

Sygn. akt: KIO 1147/23

WYROK

z dnia 9 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszekiewicz

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2023 roku przez wykonawcę M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZUIS M. J. (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Elektrociepłownia „Zielona Góra” S.A.

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – M. J. prowadzącego działalność

gospodarczą pod nazwą ZUIS M. J., w następujący sposób:

- a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście

tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZUIS M. J. tytułem wpisu od odwołania,

- b) zasądza od Odwołującego – M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod

nazwą ZUIS M. J. na rzecz - Zamawiającego – Elektrociepłownia „Zielona Góra” S.A. z siedzibą w Zielonej Górze kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejszy wyrok -w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 1147/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Elektrociepłownia „Zielona Góra” S.A. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: „Zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na usługi, w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługi w ramach montażu, demontażu oraz modernizacji węzłów ciepłowniczych wraz z ich infrastrukturą na terenie Zielonej Góry” nr POST/PEC/PEC/ZWZ/00115/2023 Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 151347-2023, w dniu 13 marca 2023 r.

Dnia 24 kwietnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.; dalej jako: „Pzp”) odwołanie złożył Wykonawca M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZUIS M. J. (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na uznaniu, że przedmiotowe postępowanie nie podlega unieważnieniu na podstawie przepisu art. 255 pkt 6 Pzp, pomimo że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp wobec wystąpienia przesłanek przewidzianych w tym przepisie, tj. wobec faktu, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 64 Pzp poprzez wadliwe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób ograniczający dostęp do zamówienia ze względu na przygotowanie i udostępnienie wadliwego narzędzia do komunikacji elektronicznej

uniemożliwiającego Odwołującemu złożenie oferty w dacie wyznaczonej na składanie ofert,

2) art. 255 pkt 6) w zw. z art. 266 oraz art. 459 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, kiedy Zamawiający powziął informację, że Odwołujący nie miał możliwości złożenia oferty wobec problemów technicznych nie leżących po jego stronie, a zaistniałych po stronie Zamawiającego,

co w rezultacie spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i uniemożliwiło konkurowanie w ramach prowadzonego postępowania,

3) art. 16 Pzp w związku z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez uniemożliwienie zainteresowanemu wykonawcy złożenia oferty.

Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi w ramach montażu, demontażu oraz modernizacji węzłów ciepłowniczych wraz z ich infrastrukturą na terenie Zielonej Góry”, 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania

odwoławczego,

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 Pzp, bowiem zaniechanie Zamawiającego polegające na niezapewnieniu poprawnie działających środków komunikacji z wykonawcami uniemożliwiło mu skuteczne złożenie oferty, a co za tym idzie uniemożliwiło mu branie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – co z kolei spowodowało utratę możliwości realizacji zamówienia przez Odwołującego, co istotnie godzi w jego interes ekonomiczny związany z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, tj. 10 dni od terminu wyznaczonego na składanie ofert, w którym to terminie zdaniem Odwołującego ze względu na wadliwie działającą platformę zakupową Zamawiającego nie doszło do terminowego złożenia przez Odwołującego oferty.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający w prowadzonym postępowaniu, wskazał w Specyfikacji Warunków Zamówienia, że termin składania ofert oznacza do dnia 14 kwietnia 2023 r., do godziny 10.00. Oferty, zgodnie z pkt 22 SWZ należało złożyć na platformie zakupowej Zamawiającego, co zgodnie z instrukcją tej platformy wymagało zarejestrowania na niej konta (platforma System Zakupowy GK PGE). Odwołujący wskazał, że zarejestrował konto na wskazanej platformie zakupowej zgodnie z

wymogami Zamawiającego wcześniej tj. 13 marca 2023 r. Odwołujący zauważył, że do dnia 14 kwietnia 2023 r. (tj. do dnia oznaczonego jako dzień graniczny na składanie ofert), wielokrotnie korzystał z platformy zakupowej Zamawiającego, działając jako pełnomocnik przedsiębiorcy ZAKŁAD USŁUGOWY INSTALACJE SANITARNE L. J. .

Odwołujący w złożonym odwołaniu podniósł, że aby skutecznie złożyć ofertę Zamawiający wymaga, aby w miejscu oznaczonym na platformie zakupowej wykonawca nacisnął przycisk „złóż ofertę”. Po naciśnięciu tego przycisku Odwołujący otrzymał z systemu informację zwrotną o rzekomo nieprawidłowym oprogramowaniu. Okoliczność ta jest zdaniem Odwołującego nieprawdziwa, twierdzi on bowiem, że wcześniej nie otrzymywał takich informacji, a sprzęt, z którego korzystał do tej pory był tym samym sprzętem, a więc w jego ocenie miał wszystkie kompletne komponenty. Po przeinstalowaniu zgodnie z żądaniem programu Zamawiającego Odwołujący ponownie nacisnął przycisk „Złóż ofertę” i ponownie otrzymał od programu odpowiedź zwrotną o nieprawidłowym działaniu. W tych okolicznościach niezwłocznie skontaktował się z helpdesk Zamawiającego, pod numer przez niego wskazany. Helpdesk początkowo nie mógł pomóc Odwołującemu, dopiero po chwili rozpoznał usterkę, jednak wszystkie czynności, które umożliwiły skuteczne złożenie oferty Odwołującemu zakończyły się o godzinie 10.01 – a więc minutę po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego do składania ofert, co w rezultacie spowodowało, że Odwołujący oferty nie złożył. Odwołujący podnosi, że nie miał on wcześniejszej możliwości zweryfikowania, czy oprogramowanie udostępnione przez Zamawiającego działa prawidłowo, a to z tego względu, że nieprawidłowości rozpoczęły się dopiero po naciśnięciu przycisku „złóż ofertę”. Odwołujący bazując na swoich dotychczasowych doświadczeniach z platformą zakupową Zamawiającego był pewien, że ma prawidłowo zainstalowane wszystkie komponenty oprogramowania. Odwołujący wskazał, że platforma zakupowa pozwoliła mu wgrać ofertę i załączniki.

Odwołujący wskazał, że obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie możliwości złożenia ofert wszystkim zainteresowanym wykonawcom. Postępowanie powinno zostać przygotowane i przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Zasada ta dotyczy także zapewnienia odpowiednich narzędzi i rozwiązań technicznych w taki sposób, żeby każdy zainteresowany mógł w postępowaniu złożyć ofertę w każdym czasie przewidzianym w SWZ na jej złożenie. Zamawiający odpowiada za problemy techniczne w infrastrukturze informatycznej podmiotów trzecich, którymi się posługuje - jak za własne. Art. 64 Pzp obowiązuje zamawiającego do takiego udostępnienia środków komunikacji elektronicznej, aby narzędzia i urządzenia

wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do przetargu. Odwołujący podejmował

wiele prób złożenia oferty, lecz pomimo zachowania należytej staranności - przystąpienia do złożenia oferty z odpowiednim wyprzedzeniem, posiadania odpowiedniego doświadczenia w składaniu ofert na tej samej platformie - oferta nie została skutecznie złożona.

Zamawiający w dniu 4 maja 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie podnosi, że w toku prowadzonego przez niego postępowania nieprzerwanie zapewnił poprawnie działające środki komunikacji z wykonawcami umożliwiające im skuteczne złożenie ofert, w szczególności zagwarantował nieprzerwane, niezakłócone działanie Systemu Zakupowego GK PGE - SWPP2 do chwili ogłoszenia postępowania do chwili upływu terminu na składanie ofert - jedynie w dniu 05.04.2023 r. wystąpiły chwilowe problemy w działaniu systemu, które niezwłocznie zostały usunięte. Zamawiający zapewnił profesjonalne wsparcie techniczne w tym zakresie (Help Desk).

Zamawiający wskazał, że Odwołujący przystąpił do działań w Systemie Zakupowym GK PGE - SWPP2 w dniu 14 kwietnia 2023 r. pomiędzy godziną 09:17 a godziną 09:31, przy czym był gotowy do złożenia oferty 14 kwietnia 2023 r. o godzinie 10:01, t.j. już po terminie składania ofert. Do upływu terminu składania ofert złożono skutecznie 1 ofertę, przy czym złożenie oferty nastąpiło o godz. 9:40 w dniu składania ofert (14.04.2023 r.), co potwierdza poprawność funkcjonowania środków komunikacji z wykonawcami umożliwiającymi im skuteczne złożenie ofert w dniu oraz w czasie kiedy swoją ofertę próbował złożyć Odwołujący. Zamawiający podkreślił, że w SWZ przewidział następujące postanowienia:

2.10. Zaleca się, aby Wykonawca stosował do elektronicznego podpisywania dokumentów i oświadczeń certyfikowane programy do składania Podpisu elektronicznego. Nie dopuszcza się podpisywania dokumentów i oświadczeń przy użyciu podpisu zaufanego za pośrednictwem ePUAP. Zaleca się, aby Wykonawca po zarejestrowaniu się i zalogowaniu w Systemie Zakupowym GK PGE zweryfikował poprawność posiadanego Podpisu elektronicznego wybierając z głównego menu zakładkę „Sprawdź podpis”.

2.16. System, po upływie terminu składania Ofert, nie dopuści możliwości złożenia Oferty, tyl samym zaleca się przygotowanie i złożenie Oferty z odpowiednim wyprzedzeniem.

22.11. Oferty powinny być złożone za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE, w terminie do dnia 14.04.2023 r. do godziny 10:00. Wykonawcy proszeni są o składanie dokumentów w Systemie Zakupowym GK PGE z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym. Moment złożenia Oferty / wniosku następuje wraz z zakończeniem procesu składania, tj. po kliknięciu na przycisk „Złóż wniosek / ofertę”, elektronicznym podpisaniu Formularza Oferty kwalifikowanym Podpisem elektronicznym.

Zamawiający wskazał, że weryfikacji poprawności posiadanego Podpisu elektronicznego można dokonać wybierając z głównego menu zakładkę „Sprawdź podpis” na stronie: . Strona nie wymaga logowania, a więc nie zawiera logów. Natomiast z informacji przekazanych Zamawiającemu przez dostawcę tej funkcjonalności OnePlace wynika, że konsultant Help Desk przeprowadził z Odwołującym w dniu 14.04.2023 r. bezpośrednio przed godziną 10:00 (upływ terminu składania ofert) test jego podpisu elektronicznego na platformie OnePlace. Test dał wynik negatywny. Następnie za szczególnymi wskazaniami konsultanta Help Desk, Odwołujący zainstalował brakujące oprogramowanie, zresetował komputer i ponownie przeprowadził test podpisu – wynik był pozytywny. Zdaniem Zamawiającego jedyną, bezpośrednią przyczyną uniemożliwiająca Odwołującemu skuteczne złożenie jego oferty pozostawała wyłącznie po stronie Odwołującego i była spowodowana przez brak poprawnie skonfigurowanej przez Odwołującego przeglądarki internetowej i oprogramowania Java na jego stacji roboczej, co było niemożliwe do usunięcia przez służby techniczne Zamawiającego w czasie od ich zgłoszenia do upływu terminu składania ofert. Zamawiający podnosi, że za powyższe okoliczności nie sposób go obwiniać, ponieważ ze swojej strony dołożył wszelkiej staranności o profesjonalnym charakterze w celu zapewnienia pełnego i nieprzerwanego funkcjonowania środków komunikacji z wykonawcami umożliwiającymi im skuteczne złożenie ofert (SWPP2). Niepowodzenie w złożeniu oferty wynika więc wyłącznie z winy Odwołującego, który zbyt późno przystąpił do składania oferty, przy tym pominał wcześniejsze przygotowanie i zweryfikowanie poprawnego działania jego stacji roboczej, co w SWZ rekomenduje Zamawiający.

Zamawiający wskazał, że podpis elektroniczny, którym posługiwał się Odwołujący został wydany w marcu 2023 r., zaś ZAKŁAD USŁUGOWY INSTALACJE SANITARNE L. J. w żadnym z postępowań którymi się interesował, co najmniej od pół roku nie złożył oferty wymagającej kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Odwołujący zarejestrował się na platformie SWPP2 22 marca 2023 r., a nie jak twierdzi 13 marca 2023 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń,

a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który zamierzał złożyć ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Zaniechanie czynności przez Zamawiającego, do których był w ocenie Odwołującego zobowiązany, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 14 kwietnia o godzinie 10.00 upływał termin wyznaczony przez Zamawiającego na składanie ofert w postępowaniu pn. „Usługi w ramach montażu, demontażu oraz modernizacji węzłów ciepłowniczych wraz z ich infrastrukturą na terenie Zielonej Góry” nr POST/PEC/PEC/ZWZ/00115/2023 Odwołujący zalogował się do Systemu Zakupowego Zamawiającego w dniu 14 kwietnia 2023 r. o godzinie 8.45 w celu złożenia oferty. W pierwszej kolejności Odwołujący wykonał czynności polegające na wgraniu oferty wraz z załącznikami do Systemu. Załączniki zostały podpisane przez Odwołującego posiadającym przez niego podpisem elektronicznym. Czynność ta została wykonana poza Systemem Zakupowym Zamawiającego. Następnie Odwołujący przystąpił do złożenia oferty. Czynność tę rozpoczął o godzinie 9:17 Po naciśnięciu ikony „złóż ofertę” Odwołującemu wyświetlił się komunikat informujący o nieprawidłowym oprogramowaniu niezbędnym do złożenia oferty. Odwołujący próbował we własnym zakresie wgrać niezbędne oprogramowanie naciskając ikonę „pobierz”, a następnie resetując komputer. Czynności te jednak nie przyniosły oczekiwanego rezultatu. Następnie Odwołujący skontaktował się z Zamawiającym. Próba kontaktu pod wskazany przez przedstawiciela Zamawiającego numer telefonu nie powiodła się. Po ponownym kontakcie z Zamawiającym Odwołujący otrzymał numer do Help Desk obsługującego przedmiotowe postępowanie. Przy pomocy konsultanta

Odwołujący dokonał instalacji niezbędnego oprogramowania. Czynność ta zakończyła się o godzinie 10:01, tj. po upływie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu składania ofert, w związku z czym Odwołujący nie mógł skutecznie złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Izba nie podziela zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nie sposób się zgodzić z Odwołującym, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia art. 64 Pzp poprzez wadliwe przygotowanie i przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób ograniczający dostęp do zamówienia ze względu na przygotowanie i udostępnienie wadliwego narzędzia do komunikacji elektronicznej uniemożliwiającego Odwołującemu złożenie oferty w dacie wyznaczonej na składanie ofert. Zarówno z dokumentacji postępowania, jak i oświadczeń złożonych przez Strony podczas rozprawy jasno wynika, że powodem niemożności złożenia oferty przez Odwołującego był brak zainstalowanego oprogramowania Java oraz kontrolki, które to komponenty były niezbędne do prawidłowego złożenia podpisu pod ofertą. System Zakupowy Zamawiającego działał prawidłowo, nie odnotowano awarii zarówno w czasie podejmowania przez Odwołującego próby złożenia oferty, jak i w czasie bezpośrednio poprzedzającym. Odwołujący podnosi w złożonym odwołaniu, że nie miał wcześniej możliwości zweryfikowania, czy oprogramowanie udostępnione przez Zamawiającego działa prawidłowo, a to z tego względu, że nieprawidłowości rozpoczęły się dopiero po naciśnięciu przycisku „złóż ofertę”. Działania oprogramowania udostępnionego przez Zamawiającego nie można zatem zdaniem Odwołującego sprawdzić wcześniej, a dopiero w chwili faktycznego złożenia oferty przy użyciu wskazanego przycisku. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Z pkt 2.4 SWZ wynika, że:

„2.4 Szczegółowe wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu, w tym wymagania aplikacyjno-sprzętowe oraz instrukcje dla Wykonawców dotyczące składania Ofert / wniosków opisane zostały w instrukcjach zamieszczonych na stronie

- dla użytkowników posiadających konto i zalogowanych na stronie internetowej w zakładce „Baza Wiedzy” (zwłaszcza w sekcji „Dokumenty”) oraz w zakładce „Strefa publiczna”, sekcja „Pytania i odpowiedzi/FAQ”;
- dla użytkowników niezalogowanych na stronie internetowej w zakładce „Inne informacje i ogłoszenia o Postępowaniach (w tym ogłoszenia okresowe). Regulacje zakupowe” oraz w zakładce „Pytania i odpowiedzi/FAQ”.

Wszelkie informacje dotyczące sposobu rejestracji i logowania do Systemu znajdują się pod adresem internetowym w zakładce „Pytania i odpowiedzi/FAQ”.

Zamawiający informuje o konieczności zapoznania się również z dokumentem regulującym „Zasady korzystania z Systemu GK PGE obsługującego proces zakupowy w GK PGE” (dokument dostępny na stronie pgeenergiciepla.pl w zakładce Przetargi).”

Powyższe postanowienie wyraźnie wskazuje, gdzie można uzyskać informację o szczegółowych wymaganiach technicznych obowiązujących w przedmiotowym postępowaniu. Jedno z pytań widniejących w rubryce „Pytania i

odpowiedzi/FAQ" brzmi: „Jakie są minimalne wymagania sprzętowe, aby korzystać z Systemu Zakupowego GK PGE”. W odpowiedzi jest zawarta zarówno informacja o niezbędnych komponentach kontrolki podpisu elektronicznego, jak i konieczności zainstalowania na komputerze środowiska uruchomieniowego Java. Co więcej, jak wynika zarówno z treści zacytowanego wyżej postanowienia SWZ, jak i oświadczenia złożonego przez Zamawiającego na rozprawie, przed założeniem konta na Platformie Zakupowej Zamawiającego niezbędne jest potwierdzenie zapoznania się z regulaminem korzystania z Systemu GK PGE. W regulaminie tym są wskazane konkretne wymagania, jakie musi spełniać stacja robocza, w szczególności jeśli mamy do czynienia z potwierdzeniem kwalifikowanym podpisem elektronicznym, wówczas jednym z takich wymogów jest oprogramowanie Java.

W pkt 2.10 SWZ wskazano:

„Zaleca się, aby Wykonawca stosował do elektronicznego podpisywania dokumentów i oświadczeń certyfikowane programy do składania Podpisu elektronicznego. Nie dopuszcza się podpisywania dokumentów i oświadczeń przy użyciu podpisu zaufanego za pośrednictwem ePUAP. Zaleca się, aby Wykonawca po zarejestrowaniu się i zalogowaniu w Systemie Zakupowym GK PGE zweryfikował poprawność posiadanego Podpisu elektronicznego wybierając z głównego menu zakładkę „Sprawdź podpis”.”

Z załączonego do odpowiedzi na odwołanie nagrania zawierającego zapis przebiegu rozmowy konsultanta Help Desk wynika, że Odwołujący nie dokonał sprawdzenia podpisu. W ocenie Izby jest to działanie co najmniej lekkomyślne, jeżeli nie niedbałe ze strony przedsiębiorcy, którego należy traktować, jako profesjonalistę w obrocie gospodarczym. Podpis, którym Odwołujący posługiwał się podczas próby złożenia oferty został wydany w marcu 2023 r. Nie został on od tego czasu użyty w żadnym postępowaniu prowadzonym w Systemie Zakupowym Zamawiającego. Chociażby z tego powodu zasadnym wydawałoby się uprzednie sprawdzenie prawidłowości działania podpisu w przedmiotowym postępowaniu, które było pierwszym, w którym nowowydany podpis miał zostać użyty. Odwołujący co prawda podaje, że działał jako pełnomocnik przedsiębiorcy ZAKŁAD USŁUGOWY INSTALACJE SANITARNE L. J. i w imieniu tego przedsiębiorcy wcześniej składał oferty w Systemie Zakupowym Zamawiającego. Jak wynika jednak z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie oraz oświadczenia Zamawiającego podczas rozprawy, w ciągu przynajmniej ostatniego pół roku przedsiębiorca ten nie brał udziału w żadnym postępowaniu

prowadzonym w Systemie Zakupowym Zamawiającego. Odwołujący podczas rozprawy przyznał, że tak naprawdę korzystał za wiedzą i przyzwoleniem swojego taty z jego podpisu elektronicznego. Zdaniem Izby ma to istotne znaczenie, ponieważ problem w przedmiotowym postępowaniu dotyczył oprogramowania niezbędnego do złożenia podpisu elektronicznego pod ofertą, a oferta była podpisywana przy użyciu nowowydanego podpisu.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 255 pkt 6) w zw. z art. 266 oraz art. 459 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, kiedy Zamawiający powziął informację, że Odwołujący nie miał możliwości złożenia oferty wobec problemów technicznych nie leżących po jego stronie, a zaistniałych po stronie Zamawiającego, co w rezultacie spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i uniemożliwiło konkurowanie w ramach prowadzonego postępowania. W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie był obowiązany do unieważnienia postępowania z uwagi na powzięcie informacji o niemożności złożenia oferty przez Odwołującego. Aby zaistniała wskazana przez Odwołującego podstawa do unieważnienia postępowania postępowanie musi być obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów regulujących prowadzenie postępowania, a co za tym idzie nie wystąpiła wada. Jak wskazano powyżej problemy techniczne, które spowodowały niemożność złożenia oferty leżały wyłącznie po stronie Odwołującego. Zamawiający w pkt 2.16 SWZ zawarł postanowienie: „System, po upływie terminu składania Ofert, nie dopuści możliwości złożenia Oferty, tym samym zaleca się przygotowanie i złożenie Oferty z odpowiednim wyprzedzeniem.” Tej samej kwestii dotyczy pkt 22.1 SWZ, zgodnie z którym: „Oferty powinny być złożone za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE, w terminie do dnia 14.04.2023 r. do godziny 10:00. Wykonawcy proszeni są o składanie dokumentów w Systemie Zakupowym GK PGE z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym. Moment złożenia Oferty / wniosku następuje wraz z zakończeniem procesu składania, tj. po kliknięciu na przycisk „Złóż wniosek / ofertę”, elektronicznym podpisaniu Formularza Oferty kwalifikowanym Podpisem elektronicznym i wyświetleniu przez System komunikatu „Oferta złożona poprawnie.” Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający w dokumentach postępowania zawarł wszelkie niezbędne informacje dotyczące oprogramowania, które należy mieć wgrane na komputerze. Odwołujący powinien się z nimi dokładnie zapoznać, a nie wychodzić z założenia, że skoro składał kilka lat wcześniej ofertę w imieniu innego przedsiębiorcy, czego w żaden sposób nie udokumentował, że i tym razem oferta zostanie złożona bez problemu. Nawet jeżeli faktycznie Odwołujący dokonał skutecznego złożenia oferty kilka lat wcześniej, powinien zastosować się do poleceń

Zamawiającego zawartych w SWZ tego postępowania. Sam Odwołujący na rozprawie przyznał, że program Java zmienia się około 4 razy w roku. Podpis, którym się posługiwał był jak wskazano powyżej wydany na krótko przed próbą złożenia oferty. Należało się w związku z tym upewnić, z odpowiednim wyprzedzeniem, że będzie on prawidłowo działał w Systemie Zakupowym Zamawiającego. Odwołujący podczas rozprawy przyznał, że podpis pod załącznikami do oferty złożył poza Systemem Zakupowym Zamawiającego. Nie mógł w związku z tym być zdaniem Izby pewny, że zadziała również w tym Systemie.

W przedmiotowym postępowaniu nie doszło również do naruszenia art. 16 Pzp w związku z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez uniemożliwienie zainteresowanemu wykonawcy złożenia oferty. Z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie wynika, że w dniu, w którym upływał termin składania ofert o godzinie 9:40 inny wykonawca (ZEC Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu) złożył ofertę. Jest to czas, kiedy próby złożenia oferty podejmował Odwołujący. Nie ulega w związku z tym wątpliwości, że System Zakupowy

Zamawiającego działał prawidłowo. Wymagania techniczne dla wszystkich wykonawców były jednakowe. W ocenie Izby nie były to wymagania, które w jakimkolwiek stopniu ograniczałyby konkurencję. Jak podał Zamawiający podczas rozprawy korzystał z wersji 8 programu Java m.in. dlatego, że jest ona nieodpłatna, a w związku z tym ogólnodostępna. Wersję tę Zamawiający stosował od przynajmniej dwóch lat. Natomiast kontrolka, którą należało zainstalować była zależna od rodzaju podpisu elektronicznego posiadanego przez Odwołującego. Odwołujący po nieudanej próbie zainstalowania brakującego oprogramowania we własnym zakresie, z niezrozumiałych względów dwukrotnie kontaktował się z Zamawiającym w celu uzyskania numeru kontaktowego do osoby, która udzieli mu wsparcia technicznego. W pkt 2.15 SWZ znalazło się następujące postanowienie:

„Za wsparcie techniczne dla Wykonawców w zakresie obsługi Systemu odpowiada firma Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. Pomoc techniczna oraz obsługa postępowań reklamacyjnych jest realizowana po zgłoszeniu z wykorzystaniem Formularza zgłoszeniowego w Systemie Zakupowym GK PGE, drogą elektroniczną na adres: tel.: +48 22 576 87 87. Pomoc dostępna jest od 8:00 do 17:00 w dni robocze.”

Gdyby Odwołujący skontaktował się od razu z konsultantem Help Desk prawdopodobnie zdążyłby złożyć ofertę w wyznaczonym terminie. Nie sposób jednak obwiniać Zamawiającego za to, że Odwołujący nie przygotował w odpowiedni sposób komputera, z którego korzystał podczas składania oferty. Zamawiający nie ma wpływu na to, jakie oprogramowanie ma wgrane na komputerze każdy z wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu. Dlatego też zamieszcza on wymagania techniczne oraz sugestie dotyczące postępowania, które mają usprawnić i ułatwić składanie ofert.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca: