sygn. akt: **KIO 4628/24**

WYROK

Warszawa, 17 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 grudnia 2024 r. przez wykonawcę IRIZAR E-MOBILITY S.L., Erribera Industria Gunea, 1, 20150, Aduna, Gipúzkoa, Hiszpania, w postępowan prowadzonym przez zamawiającego Kaliskie Linie Autobusowe sp. z o.o., ul. Wrocławska 30-38; 62-800 Kalisz,
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - Solaris Bus & Coach sp. z o.o.,
ul. Obornicka 46; Bolechowo-Osiedle; 62-005 Owińska,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę IRIZAR E-MOBILITY S.L., Erribera Industria Gunea, 1, 20150, Adun Gipúzkoa, Hiszpania i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę IRIZAR E-MOBILITY S.L., Erribera Industria Gunea, 1, 20150, Adun Gipúzkoa, Hiszpania, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Kaliskie Linie Autobusowe sp. z o.o., ul. Wrocławska 30-38; 62-800 Kalisz, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2. zasądza od wykonawcy IRIZAR E-MOBILITY S.L., Erribera Industria Gunea, 1, 20150, Aduna, Gipúzkoa, Hiszpan na rzecz zamawiającego Kaliskie Linie Autobusowe sp.
   z o.o., ul. Wrocławska 30-38; 62-800 Kalisz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego Kaliskie Linie Autobusowe sp. z o.o., ul. Wrocławska 30-38; 62-800 Kalisz, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 4628/24**

Uzasadnienie

Zamawiający – Kaliskie Linie Autobusowe sp. z o.o. - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„Dostawa fabrycznie nowych, niskopodłogowych autobusów miejskich o napędzie elektrycznym z prawem opcji dla Kaliskich Linii Autobusowych Sp. z o.o. w Kaliszu”*.

9 grudnia 2024 roku, wykonawca IRIZAR E-MOBILITY S.L. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 64 ustawy Pzp, przez przeprowadzenie postępowania przy użyciu narzędzia
   i urządzenia komunikacji elektronicznej, które nie spełnia kryterium niedyskryminacji, ogólnodostępności, interoperacyjności oraz które ogranicza dostęp do postępowania
   o udzielenie zamówienia, co skutkowało wystąpieniem problemów technicznych
   w chwili złożenia przez odwołującego oferty, a w konsekwencji nieuwzględnienia oferty odwołującego jako złożonej do upływu terminu składania ofert;
2. art. 222 ust. 1 oraz ust. 5 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie otwarcia oferty odwołującego oraz zaniechanie uwzględnienia oferty odwołującego w postępowaniu jako złożonej w terminie składania ofert, pomimo że odwołujący stosując się do wymagań SWZ składając ofertę spełnił wszystkie techniczne wymagania dotyczące przygotowania oraz sposobu składania oferty w postępowaniu;
3. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania
   w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez przeprowadzenie postępowania przy użyciu narzędzia i urządzenia komunikacji elektronicznej, które nie umożliwiło złożenia oferty w postępowaniu odwołującemu przy jednoczesnym zapewnieniu możliwości złożenia oferty konkurencyjnemu wykonawcy;
4. w przypadku nieuwzględnienia zarzutu, o którym mowa w pkt 2 powyżej - naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo,
   że zostało obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu

umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na nieprawidłowym działaniu narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, co skutkowało złożeniem przez odwołującego oferty uznanej przez te narzędzia i urządzenia za złożoną po wyznaczonym terminie składania ofert.

Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania;

2)uznanie oferty odwołującego za złożoną przed wyznaczonym terminem składania ofert;

3)dokonanie otwarcia oferty odwołującego;

4)zmianę informacji z otwarcia ofert, o której mowa w art. 222 ust. 5 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez uwzględnienie w tej informacji danych dotyczących odwołującego oraz ceny zawartej w złożonej przez odwołującego ofercie;

5)w przypadku nieuwzględnienia żądań, o którym mowa w pkt 2, 3 lub 4 powyżej – unieważnienie postępowania z powodu niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

6)na podstawie art. 573 ustawy PZP zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wniósł również o zobowiązanie na podstawie art. 536 ustawy Pzp Zamawiającego, Urzędu Zamówień Publicznych oraz Administratora technicznego platformy tj. Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa, e-mail: p., tel. +48 22 417 57 10, do przedstawienia dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania:

a)historii logów z platformy zakupowej (zwanej dalej „Platformą zakupową" lub „Systemem") wskazujących na podejmowane przez odwołującego czynności związane z zamieszczaniem, zapisywaniem i wysyłaniem załączników na Platformie zakupowej przed upływem terminu składania ofert;

b)nagrania audio rozmowy z osobą odpowiedzialną za rozwiązywanie problemów technicznych związanych z funkcjonowaniem Platformy zakupowej (rozmowy z 29 listopada 2024 r. godz. 11:00-12:30 numery telefonu 22 458 77 99 (obsługa techniczna Platformy zakupowej) 695 944 512 (osoba odpowiedzialna za złożenie przez odwołującego oferty);

w celu wykazania następujących faktów:

- odwołujący 29 listopada 2024 r. godz. 10:31 dysponował wgranymi i zapisanymi na Platformie zakupowej plikami w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego;

- odwołujący 29 listopada 2024 r. po godzinie 10:31 za pośrednictwem Platformy zakupowej podejmował próby złożenia oferty,

- Platforma zakupowa 29 listopada 2024 r. do upływu terminu składania ofert działała w sposób nieprawidłowy, uniemożliwiający skuteczne złożenie oferty w postępowaniu;

- oferta odwołującego została wysłana do złożenia za pośrednictwem Platformy zakupowej przed upływem terminu składania ofert;

- brak możliwości złożenia oferty 29 listopada 2024 r. do upływu terminu składania ofert wynikał z przyczyn, za które odwołujący nie ponosi odpowiedzialności.

Odwołujący na dzień wniesienia odwołania nie uzyskał samodzielnie ww. dowodów i nie ma pewności, czy ww. podmioty przekażą odwołującemu wymienione dowody, które są istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia stosownie do wymogów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość zawarcia umowy.

W wyniku dokonania przez zamawiającego czynności niezgodnych z przepisami ustawy PZP podjętych w postępowaniu oraz zaniechania czynności w postępowaniu, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, odwołujący zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponieważ jego oferta została uznana za złożoną po upływie terminu składania ofert

Zamawiający 29 listopada 2024 r. rozpoczął czynności w postępowaniu dotyczące badania i oceny wykonawcy konkurencyjnego oraz ocenę jego zdolności podmiotowej. W sytuacji, gdyby oferta odwołującego została uznana za złożoną przed upływem terminu składania ofert i poddana ocenie dysponowałby on szansą na uzyskanie zamówienia publicznego. Na dzień, w którym upływa termin na wniesienie odwołania nie sposób przesądzić, jakie decyzje odnośnie badania i oceny ofert oraz oceny zdolności podmiotowej wykonawców podjąłby zamawiający, w konsekwencji powyższego odwołujący niewątpliwie dysponuje szansą na uzyskanie zamówienia publicznego, zwłaszcza że złożona przez niego oferta jest ofertą najkorzystniejszą cenowo.

Ponadto w przypadku nieuwzględnienia zarzutu, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 powyżej i uznania, iż nie jest możliwe w stanie faktycznym sprawy uznanie oferty odwołującego za złożoną w terminie składania ofert i poddania jej badaniu i ocenie, odwołujący posiada interes w unieważnieniu postępowania. W przypadku unieważnienia postępowania i wszczęcia przez zamawiającego nowego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia odwołujący będzie dysponował możliwością ponownego złożenia oferty w nowym postępowaniu,

a w konsekwencji będzie miał możliwość uzyskania zysku z wykonania tego zamówienia.
Na interes w uzyskaniu zamówienia w przypadku unieważnienia postępowania wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza (m. in. w wyroku z 27 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1173/18). Wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 11 maja 2017 r. (sygn. akt C-131/16) w sprawie Archus et Gama oraz z 5 kwietnia 2016 r. (sygn. akt C-689/13) w sprawie Puligenica Facility Esco wskazują, że wykonawca, który liczy na wszczęcie przez zamawiającego kolejnego postępowania, w którym będzie mógł wziąć udział ma interes we wniesieniu odwołania.

W zakresie dotyczącym szkody należy wskazać, że do wniesienia odwołania wystarczająca jest sama możliwość poniesienia szkody jako prawdopodobne następstwo naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wobec nieprawidłowości w procedurze udzielenia zamówienia publicznego poniesie szkodę polegającą na utracie możliwości uzyskania zamówienia, a zatem zostanie pozbawiony zysku z jego wykonania.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem XVI ust. 1 SWZ termin składania ofert upływał 29 listopada 2024 r.
o godzinie 11:00. Odwołujący z odpowiednim wyprzedzeniem przygotował na Platformie zakupowej dokumenty składające się na ofertę, które zapisał na Platformie w celu ich późniejszego wysłania. 29 listopada 2024 r. o godzinie 10:26 odwołujący wgrał na Platformę zakupową wszystkie załączniki składające się na ofertę z wyjątkiem dokumentu wadium, którego otrzymania oczekiwał (dowód nr 1 i 2). Dokument wadium odwołujący uzyskał chwilę po wgraniu załączników do Systemu. Z uwagi na to, że odwołujący jest wykonawcą mającym siedzibę poza terytorium Rzeczpospolitej Polskiej (Hiszpania) złożenie oferty wiązało się
z uzyskaniem dodatkowych oświadczeń i dokumentów, w szczególności tłumaczeń, aby oferta odpowiadała wymaganiom wynikającym z ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. W konsekwencji powyższego oferta zagranicznego wykonawcy zawsze jest obszerniejsza niż oferty wykonawców mających siedzibę w Polsce, co bezpośrednio wiąże się z koniecznością wgrania na Platformę zakupową większej liczby załączników. Odwołujący będąc świadomym powyższego przygotował ofertę wraz z załącznikami i zamieścił je na Platformie zakupowej, aby jedynie następczo załączyć ostatni z dokumentów potwierdzający wniesienie wadium. Odwołujący kompletując wymagane oświadczenia i dokumenty ze znacznym wyprzedzeniem i wgrywając je do Systemu dochował należytej staranności. ponieważ nie składał oferty „na ostatnia chwilę". O wgraniu o godzinie 10:31 w dniu 29 listopada 2024 r. na Platformę zakupową wszystkich załączników (z dokumentem wadium włącznie) świadczy zrzut z ekranu wykonany 29 listopada 2024 r. godz. 10:31 (dowód nr 3). Należy zauważyć, iż w postępowaniu termin składania ofert oraz termin związania oferta były zmieniane, dlatego też uzyskanie dokumentu wadium odwołujący postanowił uzyskać
w ostatnim kroku kompletowania oferty, skoro zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy pzp wadium musi być utrzymywane nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą.

W związku ze skompletowaniem wszystkich załączników odwołujący przystąpił do procedury złożenia oferty, stosując się do wymagań zamawiającego wyrażonych w SWZ oraz stosując się do postanowień regulaminu Platformy zakupowej i wcisnął przycisk „wyślij".
W systemie wyświetlony został komunikat o treści „przesyłamy Twoją automatycznie zaszyfrowaną ofertę do naszego sejfu Procedura wysyłania załączników została rozpoczęta przed godziną 10:36, o czym świadczą zrzuty ekranu wykonane 29 listopada 2024 r. o godzinie 10:36 oraz 10:37 (dowód nr 4).

Z nieznanych odwołującemu przyczyn system nie przestawał przesyłać dokumentów, procedura ta trwała niestandardowo długo i brak możliwości złożenia oferty zaczął niepokoić odwołującego. Przed długi czas System nie był w stanie przesłać wgranych załączników. Podczas ciągłego przesyłania oferty jednocześnie, z nieznanych odwołującemu przyczyn, wyświetlał się komunikat „*nie udało się nawiązać połączenia z Modułem Ofert i Wniosków*" (dowód nr 4). Podczas wgrywania załączników System nie generował żadnych komunikatów świadczących o nieprawidłowości załączników czy to pod względem ich rozmiaru (żaden
z plików nie przekraczał 150 MB - postanowienia rozdziału XII ust. 4 SWZ), liczby czy programu, w którym zostały sporządzone. Nie wyświetlały się również żadne komunikaty wskazujące na to, iż odwołujący mógłby nie dysponować wymaganymi rozwiązaniami technicznymi. Wszystkie załączniki były sporządzone w formacie PDF, a więc
w standardowym formacie opracowania SWZ i ofert stosowanym w postępowaniach
o udzielenie zamówień publicznych, a ponadto zgodnym z zaleceniami zamawiającego zawartymi w rozdziale XV ust. 7 SWZ. Odwołujący powziął wątpliwość czy wyświetlający się problem w nawiązaniu połączenia z Modułem Ofert i Wniosków mógł wynikać z problemów
z połączeniem z Internetem, lecz ikona wskazująca na niezakłócone połączenie wifi w treści dowodu nr 4 jednoznacznie wskazuje, że połączenie z Internetem nie zostało zakłócone. Odwołujący dysponował połączeniem internetowym na poziomie - pobieranie 406,39 Mb/s; wysyłanie - 339.87 Mb/s (dowód nr 5), co jest wysokim wynikiem. Połączenie na tym poziomie powinno umożliwić sprawne złożenie oferty.

Należy wskazać, że System jednocześnie:

- był w trakcie przesyłania plików, na co wskazuje komunikat „*przesyłamy Twoją automatycznie zaszyfrowaną ofertę do naszego sejfu*”,

- wyświetlał brak możliwości nawiązania połączenia z Modułem Ofert i Wniosków,

w związku z czym odwołujący nie wiedząc, dlaczego System nie może przesłać plików, stanął przed wyborem podjęcia ponownej próby przygotowania i przesłania oferty albo kontynuacji oczekiwania na złożenie oferty. W związku z tym, że przesyłanie oferty trwało niestandardowo długo odwołujący zdecydował się na próbę ponownego złożenia oferty poprzez usunięcie wszystkich załączników, ponowne wgranie załączników i podjęcie kolejnej próby złożenia oferty. Przed przystąpieniem do ponownego wgrania załączników i złożenia oferty odwołujący dokonał wylogowania z Platformy zakupowej i laptopa, ponownie go uruchamiając i ponownie logując się na Platformę zakupową. Pracownik odpowiedzialny za złożenie oferty jednocześnie kontaktował się również z innymi pracownikami w celu ustalenia, czy ktokolwiek i kiedykolwiek spotkał się z tego rodzaju problemem. Wobec bezskuteczności podejmowanych prób złożenia oferty odwołujący przypuszczając, że problem może wynikać
z dużej liczby załączników przystąpił do ich usuwania w oczekiwaniu, że to działanie przyczyni się do nawiązania połączenia z Modułem Ofert i Wniosków. Odwołujący wciskał okienko wyślij aż do momentu, kiedy System rozpoczął wysyłkę danych. W związku z tym, że zbliżała się godzina 11;00, z którą upływał termin składania ofert odwołujący nie mając więcej czasu na podejmowanie kolejnych prób rozwiązania problemu zdecydował się na nagranie procedury wysyłania oferty. Nagranie stanowiące dowód nr 6 jednoznacznie wskazuje, że o godzinie 10:59 System przesyłał ofertę. W pewnym momencie informacje w Systemie zmieniły się
i wskazywały na złożenie oferty, jednakże oferta uzyskała status „*przekroczony termin składania*” (dowód nr 7). Wizualizacja elektronicznego przesłania wygenerowana w Systemie wskazuje na czas otrzymania 2024-11-29T11:00:05.000+1:00 (dowód nr 8). Z dowodu wynika. że wskutek nieprawidłowości w działaniu Systemu oferta została zarejestrowana przez System jako złożona o godzinie 11:00:05.

Odwołujący nie zna przyczyn, z powodu których System nie poradził sobie z połączeniem z Modułem Ofert i Wniosków, co w konsekwencji z przyczyn niezależnych od odwołującego skutkowało wydłużeniem całej procedury złożenia oferty. Odwołujący wielokrotnie przy użyciu różnych platform zakupowych skutecznie składał w innych postępowaniach oferty nawet
w przypadku, gdy liczba załączanych plików była znaczna. Wyświetlane komunikaty wskazują, że wystąpił problem z połączeniem z Modułem Ofert i Wniosków w związku z czym problem wynikał z przyczyn technicznych bezpośrednio związanych z funkcjonowaniem Platformy zakupowej. Odwołujący stosownie do instrukcji składania oferty zamieszczonej w Systemie miał świadomość, że proces składania oferty mógł potrwać dłuższy czas i dlatego
z odpowiednim wyprzedzeniem oferta wraz z załącznikami została skompletowana i wysłana. W instrukcji składania oferty zamieszczonej na Platformie zakupowej (strona 16 dokumentu „Instrukcja interaktywna” dostępnego pod adresem widnieje informacja o komunikatach występujących podczas składania oferty wraz z informacją graficzną wskazującą, co dokładnie powinno zostać wyświetlone. Wśród wszelkich informacji dostępnych w tej instrukcji brak jest wskazania jak należy traktować komunikat dotyczący braku możliwości połączenia się
z Modułem Składnia Ofert i Wniosków. Odwołujący poniżej zamieszcza zrzut z ekranu wskazujący informacje pochodzące z instrukcji odnośnie procedury składania oferty. Jak wynika z załączonych dowodów komunikat uzyskany przez odwołującego różnił się od komunikatu zamieszczonego w instrukcji.

Skoro treść instrukcji nie wskazuje żadnych informacji odnośnie nawiązywania połączenia z Modułem Ofert i Wniosków powyższe oznacza, iż w momencie składania przez odwołującego oferty wystąpiły nieprawidłowości w działaniu Systemu spowodowane okolicznościami niezależnymi od odwołującego. Skoro odwołujący przystąpił do składania oferty na 30 minut przed upływem terminu jej złożenia należy uznać, że wyłączne dodanie jednego dokumentu do zapisanych uprzednio załączników i naciśnięcie przycisku „wyślij" obiektywnie było czasem wystarczającym do złożenia oferty. W konsekwencji System w tym czasie powinien umożliwić przesłanie wszystkich wymienionych plików. Skoro pierwotnie System tego nie umożliwił należy uznać, że Moduł Ofert i Wniosków w godzinach od 10:30 do 11:00 działał w sposób nieprawidłowy. Powyższe prowadzi do wniosku, że odwołujący
w czasie został pozbawiony możliwości złożenia oferty, skoro Platforma zakupowa działała
w sposób nieprawidłowy i nie była w tym czasie ogólnodostępna. W konsekwencji nieprawidłowości w działaniu Systemu należy uznać, że postępowanie zostało przeprowadzone przy użyciu narzędzia i urządzenia komunikacji elektronicznej, które nie spełnia kryterium niedyskryminacji, ogólnodostępności, interoperacyjności oraz które ograniczyło odwołującemu dostęp do postępowania. Powyższe obciąża zamawiającego, który zobowiązany jest zapewnić w procesie składania ofert narzędzia i urządzenia komunikacji, które będą działać poprawnie i który dokonuje wyboru, z jakiego rodzaju rozwiązania technicznego przy przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowań będzie korzystał.

W ocenie odwołującego należy uznać, że oferta została złożona do upływu terminu składania ofert, skoro w procedurze złożenia oferty wystąpiły techniczne przeszkody, za które odwołujący nie ponosi odpowiedzialności.

Odwołujący jednocześnie zaznacza, że zgodnie z ustaleniami Krajowej Izby Odwoławczej przedstawionymi w wyroku z 11 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 1074/14) analogicznie do reguł wyrażonych w ustawie Kodeks cywilny należy przyjąć, że termin oznaczony w minutach kończy się z upływem ostatniej minuty. W stanie faktycznym sprawy ostatnia minuta terminu składania ofert do 20 maja 2014 r. godz. 11:30 kończyła się w ocenie Izby o 11:30 i 59 sekund. Analogicznie do ustaleń ww. wyroku złożenie przez odwołującego oferty o godzinie 11:00:05 powinno zostać uznane za złożenie jej do upływu wyznaczonego terminu składania ofert.

Treść dowodu nr 7 wyraźnie wskazuje, że System zadziałał nieprawidłowo również na innej płaszczyźnie. Zgodnie z postanowieniami rozdziału XV ust. 19 SWZ Wykonawca po upływie terminu do składania ofert nie może skutecznie dokonać zmiany ani wycofać złożonej oferty. Podobne postanowienie zawiera:

- § 8 ust. 8 Regulaminu korzystania z Platformy e-Zamówienia „*Wykonawca ma możliwość złożenia i wycofania ofert, wniosku, pracy konkursowej do upływu terminu składania ofert, wniosków, prac konkursowych*",

- informacja na stronie 24 Instrukcji interaktywnej „*Wycofanie oferty możliwe do upłynięcia terminu składania ofert*".

Informacje wskazujące na możliwość wycofania przez odwołującego oferty złożonej po upływie terminu składania ofert wskazują na błąd funkcjonowania Systemu. Ponadto § 8 ust. 8 Regulaminu korzystania z Platformy e-Zamówienia sugeruje, że system powinien zostać zablokowany po upływie terminu składania ofert (innymi słowy nie dopuścić do złożenia oferty po upływie terminu). Oferta złożona przez odwołującego jest w Systemie widoczna (w zakresie funkcjonalności systemu dedykowanych wykonawcom), a ponadto aktywny jest przycisk „Wycofaj ofertę" (dowód nr 7). W odniesieniu zatem do informacji wskazanych
w przytoczonych fragmentach SWZ, Regulaminu i Instrukcji interaktywnej System funkcjonował w tym dniu niestandardowo, wbrew opisanym wyżej zasadom.

Odwołujący przypuszcza, że zamawiający w ogóle nie ma możliwości zapoznania się
z ofertą ani nie widzi oferty odwołującego, ponieważ informacja o ofercie odwołującego nie została zamieszczona w informacji z otwarcia ofert opublikowanej 29 listopada 2024 r. Zamawiający nawet w takim przypadku powinien mieć możliwość zapoznania się z ofertą oraz ustalić po pierwsze prawidłowość działania Platformy zakupowej, skoro jest to wybrane przez niego narzędzie do przeprowadzenia postępowania, a po drugie konsekwencje zaistniałej sytuacji. Jeżeli natomiast zamawiający widzi ofertę w Systemie i pomimo tego nie zamieścił informacji o jej złożeniu w informacji z otwarcia ofert powyższe jest działaniem nieprawidłowym, ponieważ żaden przepis ustawy PZP nie wskazuje na dopuszczalność pominięcia oferty złożonej po upływie terminu składania ofert w czynności badania i oceny ofert oraz pominięcia zamieszczenia informacji o niej w informacji z otwarcia ofert. Jeżeli stosowany System nie umożliwia zamawiającemu zbadania i oceny oferty nie jest systemem spełniającym wymagania wskazane w art. 64 ustawy Pzp. Jeżeli natomiast zamawiający zrezygnował z badania i oceny oferty odwołującego zaniechał wykonania w postępowaniu czynności, do której był zobowiązany. Każda z powyższych sytuacji świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, których naruszenie odwołujący zarzuca zamawiającemu. Niezależnie od tego, gdzie tkwi błąd powyższe świadczy o tym,
że System ograniczył odwołującemu możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarejestrował za pośrednictwem Systemu zgłoszenie reklamacyjne, w którym opisał zaistniały problem otrzymując bez szczegółowych wyjaśnień lakoniczne stwierdzenie złożenia oferty po terminie i zalecenia skontaktowania się z infolinią prawną UZP (dowód nr 9). Zamawiający w rozdziale XI ust. 19 SWZ wskazał, iż w przypadku problemów i wątpliwości wykonawca powinien bezpośrednio kontaktować się ze wsparciem technicznym Platformy zakupowej. Lakoniczna odpowiedź i odesłanie kontaktu do Urzędu Zamówień Publicznych jednoznacznie wskazuje, iż problem został przez obsługę techniczną zignorowany. Platforma zakupowa wbrew zapewnieniom zamawiającego wyrażonym w SWZ nie zapewnia wykonawcom żadnego wsparcia w analogicznych sytuacjach. Odwołujący bezpośrednio po upływie terminu składania ofert kontaktował się telefonicznie z obsługą techniczną (dowód nr 10) lecz również nie uzyskał wyjaśnienia przyczyn wystąpienia problemu.

Należy wskazać, iż w postępowaniu, aby złożyć ofertę wystarczyło uzupełnić
i skompletować załączniki oraz podpisać je kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Następnym krokiem było wgranie plików w Systemie i naciśnięcie przycisku uruchamiającego proces złożenia oferty. Czynności te stanowią najprostszy sposób złożenia oferty
w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i nie zajmują dużo czasu, a z uwagi na składanie podpisu poza Platformą zakupową wyeliminowane są innego rodzaju problemy techniczne, które mogłyby polegać np. na niedysponowaniu odpowiednią wersją oprogramowania do składania podpisu elektronicznego w przypadku, gdyby złożenie oferty następowało przez formularz interaktywny Platformy zakupowej. Ostateczne i skuteczne złożenie przez odwołującego oferty wskazuje, iż przyczyny w złożeniu oferty o godzinie 11:00:05 nie tkwiły w nieprawidłowościach technicznych wywołanych nieprzygotowaniem odwołującego (np. brakiem odpowiedniego środowiska aplikacyjnego).

Odwołujący na dzień wniesienia odwołania nie uzyskał ani logów z Systemu ani nagrania

z rozmów telefonicznych. Odwołujący wskazuje, że nie jest w interesie administratora Platformy zakupowej przyznawanie, że wystąpiły problemy techniczne skutkujące trudnościami w złożeniu oferty, dlatego też odwołujący nie ma pewności czy wniosek złożony w postępowaniu reklamacyjnym zostanie rozpatrzony pozytywnie. W wyroku z 4 marca 2019 r. (sygn. akt KIO 268/19) Izba wskazała, iż zdaje sobie sprawę z trudności dowodowych po stronie odwołującego, który nie jest operatorem platformy i nie ma dostępu do historii jej działania i w stanie faktycznym sprawy uznała uprawdopodobnienie nieprawidłowego działania platformy zakupowej za wystarczające. W ocenie odwołującego wykazane zostało złożonymi dowodami, że nie ponosi on winy za występowanie problemów z nawiązywaniem połączenia z Modułem Ofert i Wniosków, skoro w tym samym czasie generowany był komunikat
o automatycznym przesyłaniu zaszyfrowanej oferty. W sytuacji, gdyby Izba uznała złożone dowody za niewystarczające, odwołujący w nawiązaniu do ustaleń KIO z ww. wyroku, wskazując na trudności dowodowe podkreśla uprawdopodobnienie nieprawidłowego działania Platformy zakupowej utrudniające złożenie oferty, które doprowadziło do jej zakwalifikowania przez System za złożoną po upływie terminu składania ofert. Należy wskazać, że odwołujący dysponuje szeregiem zgromadzonym w czasie rzeczywistym dowodów wskazujących na trudności oraz na podejmowanie prób przezwyciężenia problemu technicznego. W związku
z tym, że odwołujący jednocześnie podejmował działania zmierzające do złożenia oferty, ustalenia przyczyn problemu oraz gromadził materiały dokumentujące proces składania oferty nie można zarzucić odwołującemu, że dowody nie są wystarczające lub zostały złożone w zbyt małej liczbie. Odnośnie ustaleń wynikających z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 20 grudnia 2023 r. (sygn. akt KIO 3650/23) odwołujący miał świadomość, że w przypadku nierozwiązania problemu to na nim będzie spoczywał ciężar dowodu w wykazaniu braku zawinienia w podejmowanych czynnościach. W stanie faktycznym sprawy Izba wskazywała, że odwołujący:

- nie przedstawił pisma do operatora platformy,
- nie zrekonstruował poszczególnych czynności w czasie, w którym były wykonywane,
- złożył dowody wygenerowane dopiero po upływie terminu składania ofert,
- nie przedstawił żadnych zdjęć, print - screenów z dokonywanych czynności.

Izba wskazała, że profesjonalny wykonawca dokumentuje każdą taką okoliczność, tak aby móc wykazać podejmowane przez siebie czynności i ewentualne nieprawidłowości działania systemu. W odniesieniu do ustaleń z przytoczonego wyroku należy wskazać, iż odwołujący dochował należytej staranności, dokumentując podejmowane czynności w różny sposób, dzięki czemu jest w stanie udowodnić brak zawinienia po swej stronie. Zachowaniu odwołującego nie można zatem odmówić profesjonalizmu.

Odwołujący uzupełniająco podkreśla, że fakt złożenia oferty przez konkurencyjnego wykonawcę nie przesądza o tym, że Platforma zakupowa w dniu składania ofert stanowiła narzędzie odpowiadające wymaganiom określonym w art. 64 ustawy Pzp. Przykładowo - jeżeli inny wykonawca złożył ofertę np. dwa dni przed upływem wyznaczonego terminu nie oznacza to zagwarantowania przez zamawiającego dostępności Systemu wszystkim wykonawcom. Termin składania ofert upływał o godzinie 11:00 a nie o godzinie np. 10:30 lub 9:30, dlatego też do ostatniej minuty upływu tego terminu System powinien działać poprawnie i umożliwić wszystkim wykonawcom skuteczne złożenie oferty. Jeżeli zamawiający w postępowaniu nie zapewnił dopuszczalności złożenia oferty od upływu wyznaczonego terminu wykonawcy nie mogą ponosić z tego powodu negatywnych konsekwencji.

Należy również wskazać, iż w przypadku oferty o obszernej zawartości, które są składane w postępowaniach zwłaszcza przez wykonawców zagranicznych System powinien zapewnić wykonawcom możliwość złożenia odpowiedniej liczby załączników, aby przedstawić zamawiającemu wszystkie informacje niezbędne do badania i oceny ofert. Jeżeli przyczyną wystąpienia problemu było pierwotnie załączenie oferty i 23 załączników, co spowodowało zablokowanie Systemu należy uznać, że Platforma zakupowa jest narzędziem dyskryminującym, ponieważ zwłaszcza w przypadku wykonawców zagranicznych, którzy muszą złożyć do każdego oświadczenia i dokumentu tłumaczenie na język polski, nie umożliwia skutecznego złożenia oferty w postępowaniach w niezbędnym zakresie. Jak wskazano powyżej informacje w Systemie uległy zmianie, a oferta została złożona wskutek pojedynczego usuwania przez odwołującego plików, co jednoznacznie wskazuje, że System nie poradził sobie z obszerną ofertą. Odwołujący w zaistniałej sytuacji został zmuszony do usuwania plików, aby móc złożyć ofertę, co okazało się trafionym rozwiązaniem, właściwie diagnozującym przyczyny nieprawidłowości. Jednocześnie należy wskazać, iż odwołujący tym działaniem naraził się na ryzyko odrzucenia oferty lub wykluczenia z postępowania, ponieważ wskutek niezłączenia wszystkich plików zamawiający następczo mógłby wezwać odwołującego do wyjaśnień lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Tego rodzaju sytuacje, w których odwołujący rezygnuje ze złożenia niektórych załączników, aby mieć możliwość złożenia oferty, z którą System „będzie w stanie sobie poradzić" w prawidłowo przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mogą mieć miejsca.

Wszystkie wskazane powyżej okoliczności jednoznacznie wskazują, że odwołujący nie ponosi żadnej winy w tym, że złożona przez niego oferta została uznana przez system za ofertę złożoną po upływie wyznaczonego terminu.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 13 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO 1760/21) Izba stwierdziła, że „*zamawiający jest odpowiedzialny za narzędzia informatyczne z których korzysta, więc awaria platformy jest okolicznością obciążającą zamawiającego. Przy czym, jak trafnie podnosi się w orzecznictwie, uniemożliwienie wykonawcy złożenia oferty nie musi być okolicznością zależną od zamawiającego albo działaniem celowym, może wynikać właśnie z powodów technicznych, np. awarii platformy, błędów oprogramowania, zbyt dużej liczby uczestników korzystających z platformy elektronicznej, istotny jest tu efekt w postaci braku możliwości złożenia oferty (por. wyrok KIO z 02.08.2019 r. sygn. akt: KIO 268/19)".* W tym wyroku Izba również stwierdziła, że w wyniku uniemożliwienia odwołującemu złożenia oferty naruszono zasady naczelne ustawy PZP dotyczące konieczności zapewnienia równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji, ponieważ nie można skutecznie twierdzić, że wynik postępowania jest prawidłowy, skoro jest ono obarczone najpoważniejszą wadą jaka może wystąpić w postępowaniu - naruszenia zasad generalnych w postaci równego dostępu wykonawców do zamówienia.

W wyroku z 18 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO 893/23, KIO 894/23) Izb wskazała, iż wykonawca ma prawo złożyć ofertę w ciągu pełnego okresu przewidzianego przez zamawiającego, a ponadto podzielając stanowisko wyrażone w wyrokach KIO z dnia 4 marca 2019 r. (sygn. akt KIO 268/19) oraz z dnia 14 stycznia 2020 r. (sygn. akt KIO 2603/19) uznała, że:

- utrudnienie czy uniemożliwienie wykonawcy złożenia oferty nie musi być celowym działaniem ze strony zamawiającego ani okolicznością zależną od zamawiającego,

- kwestie techniczne nie dotyczą jedynie awarii urządzenia, którym posługuje się zamawiający, lecz mogą także wynikać np. z przejściowych błędów oprogramowania, zbyt dużej liczby uczestników jednocześnie korzystających z platformy itp.

W konsekwencji powyższego należy uznać, że odwołujący składając ofertę dochował należytej staranności, w konsekwencji czego uznanie przez System oferty za złożoną po upływie terminu składania ofert jest wynikiem okoliczności, za które odwołujący odpowiedzialności nie ponosi. W nawiązaniu do przytoczonego orzecznictwa to zamawiający jest odpowiedzialny za prawidłowe przeprowadzenie postępowania, w tym za zapewnienie prawidłowo funkcjonujących narzędzi i urządzeń komunikacji umożliwiających prawidłowe złożenie oferty w wyznaczonym terminie. Jeżeli rozwiązania techniczne spełniające powyższe kryteria nie zostały zapewnione należy uznać, że jest to okoliczność, która nie może wywoływać negatywnych skutków względem odwołującego.

W konsekwencji powyższego wobec wykazania przez odwołującego nieprawidłowego funkcjonowania Systemu w dniu, w którym upływał termin składania ofert oraz braku winy po stronie odwołującego należy uznać, że oferta odwołującego powinna zostać otwarta i poddana badaniu i ocenie.

Jeżeli w ocenie Izby z powodu zaistniałych okoliczności oferta nie mogłaby zostać otwarta i poddana badaniu i ocenie, odwołujący wskazuje na obowiązek zamawiającego polegający na unieważnieniu postępowania w związku z wystąpieniem wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 255 pkt 6 ustawy Pzp). Takie stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła m. in. w wyroku z 14 stycznia 2020 r. (sygn. akt KIO 2603/19), w wyroku z 18 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO 893/23, KIO 894/23).

Jednocześnie należy podkreślić, iż w wymienionych sprawach rozstrzygnięcia dotyczyły sytuacji, w której wykonawcy całkowicie zostali pozbawieni możliwości złożenia oferty. Stan faktyczny w postępowaniu jest odmienny, ponieważ odwołujący wobec złożenia oferty nie może jej zmodyfikować, w związku z czym bez przeszkód zamawiający mógłby dokonać badania i oceny tej oferty w sposób tożsamy jak w przypadku oferty wykonawcy konkurencyjnego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 64 ustawy Pzp, przez przeprowadzenie postępowania przy użyciu narzędzia i urządzenia komunikacji elektronicznej, które nie spełnia kryterium niedyskryminacji, ogólnodostępności, interoperacyjności oraz które ogranicza dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia, w związku z użyciem platformy e-Zamówienia.

Zamawiający zwraca uwagę, że obowiązek złożenia ofert przez ubiegających się o zamówienie za pomocą platformy https://ezamowienia.gov.pl został określony w Specyfikacji Warunków Zamówienia (rozdział XII pkt. 2) dostępnej w dniu ogłoszenia postępowania, to jest 11 października 2024 r. Skoro w ocenie odwołującego wybrana przez zamawiającego platforma https://ezamowienia.gov.pl ma charakter dyskryminujący, nie jest ogólnodostępna lub ograniczała jego dostęp do postępowania, to odwołanie wobec zawartego w ogłoszeniu zamówienia obowiązku złożenia ofert za jej pośrednictwem powinno zostać wniesione w terminie 10 dni od ogłoszenia postępowania tj. do 21 października 2024 r.

W związku z powyższym, zarzut ten podniesiony jest po terminie.

Odnośnie zarzutów, że odwołujący nie dotrzymał terminu składnia ofert z powodu okoliczności wynikających z nieprawidłowego działania platformy e-Zamówienia.gov.pl zamawiający stwierdza, że pomimo przedstawienia szeregu

dokumentów, żaden z nich nie stanowi dowodu, że w dniu składania oferty doszło do awarii platformy, która uniemożliwiła złożenie oferty.

Wg. dostępnych zamawiającemu informacji (https://ezamowienia.gov.pl/pl/problemy-z-dostepem-doplatformy-e-zamowienia]) 29 listopada 2024 r. nie odnotowano żadnych błędów w działaniu platformy. Tym samym zamawiający nie ma podstaw do uwzględnienia odwołania.

Zamawiający podkreśla, że „*Składanie i upublicznianie ofert odbywa się bez udziału zamawiających, na elektronicznej platformie urzędu zamówień publicznych. Zamawiający nie jest dysponentem informacji jak przebiega proces składania ofert na platformie e-Zamówienia*" (zob. postanowienie KIO z 6.10.2022 r., KIO 2515/22).

Nie można uznać zarzutów odwołującego, że oferta złożona o godzinie 11 jest ofertą złożoną w terminie. Termin składania ofert został w niniejszej sprawie oznaczony punktualnie na godzinę 11.00. Termin nie został oznaczony w minutach, ale w godzinach. Jakiekolwiek jego przekroczenie (nawet sekundowe) powoduje, że oferta została złożona po terminie.

Na potwierdzenie powyższego zamawiający wskazuje, że określony przez zamawiającego termin 11.00. został opublikowany przez system TED w ogłoszeniu 683961-2024 jako: „29/11/2024 - 11:00:00 (UTC+1)" stąd powołanie się przez odwołującego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 1074/14) wydany w innym stanie faktycznym i prawnym jest całkowicie bezzasadne.

Uczestnik po stronie zamawiającego, podzielił stanowisko zamawiającego, dodatkowo wskazując, iż termin składania ofert został określony przez zamawiającego na dzień 29 listopada 2024 r. o godz. 11:00. Okolicznością przyznaną przez odwołującego jest, że jego oferta została złożona o godz. 11:00:05, a zatem po upływie terminu składania ofert.

Przystępujący podnosi, że nie można się zgodzić z twierdzeniami odwołującego, iż złożenie oferty w przedziale czasowym od 11:00:01 do 11:00:59 oznacza jej złożenie w przewidzianym przez zamawiającego terminie, tj. o godz. 11:00.

Zauważyć bowiem należy, że zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przepisy ustawy Pzp jednocześnie nie regulują kwestii momentu, w którym ofertę należy uznać za złożoną. Oferta składana
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi oświadczenie woli wykonawcy w rozumieniu art. 66 § 1 k.c. i zastosowanie do niej znajduje art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego stanowiący, że: Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Oznacza to, że ofertę należy uznać za złożoną
z momentem wprowadzenia jej do systemu informatycznego wykorzystywanego przez zamawiającego, tj. w momencie przejścia i zapisania jej na serwerze adresata w sposób umożliwiający mu zapoznanie się z jego treścią (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10.12.2023 r., sygn. akt: V CZ 127/03).

Skoro zatem oferta odwołującego (co sam odwołujący przyznaje) wpłynęła o godz. 11:00:05, oznacza to, że zamawiający nie mógł się zapoznać z jej treścią o godz. 11:00:00,
a tym samym oferta została złożona po terminie. Innymi słowy, dla dochowania terminu składania ofert koniecznym było zapewnienie, że zamawiający będzie miał możliwość zapoznania się z tą ofertą już o godz. 11:00:00, a tak się nie stało – oferta dotarła do zamawiającego o godz. 11:00:05.

Zauważyć należy, że kwestia analogiczna do tej, która stanowi przedmiot niniejszego postępowania odwoławczego stanowiła przedmiot niedawnego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z 21 sierpnia 2024 r., sygn. akt: KIO 2813/24, Izba oddaliła odwołanie wykonawcy, którego oferta wpłynęła o godz. 10:00:58, podczas gdy termin składania ofert został wyznaczony na godz. 10:00:00.

W uzasadnieniu wyroku KIO nie tylko powołała przytoczone powyżej przez przystępującego argumenty, ale również podniosła, że: (…) przyczyny opóźnienia nie mają żadnego znaczenia, bowiem termin składania ofert jest terminem prekluzyjnym, nieprzywracalnym. W ten sposób ustawodawca chroni pewność obrotu i dąży do zapewnienia przestrzegania zasad o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 16 Pzp, w tym przede wszystkim zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Dla stwierdzenia bezskuteczności złożenia oferty nie ma znaczenia brak zawinienia wykonawcy w opóźnieniu jej złożenia (np. z uwagi na problemy z Internetem), co tym bardziej powinno skłaniać wykonawców do unikania ryzyka składania oferty na ostatnią chwilę.

W tym kontekście wskazać również należy, że odwołujący przystąpił do składania oferty na mniej niż pół godziny przed wyznaczonym terminem składania ofert. Pomimo, że zamawiający w pkt XII ppkt 7 SWZ określił tryb postępowania w przypadku problemów technicznych i awarii związanych z funkcjonowaniem platformy e-Zamówienia (nr telefonu, formularz kontaktowy), odwołujący w momencie stwierdzenia problemów technicznych nie podjął żadnych działań mających na celu umożliwienie mu złożenia oferty w postępowaniu. Jak bowiem wynika z pkt 3 odwołania „Wnioski

formalne” odwołujący zgłosił problem z działaniem platformy już po upływie terminu składania ofert.

Tymczasem, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 12 czerwca 2020 r., sygn. akt: KIO 870/20: Przede wszystkim wykonawca zobowiązany był do zachowania trybu zgłoszenia uwag przewidzianego w siwz w rozdziale XI pkt 13.7, który wymagał w momencie, gdy wystąpią problemy techniczne skontaktowania się z dostawcą rozwiązania teleinformatycznego (…) pod wskazanym w siwz nr telefonu, ewentualnie adresem mailowym. Zgłoszenie przez odwołującego technicznych problemów ze złożeniem oferty po upływie terminu składania ofert, a nie w momencie wystąpienia tych problemów nie może być traktowane jako działanie charakteryzujące się należytą starannością wymaganą od podmiotu profesjonalnego, w konsekwencji nie zasługuje na ochronę prawną.

Końcowo przystępujący podnosi, że składając swoją ofertę w postępowaniu, nie odnotował on żadnych problemów technicznych w działaniu systemu zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący na rozprawie powołał dodatkowo nowe wnioski dowodowe (dowody o nr od 11 do 15) wskazując w piśmie, na jakie okoliczności zostały one powołane.

Krajowa Izba Odwoławcza na rozprawie 31 grudnia 2024 roku zobowiązała zamawiającego na podstawie art. 536 pzp do wystąpienia do administratora platformy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. o przedstawienie dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania zgodnie z wnioskiem odwołującego z ust. 3 odwołania na okoliczności wskazane w tym punkcie.

Zamawiający, pismem z 7 stycznia 2024 roku, przedstawił stanowisko w sprawie wskazując, iż wykonał polecenie Składu orzekającego w sprawie KIO 4628/24 i uzyskał odpowiedź Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. dotyczące wyjaśnienia powodów braku możliwości złożenia oferty w postępowaniu (o identyfikatorze ocds-148610-2d2804fe-3c36-4775-a87e-593a71b7bOaa), przez IRIZAR E-MOBILITY S.L. Wg informacji uzyskanych przez zamawiającego podmio wskazany przez odwołującego nie pełnił w dniu 29.12.2024 funkcji Administratora technicznego Platformy e-Zamówienia i nie posiada żadnych informacji w tej sprawie.

W związku z powyższym zamawiający wniósł o:

- wyznaczenie terminu rozprawy,
- przeprowadzenie dowodów wnioskowanych przez zamawiającego w niniejszym piśmie,
- rozstrzygnięcie odwołania na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego - oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego zgodnie
z fakturą złożoną przez zamawiającego na rozprawie 31.12.2024 r.

Wg informacji uzyskanych przez zamawiającego podmiot wskazany przez odwołującego nie pełnił w dniu 29.12.2024 funkcji Administratora technicznego Platformy e-Zamówienia.

Dowód 1: Pismo do Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.

Dowód 2: Odpowiedź Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.

Zgodnie z dyspozycją art. 534 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, strony
i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten w oczywisty sposób stanowi odpowiednik art. 232 k.p.c. co powoduje, że gdy okoliczności będące podstawą odwołania nie znajdują potwierdzenia w przeprowadzonym przed KIO postępowaniu dowodowym, skutkować to powinno oddaleniem odwołania. Powyższe wynika z tego, że ciężar wykazania zarzutów wskazanych w odwołaniu spoczywa na odwołującym.

Zgodnie z Regulaminem korzystania z Platformy e-Zamówienia:

„§ 16. Procedura zgłaszania problemów

1.Użytkownik może zgłaszać reklamacje związane z nieprawidłowym działaniem Platformy za pośrednictwem Systemu Obsługi Zgłoszeń (SOZ) udostępnionym na Platformie e-Zamówienia.

2.Zgłoszenie problemów wymaga rejestracji na Platformie. Aby, założyć konto użytkownik musi zaakceptować

Regulamin i Politykę Prywatności.

3.Zgłoszenie problemów powinno zawierać co najmniej informację „Czego dotyczy problem", wybranie „Typu problemu" oraz „Opisu problemu".

4.*Odpowiedzi na zgłaszane problemy będą przekazywane za pośrednictwem Systemu Obsługi Zgłoszeń (SOZ) zgodnie z danymi kontaktowymi podanymi przez użytkownika podczas rejestracji konta*".

W ocenie zamawiającego, uprawnienie i obowiązek: zgłoszenia reklamacji oraz uzyskania i przedstawienia odpowiedzi w postępowaniu odwoławczym spoczywają na odwołującym.

Z dokumentów dostępnych zamawiającemu nie wynika bowiem aby powodem nie złożenia oferty przez odwołującego były okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Urząd Zamówień Publicznych nie odnotował bowiem w dniu 29.11.2024 r. problemów
z dostępem do platformy e-Zamówienia.

Dowód 3: Raport z przebiegu otwarcia ofert

Dowód 4: Raport dotyczący postępowania i zdarzeń

Dowód 5: https://ezamowienia.gov.pl/pl/problemy-z-dostepem-do-platformy-e-zamowienia/

Zgodnie z §15 ust. 6 Regulaminu korzystania z Platformy e-Zamówienia (https://ezamowienia.gov.pl/pl/regulamin/):

„*6. Urząd Zamówień Publicznych nie ponosi odpowiedzialności za nieprawidłową realizację zadań Platformy spowodowaną:*

1.Działaniem sił wyższych,

2.Awarią powstałą z winy użytkownika lub nieprawidłowościami w systemie komputerowym użytkownika,

3.Jakości i szybkości połączenia łącza internetowego użytkownika,

4.*Awariami urządzeń dostawców internetu użytkownika*".

W tym samym zakresie odpowiedzialności za nieprawidłową realizację zadań Platformy nie ponosi również zamawiający.

Zamawiający nie ma podstaw do wnoszenia reklamacji, skoro przedstawione w sprawie dowody nie potwierdzają, że to platforma e-zamówienia, a w konsekwencji zamawiający ponosi odpowiedzialność za nieprawidłową realizację zadań tej platformy.

Odwołujący, pismem z 11 stycznia 2024 roku wskazał na niewykonanie przez zamawiającego zobowiązania Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO") nałożonego na podstawie art. 536 ustawy Pzp; wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

- dowód nr 16 – odpowiedź z 16 grudnia 2024 r. udzielona przez podmiot zajmujący się obsługą problemów technicznych platformy https://ezamowienia.gov.pl (dalej jako „Platforma zakupowa");

- dowód nr 17 – nowe zgłoszenie reklamacyjne wraz z odpowiedzią z 3 stycznia 2025 r. udzieloną przez podmiot zajmujący się obsługą problemów technicznych Platformy zakupowej;

- dowód nr 18 – pismo odwołującego skierowane do PETACOMP Systemy Informatyczne S.A. z wnioskiem o przekazanie historii logów z Platformy zakupowej oraz nagrania audio rozmowy z osobą odpowiedzialną za rozwiązywanie problemów technicznych (zgodnie z wnioskiem zawartym w pkt 3 odwołania), odpowiedź udzielona przez PETACOMP Systemy Informatyczne S.A., wiadomość e-mail potwierdzająca przekazanie wniosku do Urzędu Zamówień Publicznych; w celu wykazania następujących faktów:

− podmiot odpowiedzialny za obsługę zgłoszeń reklamacyjnych dot. działania Platformy zakupowej dwukrotnie, bezpodstawnie odmówił udostępnienia logów i nagrania audio rozmowy z konsultantem;

− podmiot odpowiedzialny za obsługę zgłoszeń reklamacyjnych dot. działania Platformy zakupowej przedstawił odpowiedź wskazującą na rozpoczęcie składania oferty o godzinie 11:00:05 podczas gdy z dowodów nr 4, 6 i 14 złożonych przez odwołującego wynika,
że odwołujący był w trakcie składania oferty o godzinie 10:36, 10:37, 10:52, 10:57, 10:58 oraz 10:59;

− podmiot odpowiedzialny za obsługę zgłoszeń reklamacyjnych dot. działania Platformy zakupowej nie ujawnił w udzielonych odpowiedziach, że odwołujący składał ofertę o godzinie 10:36, 10:37, 10:52, 10:57, 10:58 oraz 10:59;

- odwołujący dochował należytej staranności w uzyskiwaniu i wskazywaniu dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne;

- odwołujący z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi nie przedłożył dowodów
w postaci logów z Platformy zakupowej i nagrania audio rozmowy z konsultantem.

Odwołujący wskazał, że prawidłowo sformułował wniosek zawarty w ust. 3 odwołania, wnosząc o zobowiązanie do przedstawienia dowodów zamawiającego, Urzędu Zamówień Publicznych oraz Administratora technicznego platformy https://ezamowienia.gov.pl tj. Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. słusznie zakładając, iż wymienione podmioty dysponują możliwością przekazania historii logów systemowych oraz nagrania audio. Informacja o tym, że Administratorem Systemu jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

z siedzibą w Warszawie zawarta została w Regulaminie korzystania z Platformy e-Zamówienia dostępnej pod adresem https://ezamowienia.gov.pl/pl/regulamin/. Jednocześnie na stronie internetowej https://ezamowienia.gov.pl/pl/deklaracja-dostepnosci/ jako Administrator Systemu wskazany jest Wykonawca Platformy e-Zamówienia firma Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., jako podmiot do kontaktu w przypadku problemów z dostępnością witryny internetowej. Odwołujący, wobec rozbieżności ww. informacji (wskazanie jednocześnie jako administratora systemu zarówno Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.) właściwie, na podstawie informacji uzyskanych z ogólnodostępnych stron internetowych, ustalił dane podmiotów, które mogą dysponować ww. dowodami.

Niezależnie od powyższego odwołujący we własnym zakresie, niezwłocznie (2 stycznia 2025 r.) ponowił zgłoszenie reklamacyjne w zakresie przekazania dokumentów, o które zwracał się przed upływem terminu na wniesienie odwołania (dowód nr 9 – zgłoszenie nr 87944). W odpowiedzi na kolejne zgłoszenie reklamacyjne z 2 stycznia 2025 r. w dniu 3 stycznia 2025 r. odwołujący otrzymał informację:

− o przeanalizowaniu przez obsługę platformy logów systemowych i rozmowy na infolinii,

− o tym, że logi wskazują na przekroczenie czasu na złożenie oferty oraz. iż rozpoczęcie składania oferty nastąpiło o godzinie 11:00:05,

− o rozpoczęciu rozmowy z konsultantem infolinii po godzinie 11:00,

− o braku praktyki w przekazywaniu logów systemowych użytkownikom.

Z powyższego stanowiska nie wynikają informacje inne niż te, którymi odwołujący dysponował 29 listopada 2024 r. oraz w dniu wniesienia odwołania. Udzieloną odpowiedź należy uznać za lakoniczną i unikającą przedstawienia kompleksowych informacji, a przede wszystkim niepotwierdzającą rzeczywistego przebiegu zdarzeń.

Odwołujący wskazuje, że oświadczenie złożone poprzez odpowiedź na zgłoszenie reklamacyjne nie może zostać uznane za słuszne, ponieważ jak wynika z przedłożonych dowodów nr 4, 6 i 14 odwołujący rozpoczął składanie oferty przed godziną 11:00:05. Dowody złożone przez odwołującego potwierdzają, że Platforma zakupowa przesyłała ofertę w godzinach 10:36, 10:37, 10:52, 10:57, 10:58 oraz 10:59. Odpowiadający na zgłoszenie reklamacyjnie nie miał wiedzy, że odwołujący udokumentował proces składania oferty
i dysponuje zrzutami z ekranu, zdjęciami oraz nagraniem, które przeczą stanowisku osoby odpowiedzialnej za rozpatrywanie zgłoszeń reklamacyjnych o rozpoczęciu składania oferty
o godzinie 11:00:05. Odwołujący uważa, iż gdyby rozpatrujący zgłoszenie reklamacyjne miał świadomość udokumentowania, iż Platforma zakupowa przesyłała ofertę już o godzinie 10:36, 10:37, 10:52, 10:57, 10:58 oraz 10:59 musiałby ujawnić, iż uznanie przez Platformę zakupową złożenia oferty o godzinie 11:00:05 i brak możliwości jej wcześniejszego złożenia było wynikiem nieprawidłowego działania Platformy zakupowej 29 listopada 2024 r. co najmniej w przedziale godzinowym 10:36 – 11:00.

Zestawienie dowodów przedłożonych przez odwołującego z oświadczeniem otrzymanym poprzez odpowiedź na zgłoszenie reklamacyjne prowadzi do uznania, że oświadczenie administratora platformy o rozpoczęciu składania oferty po godzinie 11:00 nie może zostać uznane za prawdziwe.

Odwołujący wskazuje, że zwrócił się do Urzędu Zamówień Publicznych o udostępnienie logów z Platformy zakupowej oraz nagrania audio rozmowy z konsultantem, przy czym do dnia dzisiejszego nie uzyskał żadnej odpowiedzi (dowód nr 18). Odwołujący nie ma wiedzy, czy odpowiedź na kolejne zgłoszenie reklamacyjne przesłaną za pośrednictwem Platformy zakupowej należy traktować jako odpowiedź Urzędu Zamówień Publicznych, czy obsługę zgłoszeń reklamacyjnych Urząd Zamówień Publicznych powierzył innemu podmiotowi. Informacje w powyższym zakresie nie zostały ujawnione w informacjach podawanych do publicznej wiadomości ani nie wynikają z dokumentów dostępnych na Platformie zakupowej.

Na rozprawie 14 stycznia 2024 roku, odwołujący powołał nowe dowody, tj.:

- pismo z 14 stycznia 2025 roku z Urzędu Zamówień Publicznych (dowód nr 20),

- Wizualizacja Elektronicznego Potwierdzenia Przesłania (dowód nr 19).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego i uczestnika (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *„Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*"), wskazuje, co następuje.

Zarzut nr 1 dotyczący naruszenia przepisu art. 64 ustawy Pzp, przez przeprowadzenie postępowania przy użyciu narzędzia i urządzenia komunikacji elektronicznej, które nie spełnia kryterium niedyskryminacji, ogólnodostępności, interoperacyjności oraz które ogranicza dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia, co skutkowało wystąpieniem problemów technicznych w chwili złożenia przez odwołującego oferty, a w konsekwencji nieuwzględnienia oferty odwołującego jako złożonej do upływu terminu składania ofert, Izba uznała za bezzasadny.

Przepis art. 64 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający korzysta, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, tylko z takich narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które są niedyskryminujące, ogólnie dostępne*

oraz interoperacyjne w rozumieniu ustawy
z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2023 r. poz. 57, 1123 i 1234), z produktami powszechnie używanymi służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych, i które nie ograniczają wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, stanowisko odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne, gdyż z jednej strony, co potwierdził sam odwołujący, na wskazanej platformie zamówieniowej, składał i składa oferty w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia (dowody składane przez odwołującego), a z drugiej strony stawia zarzuty naruszenia art. 64 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, stanowisko odwołującego wyklucza twierdzenia o dyskryminującym, nieogólnodostępnym, czy też uniemożliwiającym współdziałanie użyciu przez zamawiającego narzędzia i urządzeń komunikacji elektronicznej. Nadto zwrócić należy uwagę, że informacje o użyciu określonej platformy zamówieniowej odwołujący posiadał już na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia i jeżeli miał jakieś wątpliwości czy zastrzeżenia do jej zastosowania to powinien w odpowiednim terminie wnieść odwołanie. Stawianie zarzutów w ww. zakresie na obecnym etapie postępowania uznać należało za taktykę procesową wykonawcy, który w sytuacji negatywnych konsekwencji względem swoich czynności, stawia zarzuty daleko wykraczające ponad faktyczne okoliczności w sprawie.

Zarzut nr 2 dotyczący naruszenia przepisów art. 222 ust. 1 oraz ust. 5 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie otwarcia oferty odwołującego oraz zaniechanie uwzględnienia oferty odwołującego w postępowaniu jako złożonej w terminie składania ofert, pomimo że odwołujący stosując się do wymagań SWZ składając ofertę spełnił wszystkie techniczne wymagania dotyczące przygotowania oraz sposobu składania oferty w postępowaniu, Izba uznała za bezzasadny.

Jak wynika z akt postępowania, przeprowadzonego postępowania dowodowego oraz faktu przyznanego przez odwołującego, oferta odwołującego finalnie została złożona po terminie przewidzianym przez zamawiającego, ujawnionym w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentacji postępowania (SWZ), tj. o godz. 11.00.05, przy ustalonym terminie, tj. o godz. 11.00. Odwołujący próbował wykazywać, że wykonywał wszystkie niezbędne czynności, zgodnie z regulaminem, w celu prawidłowego złożenia oferty, przystępując do jej złożenia na ok. 30 minut przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący wywodził, powołując określony materiał dowodowy, że wina niezłożenia oferty w terminie nie leżała po jego stronie. Izba przyjęła dowody powoływane przez odwołującego, jednakże ich ocena sprowadza się jedynie do stwierdzenia faktu, że odwołujący próbował złożyć ofertę, wykonywał określone czynności. Jednakże, jak to zostanie udowodnione w dalszej części uzasadnienia, wina niezłożenia oferty spoczywała wyłącznie po stronie odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić, przynajmniej z dwóch powodów.

Pierwszy wynika z faktu, iż operator platformy Urząd Zamówień Publicznych, dwukrotnie w swoich pismach potwierdził, że w czasie składania oferty przez odwołującego, na platformie nie występowały żadne problemy techniczne (dowody w aktach sprawy). Dowodami w sprawie są również raporty z przebiegu otwarcia ofert oraz raport dotyczący postępowania i zdarzeń (dowody powołane przez zamawiającego).

Drugi wynika z faktu, który w ocenie Izby wskazuje na wadliwe czynności odwołującego - dotyczy czynności wykonywanych przez osobę po stronie odwołującego, dokonującej czynności składania oferty, która wielokrotnie dodawała załączniki ofertowe do systemu (zdjęcia ekranu z 10:52, 10:57, 10:58 – dowody zgłoszone przez odwołującego), czego skutkiem był komunikat, który odwołujący otrzymywał ze strony platformy, cyt.: **„(…). Nie można załączyć dwukrotnie tego samego pliku”.**

Tym samym, zdaniem Izby, czynność powyższa zablokowała moduł platformy, moduł składania ofert i wniosków z winy odwołującego.

Zarzut nr 3 dotyczący naruszenia przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez przeprowadzenie postępowania przy użyciu narzędzia i urządzenia komunikacji elektronicznej, które nie umożliwiło złożenia oferty w postępowaniu odwołującemu przy jednoczesnym zapewnieniu możliwości złożenia oferty konkurencyjnemu wykonawcy, Izba uznała za bezzasadny.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie w sposób gwarantujący zachowanie zasady równego traktowania wykonawców (każdy z wykonawców miał takie same szanse na prawidłowe złożenie oferty) oraz zasady uczciwej konkurencji (każdy z wykonawców miał szansę, przy prawidłowym złożeniu oferty, na uczciwe konkurowanie swoją ofertą o uzyskanie przedmiotowego zamówienia).

Zarzut nr 4 dotyczący naruszenia przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że zostało obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na nieprawidłowym działaniu narzędzi i urządzeń komunikacji

elektronicznej, co skutkowało złożeniem przez odwołującego oferty uznanej przez te narzędzia i urządzenia za złożoną po wyznaczonym terminie składania ofert, Izba uznała za bezzasadny.

Jak wynika z powyższego zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób prawidłowy, z należytą starannością. Izba nie stwierdziła faktu, że postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Administrator platformy Urząd Zamówień Publicznych dwukrotnie potwierdził prawidłowość jej działania w czasie próby złożenia oferty przez odwołującego, co wyklucza twierdzenie o nieprawidłowym działaniu narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……