r. z wnioskiem o szczegółowe wyjaśnienie.

Platforma eZamawiajacy w dniu 25.11.2020 r. przesłała do Zamawiającego pismo dot. zgłoszenia reklamacyjnego z dnia 18.11.2020 r. dot. ww. postępowania. Zamawiający otrzymał informację, iż „powyższe postępowanie mogło posiadać wadę techniczną, na skutek trwających wcześniej prac migracyjnych związanych z uruchomieniem systemu eZamawiajacy dla Ministerstwa Rozwoju na nowej instancji produkcyjnej. W związku z powyższym mogła nastąpić aktualizacja komponentów oprogramowania, w tym bibliotek podpisu elektronicznego w momencie próby złożenia podpisu na ofercie przez Wykonawcę".

Zdaniem Zamawiającego Polskie Towarzystwo Informatyczne w sposób przekonujący wykazało, że brak możliwości podpisania oferty nie wynika z przyczyny leżącej po jego stronie, wskazując, że aplikacja Szafir nie jest zainstalowana na jego komputerze i nie miało wpływu na jej aktualizowanie się w momencie składania oferty.

W wyroku KIO 2899/12 z dnia 10 stycznia 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie - uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Podobne stanowisko Izba zajęła w wyroku KIO 2041/19 z dnia 25 października 2019 r. wskazując, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym wada postępowania, która była przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu.

W wyroku KIO 2603/19 z dnia 14 stycznia 2020 r., Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje także, iż uniemożliwienie wskutek problemów technicznych związanych z platformą złożenia oferty zainteresowanemu wykonawcy, którego oferta mogła potencjalnie zostać wybrana jako najkorzystniejsza, powoduje obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego - art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe oraz biorąc pod uwagę zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp."

PTI w dniu 18.11.2020 r. o godz. 11^{55} złożyło do Zespołu Wsparcia eZamawiający reklamację o następującej treści: *„W związku ze złożeniem oferty w przetargu (Numer postępowania: BDG-V.2611.20.2020.MS) „Usługa przeprowadzenia projektu pilotażowego „AI4Youth" w ramach Programu Operacyjnego Inteligentny Rozwój 2014 – 2020, Priorytet 2: Wsparcie otoczenia i potencjału przedsiębiorstw do prowadzenia działalności B+R+I Działanie 2.4: „Współpraca w ramach krajowego systemu innowacji" PO IR Poddziałanie 2.4.1 inno_LAB – Centrum analiz i pilotaży nowych instrumentów." składamy reklamację ze względu na brak możliwości złożenia w terminie drugiego podpisu elektronicznego w wyniku błędnego działania systemu informatycznego.*

W dniu 18.11.2020 przed terminem złożenia oferty o godz. 10.39 złożono pierwszy podpis elektroniczny. Złożenie drugiego podpisu rozpoczęto przed terminem złożenia oferty. Dokładnie 3 minuty przed upływem terminu naciśnięty został klawisz podpisz. Czas ten był widoczny na ekranie. System zamiast udostępnić formatkę podpisywania rozpoczął w tym momencie proces aktualizacji komponentów systemu Szafir który trwał prawie 15 minut !!!!! Nigdzie w systemie nie ma informacji iż taka sytuacja może wystąpić. Podpis składano z konta pti@pti.org.pl z komputera, na którym wcześniej popisywano podpisem elektronicznym nowo zakładane konto w systemie https://oneplace.marketplanet.pl

Pomimo, że podpis składano z komputera i przeglądarki, z którego wcześniej, kilka dni wcześniej, popisywano podpisem elektronicznym zakładanie konta, system rozpoczął jak zostało podane powyżej, pobieranie i instalację komponentów do składania podpisu, co trwało ok. 15 min.

Powyższa sytuacja niezawiniona przez nas, ale wynikająca wyłącznie z działania systemu, spowodowała iż w momencie złożenia podpisu ukazała się informacja o odrzuceniu oferty jako złożonej po terminie. W związku z powyższym składamy reklamacje i wnosimy o uznanie oferty za złożoną w terminie."

Na reklamację PTI z 18.11.2020 r. Marketplanet z Warszawy w piśmie z 23.11.2020 r. udzielił następującej odpowiedzi:

„Pierwszy podpis w postępowaniu BDG-V.2611.20.2020.MS został złożony w dniu 18.11.2020 0 godzinie 10:39 z adresu IP 95.40.59.250.

Kolejne czynności w postępowaniu BDG-V.2611.20.2020.MS wykonywane były na dwóch różnych adresach IP:

188.146.4.14 oraz 46.215.221.102;

Zakładka zamówienia	*Dokumenty*	*18.11.2020 10:53*	*188.146.4.14*
Podgląd oferty		*18.11.2020 10:55*	*188.146.4.14*
Podgląd oferty		*18.11.2020 10:56*	*188.146.4.14*
Zakładka zamówienia	*Dokumenty*	*18.11.2020 10:58*	*46.215.221.102*
Podgląd oferty		*18.11.2020 10:58*	*46.215.221.102*
Uzupełnianie oferty	*formularza*	*8.11.2020 10:59*	*46.215.221.102*
Podgląd oferty		*18.11.2020 10:59*	*46.215.221.102*

Wobec powyższego, informujemy, że wniosek rejestracyjny nie został podpisany z tej samej stacji roboczej, z której wykonywano ostatnie działania na postępowaniu (podgląd oferty). Z adresu IP 46.215.221.102 nie mamy zarejestrowanej próby złożenia podpisu
w postępowaniu

Platforma eZamawiający nie ma wpływu na proces aktualizacji komponentów. Jeżeli aplikacja Szafir nie była przez pewien czas uruchamiana, mogą pojawić się niezbędne aktualizacje (na przykład bibliotek), które będą umożliwiały poprawne złożenie podpisu. Czas realizacji aktualizacji zależy o czynników takich jak np. prędkość łącza internetowego, wydajność komputera, programy antywirusowe Ponadto, czynność uruchomienia aktualizacji komponentów .aplikacji Szafir jest każdorazowo decyzją użytkownika, który może uruchomić aktualizację w późniejszym terminie. Jednocześnie informujemy, że proces aktualizacji komponentów wynika z uwarunkowań technicznych wszystkich aplikacji, które są wykorzystywane w systemach informatycznych i nie wynika z problemu technicznego platformy.

W dniu 18-11-2020 nie występowały problemy techniczne na platformie eZamawiający, które mogłyby wpłynął na proces składania oferty lub prędkości działania strony.

We w dniu 18-11-2020 0 godzinie 10:40 inny Wykonawca w tym postępowaniu składał swoją ofertę, co świadczy o tym, że nie było żadnych uwarunkowań technicznych na platformie eZamawiający, które mogły blokować składanie ofert.

Na platformie Oneplace dostępna jest również możliwość sprawdzenia poprawności działania podpisu na stronie oneplace.marketplanet.pl/sprawdz-podpis. Informujemy, że nie odnotowaliśmy próby sprawdzenia podpisu z adresu IP 46.215.221.102.

Zachęcamy, aby proces składania oferty rozpoczynali Państwo odpowiednio wcześniej (na przykład dzień wcześniej), uprzednio realizując sprawdzenie podpisu na stronie: (…)"

PTI w dniu 23.11.2020 r. o godz. 14^{10} złożyło do Zespołu Wsparcia eZamawiający reklamację o następującej treści: „Udzielona odpowiedź jest niesatysfakcjonująca i nie wyjaśnia poruszonego problemu. Z faktu iż numer IP z dnia założenia konta jest inny niż numer IP z dnia składania podpisu nie można wyciągnąć żadnych wniosków, w szczególności takich iż wniosek o założenie konta był podpisywany z innej stacji roboczej niż przegląd oferty. Czynności z ofertą wykonywane były z mojego domowego komputera, tego samego z którego było zakładane konto i składany podpis kwalifikowany wymagany do jego założenia. Dla ułatwienia problemu informuję, że moja domowa instalacja posiada dwie karty LTE od dwóch różnych dostawców i obsługiwane przez urządzenie balansujące ruch, w celu zapewnienia odpowiedniej przepustowości transmisji. Nie posiada stałego adresu IP, więc adresy każdego dnia mogą się różnić, ale czynności są wykonywane z tej samej stacji roboczej. Nie jest wyjaśnione dlaczego państwa system nie odnotował dyspozycji podpisz wydanej zgodnie
#x200ez widoczną na ekranie mojego komputera informacją 3 minuty przed upływam terminu składania ofert. Powinno być odnotowane w systemie iż efektywnie podpis został złożony pod ofertą, o czym poinformował mnie system jednocześnie informując, że oferta nie została przyjęta bo została złożona po czasie. Te czynności systemu powinny być udokumentowane. Ja nie korzystam z aplikacji Szafir, nie wydawałem polecenia jej aktualizacji ani instalacji, nie jest ona zainstalowana na moim komputerze. Uwagi, że mogłem nie aktualizować tej aplikacji są chyba nie do mnie, bo system nie pytał się mnie czy chcę, czy nie coś aktualizować. To państwa system wystawia formatkę do złożenia podpisu kwalifikowanego i to ta formatka ładowała się w waszym systemie ponad 15 minut informując mnie jednocześnie na ekranie jakie komponenty szafira są ładowane. Powinniście mieć informację o początku i końcu tego procesu w waszym systemie. Jeśli poprawnie była obsługiwana Wasza aplikacja, to znaczy iż przepustowość łącza była odpowiednia. Dziękuję serdecznie za uwagi iż można ofertę składać wcześniej, nie wnoszą one jednak niczego do złożonego protestu. Nie informujecie Państwo na Waszej stronie, że należy przewidzieć czas na kilkudziesięciominutowe składanie podpisu kwalifikowanego, a informacja, że system nie odnotował skutecznego złożenia kwalifikowanego podpisu, nawet po terminie składania ofert jest bulwersująca. Strona poinformowała mnie, że podpis kwalifikowany został skutecznie złożony. Osobnym komunikatem jest, że oferta nie została przyjęta bo została złożona po terminie, ale została złożona została podpisana !!! Jeśli została złożona, jeśli została podpisana to dlaczego jej nie widać? Jednym słowem Państwa odpowiedź nie tylko nie wyjaśnia wątpliwości, ale powoduje iż są one coraz większe. Proszę o wyjaśnienie sprawy precyzyjnie i skutecznie."

Na reklamację PTI z 23.11.2020 r. Marketplanet z Warszawy w piśmie
z 24.11.2020 r. udzielił następującej odpowiedzi: „*Zgodnie z informacjami, które pozyskaliśmy, powyższe postepowanie mogło posiadać wadę techniczną, na skutek trwających wcześniej prac migracyjnych związanych z uruchomieniem systemu eZamawiajacy dla Ministerstwa Rozwoju na nowej instancji produkcyjnej. W związku z powyższym mogła nastąpić aktualizacja komponentów oprogramowania, w tym bibliotek podpisu elektronicznego w momencie próby złożenia podpisu na ofercie przez Wykonawcę."*

Skład orzekający lzby zważył, co następuje.

Skład orzekający lzby uznał, że zamawiający nie miał wystarczających podstaw do unieważnienia postępowania.

Tytułem wstępu podkreślić należy, że w SIWZ zamawiający podał jedynie „*Ogólne zasady korzystania z Platformy"*wobec czego dalsze, bardziej szczegółowe informacje były dostępne dla wykonawców dla stronach udostępniającego platformę podmiotu (Marketplanet).

Składające reklamacje PTI oceniło, że odpowiedź Marketplanet z 24.11.2020 r. „*nie tylko nie wyjaśnia wątpliwości, ale powoduje iż są one coraz większe*" (zdanie przedostatnie reklamacji z 23.11.2020 r.).

Jest to ocena warta podkreślenia z tego względu, iż zamawiający – co potwierdził na rozprawie – „*podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania dysponował reklamacjami PTI z 18 i 23.11.2020 r. oraz odpowiedziami Marketplanet z 23 i 24.11.2020 r.*" (str. 6 Protokołu rozprawy) oraz nie uzyskał żadnych innych informacji („*Ponownie*

wskazuje, iż podjęta próba telefoniczna uzyskania dodatkowych informacji nie powiodła się" – str. 6 Protokołu rozprawy).

Nawet zatem przyjmując perspektywę PTI (podmiotu, co do którego oczekiwań przyjąć należy, że zainteresowany jest unieważnieniem postepowania skoro jego oferta nie została przyjęta jako złożona po terminie, a tym samym nie ma szans na uzyskanie zamówienia
w wyniku tego postępowania) zamawiający unieważnił postępowania, nie wyjaśniając dostatecznie przyczyn, dlaczego oferta nie została złożona w terminie.

Podjęcie dalszych czynności wyjaśniających uzasadniało także stanowisko Marketplanet z 24.11.2020 r., które sprowadza się jedynie do wskazania możliwości wystąpienia wady technicznej postępowania (na skutek wcześniej trwających prac migracyjnych związanych z uruchomieniem systemu eZamawiajacy dla zamawiającego na nowej instancji produkcyjnej), co przecież nie jest tożsame z wystąpieniem takiej wady.

Skład orzekający Izby uzupełniająco wskazuje, że informacje Marketplanet
w szczególności co do czynności wykonywanych przez PTI (stacje robocze z różnymi IP)
z pisma z 23.11.2020 r. „nie zdezaktualizowały się" (jak twierdził zamawiający) poprzez wskazanie w informacji Marketplanet z 24.11.2020 r. możliwości wystąpienia wady postępowania. Ustalenia z 23.11.2020 r. nie zostały „odwołane", uzupełnione, czy sprostowane w jakimkolwiek zakresie.

Trafnie podniósł odwołujący, odnosząc się w odwołaniu do wskazania Marketplanet, iż mogła nastąpić aktualizacja komponentów oprogramowania, w tym bibliotek podpisu elektronicznego w momencie próby złożenia podpisu na ofercie przez wykonawcę, iż „*nie pozwala to na ustalenie, czy taka aktualizacja faktycznie miała miejsce, czy do aktualizacji doszło w momencie składania podpisu przez PTI, czy PTI nie mogło złożyć podpisu na ofercie pomimo aktualizacji komponentów oprogramowania, czy aktualizacja komponentów oprogramowania była bezpośrednią przyczyną uniemożliwiającą PTI złożenie oferty*" (str. 4 trzeci akapit).

Zamawiający, podkreślając na rozprawie, że jest to „„*przetarg unijny" poddany kontroli instytucji zarządzającej, która dotyczyć będzie także zachowania w tym postępowaniu uczciwej konkurencji. Wiedza wynikająca z pisma Marketplanet z 24.11.2020 r. mogłaby instytucję zarządzającą doprowadzić do wniosku, iż naruszono zasadę uczciwej konkurencji, co skutkowałoby obowiązkiem zwrotu przez Zamawiającego części funduszy, co niewątpliwie obciążałoby Skarb Państwa*." (str. 8 Protokołu rozprawy) tym bardziej winien czuć ciężar spoczywającej nań odpowiedzialności i dążyć do wyczerpującego i wszechstronnego wyjaśnienia przyczyn złożenia oferty przez PTI po terminie.

Abstrahując od przyczyn odstąpienia w tej sytuacji przez zamawiającego od podjęcia dalszych czynności wyjaśniających, pomimo dysponowania ku temu narzędziami (umowa łącząca zamawiającego z Markerplanet – Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. z Warszawy, co wynika ze złożonego przez odwołującego pisma Marketplanet z 23.12.2020 r., żądanie wyjaśnień od PTI wobec obowiązku wykazania przez PTI okoliczności, na które się powoływało w reklamacjach) skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że w pierwszej kolejności zamawiający winien zweryfikować prawdziwość informacji podanych przez PTI
w reklamacji z 18.11.2020 r. i 23.11.2020 r., tj. informacji, że *„dokładnie na 3 minuty przed upływem terminu naciśnięty został klawisz podpisz. Czas ten był widoczny na ekranie*" a to ze względu na informację Marketplanet z 23.11.2020 r., że jeszcze o 10^{59} (na 1 minutę przed upływem terminu składania ofert PTI wykonało czynność „uzupełnienia formularza oferty"
i czynność „podglądu oferty", czy rzeczywiście „*system (…) rozpoczął (…) proces aktualizacji komponentów systemu Szafir który trwał prawie 15 minut*", czy wreszcie, że na komputerze nie była w ogóle zainstalowana aplikacja Szafir, a to ze względu na informację Marketplanet
z 23.11.2020 r., że „*Jeżeli aplikacja Szafir nie była przez pewien czas uruchamiana, mogą pojawić się niezbędne aktualizacje (na przykład bibliotek), które będą umożliwiały poprawne złożenie podpisu. Czas realizacji aktualizacji zależy od czynników takich jak np. prędkość łącza internetowego, wydajność komputera, programy antywirusowe. (…) czynność uruchomienia aktualizacji komponentów aplikacji szafir jest każdorazowo decyzją użytkownika. (…)"*

Zamawiający przyjął wszystkie oświadczenia PTI za odpowiadające stanowi rzeczywistemu pomimo, iż PTI nie zaprezentowało nic na ich potwierdzenie. Szczególne wątpliwości budzi oświadczenie o naciśnięciu klawisza „podpisz" na 3 minuty przed upływem terminu składania ofert, a to ze względu na odnotowane przez Marketplanet inne czynności podejmowane później, tuż przed upływem składania ofert (o 10^{59}) oraz oświadczenie o braku instalacji aplikacji Szafir w kontekście informacji Marketplanet, iż „*Jeżeli aplikacja Szafir nie była przez pewien czas uruchamiana, mogą pojawić się niezbędne aktualizacje (…), które będą umożliwiały poprawne złożenie podpisu.*"

Innymi słowy wyjaśnienia wymagało co najmniej, kiedy rzeczywiście doszło do rozpoczęcia podpisywania oferty (o ostatecznej treści), czy istnieje możliwość poprawnego złożenia podpisu przy braku aktualizacji aplikacji Szafir (i wcześniejszej jej instalacji).

Na konieczność instalacji aplikacji Szafir wskazuje nadto złożony przez odwołującego wydruk ze strony internetowej Platformy Marketplanet – „*Sprawdź swój podpis elektroniczny"*, którego elementem jest także „*Oprogramowanie JAVA i aplikacja Szafir Host", „Inicjacja komponentu Szafir", Start komponentu szafir.* Dodatkowo w złożonym przez odwołującego wyciągu z Instrukcji dla Wykonawcy dostępnej na platformie Marketplanet „*Konfiguracja stanowiska pod podpis*", przewiduje się potrzebę zainstalowania brakujących komponentów do przeglądarki na etapie sprawdzenia systemu. Wreszcie w złożonym przez odwołującego wyciągu z Instrukcji dla Wykonawcy dostępnej na platformie Marketplanet „*Finalizowanie składania oferty*" wskazuje się: „*Jeśli postępowanie wymaga podpisu kwalifikowanego system po wciśnięciu „złóż ofertę" [1] będzie uruchamiał komponent do przeglądarki Szafir SDK służący do podpisu*"

Okoliczności te nabierają dodatkowego znaczenia ze względu na możliwość wykonywanie przez PTI czynności z różnych stacji roboczych – w jednym tylko przypadku złożono podpis prawidłowo (o 10^{39} IP 95.40.59.250).

Ocena zamawiającego, ujęta w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, iż PTI
„w sposób przekonujący wykazało, że brak możliwości podpisania oferty nie wynika z przyczyn leżących po jego stronie", wobec całkowicie gołosłownych twierdzeń PTI była nieuzasadniona.

Uzupełniająco odnotować należy, że złożenie przez dwóch wykonawców
w wyznaczonym terminie składania ofert, tj. 18.11.2020 r. do godz. 11^{00}, w tym przez odwołującego o 10^{40}, ofert wskazuje na prawidłowe działanie platformy.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut niezasadnego zaniechania udostępnienia odwołującemu dokumentów złożonych wraz z ofertą i nieprawidłowo zastrzeżonych przez SWPS Uniwersytet Humanistyczno-społeczny jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. Załączników nr 9 i 9a do SIWZ (Wykaz osób), Załączników nr 13 i 13a do SIWZ (Wykaz usług/potencjału), Oświadczenie

o dysponowaniu zasobami, czym zamawiający naruszył przepis art. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W odniesieniu do sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający nie określił warunku (4.2.2 SIWZ).

Zgodnie z rozdziałem 12 SIWZ *„Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert*"
pkt 12.1 zamawiający przewidział ocenę ofert z zastosowaniem trzech kryteriów, w tym dwóch kryteriów pozacenowych, tj. doświadczenie wykonawcy (waga 50%) oraz doświadczenie zespołu wykonawcy dedykowanego do realizacji projektu pilotażowego (waga 40%)

Podstawą przyznania punktów miały być wypełnione wzory: nr 9a – wzór wykazu osób do kryterium oraz nr 13a – wzór wykazu usług/potencjału wykonawcy do kryterium.

.

W Formularzu Ofertowym wykonawca SWPS oświadczył:

- *„w ramach kryterium „Doświadczenie Wykonawcy" (pkt 12.3 SIWZ), wraz z ofertą składamy Załącznik nr 13a do SIWZ, zgodnie z zapisami pkt. 7.11.6 SIWZ.",*
- *„w ramach kryterium „Doświadczenie zespołu Wykonawcy dedykowanego do realizacji projektu pilotażowego" (pkt 12.4 SIWZ), wraz z ofertą składamy Załącznik nr 9a do SIWZ, zgodnie z zapisami pkt. 7.11.7 SIWZ.",*
- *„informacje i dokumenty zawarte w Ofercie na stronach od nr 1 do nr 3 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zastrzegam/y, że nie mogą być one udostępniane. Informacje*
  i dokumenty zawarte na pozostałych stronach Oferty są jawne."
- *„Załącznikami do niniejszego formularza, stanowiącymi integralną część oferty, są:*
  1)JEDZ Uniwersytetu SWPS
  2)Wydruk z rejestru uczelni Polo
  3)Potwierdzenie przelewu wadium
  4)Załączniki nr 9 i 9a do SIWZ Wykazu osób
  5)Załączniki nr 13 i 13a do SIWZ Wykaz usług / potencjału
  6)Oświadczenie o dysponowaniu zasobami
  7)Oświadczenie ws trudności w uzyskaniu potwierdzeń doświadczenia Wykonawcy.
  8)Oświadczenie o tajemnicy przedsiębiorstwa.
  9)Pełnomocnictwo Prorektor ds. nauki do reprezentowania w postępowaniu"

Wraz z ofertą SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny z Warszawy, w celu potwierdzenie ustanowionych warunków udziału w postępowaniu złożył, wypełnione
wg wzorów opracowanych przez zamawiającego, stanowiących załączniki do SIWZ, wykaz osób (nr 9) oraz wykaz usług (nr 13), a także „*Oświadczenie o dysponowaniu zasobami*" (wskazane w Formularzu ofertowym pod pozycją 6).

Nadto, w celu uzyskania punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert złożył z 9a i 13a.
Wykonawca SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny z Warszawy w następujący sposób uzasadnił zastrzeżenie dokumentów:
„Oświadczam, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w zamówieniu publicznym prowadzonym przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości pt. Usługa przeprowadzenia projektu pilotażowego „AI4Youth" w ramach Programu Operacyjnego Inteligentny Rozwój 2014 – 2020, Priorytet 2: Wsparcie otoczenia i potencjału przedsiębiorstw do prowadzenia działalności B+R+I Działanie 2.4: „Współpraca w ramach krajowego systemu innowacji" PO IR Poddziałanie 2.4.1 inno_LAB – Centrum analiz i pilotaży nowych instrumentów.
wnosimy o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu załączonej do dokumentacji przetargowej:
1.Oferty Uniwersytetu SWPS,
2.oraz załączników 13 i 13a. wykaz usług / potencjał z załącznikami
Zawarte w ofercie i załącznikach informacje nie były i nie są ujawnione, zarówno w odniesieniu do szczegółowych opisów celów i efektów projektów, sytuacji finansowej uczelni oraz specyfikacji autorskich narzędzi i opisu oferty Uniwersytetu SWPS. Część z nich jest objęta ochroną własności intelektualnej i podlega komercjalizacji.
Ponadto zaproponowany wykaz i opis potencjału zawiera dane wrażliwe dla interesu ekonomicznego uczelni, powstał w oparciu niepublikowane dane finansowe, zakres merytoryczny oferty studiów i wykazu partnerów biznesowych uczelni."
Pismem z 27.11.2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę SWPS, że *„odtajnił (…) Ofertę – Formularz Ofertowy (Załącznik nr 4 do SIWZ), złożoną w przedmiotowym postępowaniu, zastrzeżoną przez Wykonawcę na stronach 1-3 jako tajemnicę jego przedsiębiorstwa."*
04.12.2020 r. (w odpowiedzi na wniosek odwołującego z 02.12.2020 r.) zamawiający odmówił odwołującemu udostępnienia „pełnej Oferty" oraz „załączników 13 i 13a wykazu usług/potencjału wraz z załącznikami" wykonawcy SWPS, podając, że wykonawca ten
w załączonym do oferty uzasadnieniu wykazał, że informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
Zamawiający nie udostępnił złożonych przez SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny z Warszawy: wypełnionych wzorów załączników: 9, 9a, 13, 13a, „Oświadczenia o dysponowaniu zasobami", uznając skuteczność zastrzeżenia informacji zawartych w ww. dokumentach jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Analizując treść pisma wykonawcy SWPS „Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa", w pierwszej kolejności nasuwa się spostrzeżenie, że uzasadnienie to jest lakoniczne – jak wskazał odwołujący „*sprowadza się do trzech zdań*" (str. 11 odwołania XIII.1) – począwszy od „*Zawarte w ofercie (…)* do „*wykazu partnerów biznesowych uczelni".*

I choć oczywiście sam ten fakt nie oznacza, że takie uzasadnienie nie może być skuteczne, to jednak ma znaczenie o tyle, że każde zdanie staje się tym bardziej ważkie,
a przez to winno być jednoznaczne.

Tymczasem treść uzasadnienia wykonawcy SWPS budzi wątpliwości.
Po pierwsze, wskazany cel „*wykazania spełniania warunków udziału*" jest nie do pogodzenia z zastrzeżeniem załącznika nr 13a, który stanowić miał „jedynie" podstawę przyznania punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert [załącznikami składanymi w celu potwierdzenia spełnienia warunków miały być załączniki 9 i 13 oraz ewentualnie zobowiązanie podmiotu trzeciego (oświadczenie o dysponowaniu zasobami)]. Jest to także nie do pogodzenia z zastrzeżeniem informacji w doniesieniu do „sytuacji finansowej uczelni" ze względu na fakt, że zamawiający nie ustanowił w

postępowaniu żadnego warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy.

Po drugie, czy rzeczywiście wykonawca SWPS chciał zastrzec załączniki 9 i 9a skoro nie wymienił ich w uzasadnieniu, jak uczynił to wprost w odniesieniu do załączników 13 i 13a, a przecież wszystkie należy zakwalifikować albo jako załączniki do oferty sensu stricte (załączniki do Formularza Ofertowego), albo, że stanowią ofertę sensu largo (Formularz Ofertowy i wszystkie inne dokumenty złożone przez wykonawcę).

Po trzecie, co wykonawca SWPS rozumie pod pojęciem „Oferta Uniwersytetu SWPS":

- jedynie Formularz Ofertowy, na co wskazywałaby treść z tego formularza: *„informacje i dokumenty zawarte w Ofercie na stronach od nr 1 do nr 3 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa"* oraz wskazanie jako załączników do oferty załączników nr 9, 9a, 13, 13a i oświadczenia o dysponowania zasobami, a także treść samego uzasadnienia,

  w którym użyto sformułowania: „*Zawarte w ofercie i załącznikach informacje*".
- Formularz Ofertowy wraz z załącznikami, na co wskazywałaby treść z tego formularza:

  „Załącznikami do niniejszego formularza, stanowiącymi integralną część oferty, są (…)"

Co więcej, niewiadomym pozostaje, które konkretnie informacje we wskazanych dokumentach wymagają ochrony, ponieważ wykonawca SWPS nie powiązał informacji z ich wystąpieniem w zastrzeganych dokumentach. Tytułem przykładu, o który dokument
i informacje o jakiej konkretnie treści chodzi wykonawcy SWPS, gdy wskazuje „*Część z nich objęta jest ochroną własności intelektualnej i podlega komercjalizacji*", w sytuacji gdy
w zadaniu poprzedzającym mowa i o szczegółowych opisach celów i efektów projektów,
i o sytuacji finansowej uczelni, i o specyfikacji autorskich narzędzi i opisu oferty ?

Rolą zamawiającego jest jedynie ocena zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia, w żadnym jednak przypadku „wyręczanie" wykonawcy, poprzez w szczególności „przypisywanie informacji" do „dokumentów" oraz argumentacji do zastrzeganych informacji.

Wątpliwości te obciążają wykonawcę SWPS, który zobligowany był, zgodnie
z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, do wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie mogą być interpretowane na jego korzyść ze względu na wyrażoną w przepisie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia, od której odstąpienie stanowi wyjątek.
Jak ujął to sam zamawiający, we wzorze Formularza Ofertowego, *„W przypadku utajnienia oferty Wykonawca nie później niż w terminie składania ofert zobowiązany jest wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w szczególności określając, w jaki sposób zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 11 ust 2 ustawy
z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1010), zgodnie z którym tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi określona informacja, jeżeli spełnia łącznie 3 warunki:
1)ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest to inna informacja mająca wartość gospodarczą,
2)nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3)podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności."*

Tym samym obowiązkiem wykonawcy SWPS było wykazanie wskazanych powyżej trzech przesłanek.

W kontekście obowiązku wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa podnieść należy, co podkreślano już w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że wykazanie „jest czymś więcej" niż tylko złożeniem przez wykonawcę oświadczenia/oświadczeń. W przeciwnym przypadku ustawodawca w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzestałby na obowiązku wskazania przez wykonawcy – złożenia oświadczenia, które informacje, czy dokumenty zastrzega.
Wykonawca SWPS nie poparł swoich oświadczeń żadnymi dokumentami czy to wewnętrznymi (funkcjonujące u wykonawcy procedury w celu zachowania informacji
w poufności), czy zewnętrznymi (umowy z partnerami biznesowymi uczelni zawierającymi klauzule w zakresie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa).
Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby podzielił stanowisko i argumentację odwołującego, iż:

1. uzasadnienie w sposób ogólnikowy obejmuje całość złożonej przez SWPS oferty, uzasadnienie nie odnosi się konkretnie do każdego z faktycznie zastrzeżonych dokumentów czy informacji, ani nie wskazuje odrębnie na ich charakter ani wartość gospodarczą, w żaden sposób nie nawiązuje do konkretnych informacji zawartych i utajnianych w dokumentach,
2. wykonawca wymienia w uzasadnieniu kategorie informacji podlegające ochronie, które nie podlegały przedstawieniu w złożonych dokumentach, takie jak np. „sytuacja finansowa uczelni", „specyfikacja autorskich narzędzi i opisu oferty," co świadczy o abstrakcyjnym charakterze dokonanego zastrzeżenia, nie wykazującym rzeczywistego charakteru zastrzeganych informacji,
3. wykonawca nie wskazuje na charakter zastrzeganych informacji ani na czym dokładnie polega ich wartość gospodarcza, brak wykazania, iż wykonawca podejmuje jakiekolwiek działania w celu zachowania przedmiotowych informacji w poufności – sam fakt, iż informacje „nie były i nie są ujawnione", nie świadczy o tym, iż są to informacje, które podlegają ochronie właściwej dla tajemnicy przedsiębiorstwa ani, że przez sam ten fakt nabywają taki walor. Wykonawca nie wskazał, że informacje nie podlegają ujawnieniu w żadnym z przewidzianych trybów, np. w trybie dostępu do informacji publicznej, i że nikt nie mógłby ich uzyskać w sposób zgodny z prawem. Brak ich dotychczasowego i aktualnego ujawnienia nie jest równoznaczny z podejmowaniem przez wykonawcę należytych starań i środków w celu utrzymania tego faktu i ochrony dostępu do przedmiotowych informacji,
4. nie sposób wskazać, w jakim zakresie prawa autorskie czy inny rodzaj ochrony własności intelektualnej miałyby odnosić się do wypełnionych przez wykonawcę wykazów osób i usług czy też dokumentu dotyczącego dysponowania zasobami, nawet gdyby uznać taką możliwość, ciężar ich prawidłowego oznaczenia i wydzielenia ze złożonych dokumentów spoczywa na wykonawcy zobowiązanym do ich ochrony – wskazanie, iż prawami autorskimi chroniona jest „część" przedstawionych informacji nie stanowi skutecznego zabezpieczenia ich przed nieuprawnionym ujawnieniem,
5. objęcie określonych informacji bliżej niedoprecyzowaną ochroną własności intelektualnej nie jest równoznaczne z wypełnieniem przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa i odmową ich udostępnienia w ramach prowadzonego postępowania o zamówienie, objęcie prawami autorskimi nie stanowi podstawy wyłączenia jawności postępowania w ramach art. 8 ust. 3 ustawy Pzp,

6.wskazanie, iż część informacji „podlega komercjalizacji” nie stanowi przesłanki do ich ochrony i uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż co do zasady udział
w postępowaniu o udzielenie zamówienia wiąże się ze sprzedażą dóbr i usług na zasadach rynkowych, zaś jeśli argument wykonawcy miał odnosić się specyficznie do komercjalizacji wyników badań czy technologii, to tego typu informacje nie podlegają ujawnieniu w ramach składanej w postępowaniu oferty, w szczególności w ramach dokumentów dotyczących zasobów wykonawcy i wykazania spełniania określonych
w postępowaniu warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert,

7.w odniesieniu do wskazanego odrębnie w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentu wykaz i opis potencjału, poza ogólnym stwierdzeniem, iż zawiera on dane wrażliwe dla interesu ekonomicznego uczelni, wykonawca nie precyzuje i udowadnia, na czym polega ich sensytywny charakter czy wartość gospodarcza; wskazanie, iż wykaz powstał w oparciu o niepublikowane dane finansowe nie znaczy, iż zawarte
w nim informacje są poufne czy nawet, iż ujawniają takie niepublikowane dane
w zakresie mogącym przynieść wykonawcy szkodę. Natomiast, co do merytorycznego zakresu oferty studiów, czy wykazu partnerów biznesowych uczelni – dane te nie są informacjami niepodlegającymi ujawnieniu i chronionymi ze względu na ich wartość gospodarczą. Przeciwnie dane te, podobnie zresztą jak pozostałe wskazywane
w wykazach informacje, zarówno w zakresie kadry, jaką dysponuje wykonawca, jak
i co do zrealizowanych projektów/usług, stanowią dane nie tylko powszechnie dostępne lub takie, które łatwo można pozyskać, ale zapewne w znacznym zakresie są publikowane i rozpowszechniane przez samego wykonawcę lub osoby, których dotyczą, w celu promocji kompetencji i działalności.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Ze względu na potwierdzenie się obu ujętych odwołaniem zarzutów, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia15 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:……....