

POSTANOWIENIE

z dnia 6 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego w dniu 6 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2022 r. przez wykonawcę: **BUDREM-R. Sp. z o.o. Sp. k., ul. Krótka 1, 84-242 Luzino** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie, ul. Łazienkowska 6a, 00-449 Warszawa,**

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **BUDREM-R. Sp. z o.o. Sp. k., ul. Krótka 1, 84-242 Luzino, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **BUDREM-R. Sp. z o.o. Sp. k., ul. Krótka 1, 84-242 Luzino** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Centralny Ośrodek Sportu z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie: „Rozbiórka istniejącego internatu sportowego Rybitwa i budowa internatu Nowa Rybitwa w COS-OPO Cetniewo we Władysławowie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr BZP 00327558 w dniu 31 sierpnia 2022 r.

Wykonawca, BUDREM-R. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Luzinie, wniósł w dniu 26 września 2022 r. odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1) art. 16 i 17 w zw. z art. 61 § 1 Pzp, art. 63 §2 Pzp i art. 64 Pzp, poprzez wadliwe przygotowanie postępowania polegające na udostępnieniu wykonawcom narzędzia do komunikacji elektronicznej zawierającego błędy prowadzące do dyskryminacji i ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia, polegające na braku możliwości złożenia oferty poprzez komunikat o walidacji oferty wyświetlający się na komputerze Odwołującego co najmniej 7 min, choć powinien wyświetlać się nie dłużej niż 2 sek. pomimo prawidłowej instalacji i konfiguracji oprogramowania Odwołującego, w wyniku czego doszło do sytuacji, że oferta Odwołującego dotarła z opóźnieniem do Zamawiającego, przy czym nie doszłoby do opóźnienia gdyby oprogramowanie dostarczone przez Zamawiającego do komunikacji Odwołującego z Zamawiającym było pozbawione błędów w działaniu. - zaniechanie polegające na nieuwzględnieniu wiadomości przesłanej przez Odwołującego, zgodnie z postanowieniami specyfikacji, w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział inny sposób komunikacji niż przy użyciu platformy gdy zostaną napotkane błędy w funkcjonalności platformy oraz poprzez wadliwe przygotowanie postępowania w sposób utrudniający wykonawcom dostęp do zamówienia, poprzez udostępnienie narzędzi do komunikacji, zawierających usterki i błędy mające wpływ na krąg wykonawców, poprzez przygotowanie postępowania i narzędzi do komunikacji elektronicznej w sposób utrudniający Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu z uwagi na błędy i usterki platformy, podczas czy Odwołujący postępował zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia, regulaminem platformy oraz instrukcjami dla wykonawców,

2) art. 222 ust. 5 ppkt 1 i 2 Pzp, poprzez opublikowanie na stronie internetowej informacji z

pominięciem informacji o ofercie Odwołującego, opublikowanie informacji z otwarcia ofert w zakresie firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie, ceny z pominięciem oferty Odwołującego,

3) pominięcie oferty Odwołującego jak również nie zastosowanie art. 226 ust. 1 Pzp - skoro w ocenie Zamawiającego oferta Odwołującego została złożona po terminie, to Zamawiający powinien odrzucić ofertę Odwołującego, gdy zostanie złożona po terminie składania ofert. Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego, nie wykonał czynności, którą by należycie uzasadnił, w konsekwencji Odwołujący został pozbawiony informacji o motywach kierujących Zamawiającym gdy opublikował informację o otwartych ofertach z pominięciem Odwołującego.

4) art. 254 pkt 2 w zw. z art. 255 pkt. 6) Pzp w zw. z art. 16 i 17 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania, pomimo, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z dokonaniem przez Zamawiającego czynności z naruszeniem ustawy, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 19.09.2022 r. Zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert. Dokument ten został upubliczniony w dniu 19.09.2022 ok. g. 12.00, tj. zgodnie z art. 222 § 1 in fine „następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert”, z której wynika, że oferta Odwołującego nie została otwarta ani uwzględniona w ocenie ofert, co oznacza, zdaniem Odwołującego, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonania badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród wszystkich złożonych ofert.

2) w zakresie zarzutu nr 4, zgodnie z art. 255 pkt 6) Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że termin składania ofert został wyznaczony zgodnie z pkt. XII ppkt. 3 SWZ na dzień 16 września 2022 roku godzina 9.30. W tym dniu Odwołujący napotkał problem związany z możliwością przesłania oferty za pośrednictwem platformy udostępnionej przez Zamawiającego, tzn. zainicjowanie procesu wysłania oferty rozpoczęło ok. 7 min przed upływem terminu do składania ofert, ale czynności związane z szyfrowaniem i sprawdzaniem dokumentów zakończyły się po upływie terminu składania ofert, przy czym wykonawca nie miał wpływu na czasookres czynności szyfrowania i sprawdzania dokumentów ponieważ ww. proces odbywał się w tzw. chmurze, wykonywany był przy użyciu

zasobów obliczeniowych administratora platformy zamówień. W trakcie składania oferty za pośrednictwem platformy Odwołujący napotkał problemy utrudniające mu proces złożenia oferty, a polegające przede wszystkim na „zamrożeniu” procesu sprawdzania przez system informatyczny Zamawiającego/administratora e-platformy czy przesłane dokumenty są podpisane a następnie ich szyfrowaniu. Czynność ta zainicjowana o ok. 9.23 trwała prawie 8 min. choć poprzednio złożona oferta sprawdzana była nie dłużej niż 2 sekundy. Odwołujący postępował zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz na zasadach i w zakresie wskazanym w „Regulamin korzystania z Platformy e-Zamówienia” i „Komponencie Edukacyjnym na Platformie e-Zamówienia w Instrukcji użytkownika.”. Odwołujący posługiwał się sprzętem zgodnym z wymaganiami Zamawiającego § 12 Regulaminu , korzystał wyłącznie z formularzy udostępnionych na e-Platformie. Pomimo dokonywania wszelkich czynności zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zakończenie czynności wysłania oferty trwało tak długo (czego nie można było przewidzieć w świetle doświadczenia Odwołującego nabytego w toku złożenia oferty po raz pierwszy w niniejszym postępowaniu), co uniemożliwiło Odwołującemu zakończenia procedury złożenia oferty w terminie określonym przez Zamawiającego, tj. do 16.09.2022 r. g 9.30.

Niezwłocznie po stwierdzeniu ww. okoliczności Odwołujący wiadomością e-mail z dnia 16 września 2022 roku g. 9:39 poinformował Zamawiającego, że „z przyczyn technicznych zawieszenie się systemu nie byliśmy w stanie złożyć oferty w terminie. W załączeniu przesyłamy zrzut ekranu, że kompresacja plików do przesłania oferty wciąż trwała przed terminem składania ofert, po kontakcie z administratorem i przerwaniu procesu nastąpiło wysłanie oferty niestety z komunikatem że upłynął termin składania ofert” (e-mail z dnia 16 września 2022 roku wraz z załącznikiem / print screen ekranu Odwołującego). O godz. 9:29 Odwołujący zarejestrował w postaci wykonania zdjęcia ekranu za pomocą komendy PritnScreen, z którego wynika, że został zainicjowany proces złożenia oferty, tzn. oferta jest podpisana i szyfrował pliki (czynności opisane w pkt. XI ppkt. 10 SWZ o treści: System sprawdza czy złożone pliki są podpisane i automatycznie je szyfruje, jednocześnie informując o tym wykonawcę. Potwierdzenie czasu przekazania i odbioru oferty znajduje się w Elektronicznym Potwierdzeniu Przesłania (EPP) i Elektronicznym Potwierdzeniu Odebrania (EPO). EPP i EPO dostępne są dla zalogowanego Wykonawcy w zakładce „Oferty/ Wnioski”). W pkt. 11 SWZ wyraźnie wskazano: „Oferta może być złożona tylko do upływu terminu składania ofert” jest równoznaczne ze złożeniem oferty, a przy tym nie można zainicjować złożenia oferty po upływie terminu do złożenia oferty. Co ważniejsze, system skonfigurowany jest tak, że po upływie terminu składania ofert nie możliwym jest zainicjowanie czynności złożenia oferty, system po prostu po upływie terminu składania ofert pozbawiony zostaje tej funkcjonalności w postaci możliwości złożenia ofert. Przedstawiona

wyżej światłokopia czynności kompresji i szyfrowania trwała prawie 7 min od naciśnięcia kafelka o nazwie: „Wyślij pliki i złóż ofertę”. Czynność zainicjowana prawie 7 min. przed upływem terminu do złożenia oferty zakończyła się po terminie składania ofert z przyczyn niezależnych od Odwołującego, a w wyniku czynności, którą zasugerował Administrator Portalu, przerwania procesu walidacji, pomimo przerwania walidacji Zamawiający w rozmowie telefonicznej potwierdził że otrzymał ofertę Odwołującego. Odwołujący podkreślił, że o godzinie 9h: 12m:04s złożył ofertę i w tym przypadku czynność szyfrowania i kompresji oraz wysłania oferty trwała mniej niż 2 sekundy. Potwierdzenie otrzymania zawiera adnotację 9h: 12m:6s.. Następnie o 9h:23m:45s wycofano pierwszą ofertę. Zatem nie można było przewidywać biorąc pod uwagę doświadczenie z uprzednio złożonej pierwszej oferty, że zakończenie czynności złożenia ofert będzie trwało prawie 7 min. Po przerwaniu procesu „walidacji” uzyskano informację od Zamawiającego że oferta do niego dotarła.

W dniu 19 września 2022 roku na stronie internetowej Zamawiającego upubliczniono informację z otwarcia ofert.

Usterki powyższe zostały niezwłocznie zgłoszone telefonicznie Zamawiającemu ok 9:40 oraz Administratorowi Platformy [kontakt z informacją techniczną trwał od (9:25 do 9:31)]. Odwołujący kontaktował się bezpośrednio z Zamawiającym i zgłaszał problemy techniczne, które występowały na platformie, co potwierdza raport z połączeń telefonicznych / billing zostanie złożony w terminie rozprawy/ oraz korespondencja e-mail powołana wyżej. Pomimo występujących błędów oraz udzielonych informacji dla Zamawiającego o problemach niezawinionych przez Odwołującego w treści informacji z otwarcia ofert oferta Odwołującego nie została wskazana jako złożona.

Zamawiający, pismem z dnia 3 października 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie terminu i umorzenie postępowania, ewentualnie oddalenie odwołania. Zamawiający wniósł o przeprowadzenie z urzędu przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z platformy elektronicznej tj. Potwierdzenia Przesłania na okoliczność w jakim dniu Odwołujący uzyskał informację o niezłożeniu oferty.

Zgodnie z odpowiedzią z centrum pomocy platformy egzamin.gov.pl (nr zgłoszenia 56404) „Wykonawca "BUDREM-R." Sp. z o.o. Sp.k. do postępowania ocids-148610b597a2fb-28ec-11ed-9171-f6b7c7d59353 przysłał poprawnie na Platformę w terminie ofertę 2022-09-16 09:12:07, co Platforma potwierdziła wygenerowaniem potwierdzeń EPP i EPO. Następnie 2022-09-16 09:23:45 oferta ta została przez wykonawcę wycofana, co platforma potwierdziła wygenerowaniem potwierdzenia EPW z informacją „Plik oferty lub wniosku wycofany przez oferenta”. Ponowne rozpoczęcie przesyłania oferty przez wykonawcę miało miejsce 2022-09-16 09:31:36, czyli już po terminie składania ofert, co

Platforma potwierdziła wygenerowanym potwierdzeniem EPP z informacją: „Hash pliku z danymi przesłany po terminie”. Ponieważ wykonawca rozpoczął ponowne składanie oferty po terminie, Platforma odrzuciła tę próbę przesłania pliku oferty. Jednocześnie informujemy, że czas Platformy jest synchronizowany z czasem urzędowym obowiązującym w Polsce, publikowanym przez GUM, przy składaniu oferty nie jest istotny czas na lokalnym komputerze wykonawcy.”

Z powyższego wynika, że wykonawca zataił w odwołaniu fakt, że dysponuje EPP z informacją "Hash pliku z danymi przesłany po terminie”.

Zamawiający wskazał, że nie otrzymał oferty od Odwołującego, nie mógł w żaden sposób się do niej odnieść. Zamawiający nie widzi złożonych ofert przed ich otwarciem. Zamawiający nie widzi również oferty wycofanej. Zamawiający nigdy nie potwierdził, że otrzymał ofertę od Odwołującego, z tej przyczyny, że system nie pozwala Zamawiającemu na oglądanie ofert.

Zamawiający nie naruszył zasad równego traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania. Wobec przejrzystego postępowania nie można zarzucić Zamawiającemu „utrudniania składania ofert jakimkolwiek wykonawcy”. Zamawiający był zobowiązany upublicznić wyłącznie złożone oferty. 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.

Potwierdzeniem niewłaściwego zachowania Odwołującego jest jego oświadczenie, że: „niezwłocznie po stwierdzeniu ww. okoliczności Odwołujący wiadomością e-mail z dnia 16 września 2022 r. godz. 9:39 poinformował Zamawiającego, że „z przyczyn technicznych zawieszenia się systemu nie byliśmy w stanie złożyć oferty w terminie”. Jest to przyznanie przez Odwołującego 9 minut po upływie terminu składania ofert, iż nie złożył oferty.

Ponadto, na platformie e-zamówienia dostępna jest Instrukcja Interaktywna wskazująca jak należy składać ofertę „krok po kroku”. Na stronie 16 tej instrukcji wyraźnie wskazano (co jest uwagą jaką winien wziąć pod wzgląd Odwołujący): „ Istotne jest, aby: Ofertę złożyć przed terminem składania ofert — oferta złożona po terminie nie zostanie przyjęta. Dokumentów nie należy składać w ostatniej chwili. Czas trwania wgrywania i przetwarzania dokumentów jest zależny od ich ilości i rozmiaru oraz obciążenia Platformy.”

Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie toczy się w trybie przewidzianym dla zamówień o wartości mniejszej niż tzw. progi unijne. Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 26 września 2022 r. licząc 5-dniowy termin na wniesienie odwołania od daty 19 września 2022 r., tj. od dnia publikacji informacji z otwarcia ofert. Odwołujący powziął jednak już

wcześniej stosowne informacje stanowiące podstawę do wniesienia niniejszego odwołania - w dniu 16 września 2022 r., tj. w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (godz. 9.30). Jak wynika z treści uzasadnienia odwołania, tuż po upływie godz. 9.30 w dniu 16 września 2022 r. Odwołujący miał pełną świadomość, że złożona przez niego powtórnie oferta nie została przyjęta przez system platformy zakupowej, ponieważ jej skuteczne złożenie nie nastąpiło w terminie składania ofert.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie z art. 515 ust. 1 Pzp, odwołanie wnosi się:

1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie:

a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

b) 15 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a;

2) w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie:

a) 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

b) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a.

Powyższy przepis dotyczy terminów na wnoszenie odwołań wobec czynności zamawiającego, do których wykonania zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp i o których zamawiający ma ustawowy obowiązek zawiadomić każdego wykonawcę biorącego udział w postępowaniu.

Okoliczność, że dany wykonawca składa ofertę w formie elektronicznej na platformie zakupowej jest potwierdzana do wiadomości wykonawcy przez system elektroniczny. Informacja o tym, czy oferta została złożona skutecznie czy też nie przez danego

wykonawcę jest generowana i widoczna dla tego wykonawcy w systemie elektronicznym. Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego zawartych w odwołaniu, wszelkie okoliczności towarzyszące próbie powtórnego złożenia oferty przez Odwołującego na 7 min. przed upływem terminu składania ofert miały miejsce w dniu 16 września 2022 r. W tym dniu również wykonawca powziął wiadomość, że jego oferta nie została skutecznie złożona, ponieważ upłynął termin składania ofert. Posiadając powyższą wiedzę, Odwołujący nie mógł pozostawać w przekonaniu, że informacja z otwarcia ofert opublikowana w dniu 19 września 2022 r. mogłaby zawierać informację o złożeniu przez niego oferty, zatem informacja ta faktycznie nie miała znaczenia, jako okoliczność stanowiąca podstawę do wniesienia odwołania, bowiem Odwołujący posiadał już w dniu 16 września 2022 r. wszelkie informacje o okolicznościach związanych z procesem składania przez niego oferty i ostatecznie brakiem jej złożenia, tj. o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania. Informacja z otwarcia ofert z dnia 19 września 2022 r. nie wniosła żadnych nowych okoliczności w tej sprawie.

W związku z powyższym, w niniejszej sprawie zastosowanie ma przepis art. 515 ust. 3 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym, odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

W dniu 16 września 2022 r. o godz. 9.31 Odwołujący otrzymał EPP z informacją, że jego oferta nie została złożona w postępowaniu. Dowodem jest EPP z informacją "Hash pliku z danymi przesłany po terminie" dostępny dla Odwołującego jako wykonawcy na jego koncie na platformie e-zamówienia. Ponadto, jak wynika z raportu wygenerowanego z systemu platformy przez Zamawiającego, Zamawiający zamieścił informację z otwarcia ofert w dniu 16 września 2022 r. godz. 11.59. Zatem już w dniu 16.09.2022 r. Odwołujący dysponował wiadomością potwierdzającą dodatkowo, że jego oferta nie dotarła do Zamawiającego. Zatem 5-dniowy termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie upłynął w dniu 21 września 2022 r., podczas gdy odwołanie zostało niesione w dniu 26 września 2022 r., a zatem po upływie terminu określonego w ustawie (art. 515 ust. 3 Pzp).

Z powyższych względów Izba orzekła o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 zdanie drugie Pzp oraz na podstawie art. 529 ust. 1 i 2 Pzp

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 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 od odwołania (Dz.U. poz. 2437).

Przewodniczący: