

Sygn. akt: KIO 2370/22

**WYROK**  
**z dnia 26 września 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 września 2022 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 września 2022 roku** przez wykonawcę **Certes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, w imieniu którego działa Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie**

**przy udziale** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) Instytut ADN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz (2) K.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Tyflokomp K.K. z siedzibą w Radomiu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie w całości;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Certes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:**
  - a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Certes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - b. zasądza od **Odwołującego - Certes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz Zamawiającego – **Skarbu Państwa, w imieniu którego działa Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie** - kwotę **3 240 zł 00 gr**

(słownie: trzech tysięcy dwustu czterdziestu złotych 00/100 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**.

**Przewodniczący:**

.....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego działa Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: <<Usługa przeprowadzenia szkoleń na potrzeby realizacji projektu „Zapewnienie dostępu do wymiaru sprawiedliwości dla osób z niepełnosprawnościami”>>. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 27 lipca 2022 roku, pod numerem: Dz.U. 2022/S 143-409529.

Dnia 12 września 2022 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) w zw. z art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej zwaną: „ustawą PZP”) odwołanie w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca Certes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od:

1. niezgodnej z przepisami PZP czynności Zamawiającego, polegającej na prowadzeniu postępowania poprzez wadliwe działanie platformy do składania ofert w dniu 31 sierpnia 2022 r., uniemożliwiającej złożenie oferty w terminie określonym w treści SWZ i Ogłoszeniu, co uniemożliwiło złożenie oferty przez Odwołującego, co jest niezgodne z postanowieniami PZP w zakresie składania ofert, które przewidują możliwość złożenia oferty w terminie i po terminie;
2. zaniechania unieważnienia przez Zamawiającego postępowania, z uwagi na wadliwe działanie platformy do składania ofert.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 64 PZP w zw. z art. 67 PZP w zw. z art. 68 PZP w zw. z art. 16 pkt 1)3) PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 10), 15) PZP w zw. z art. 111 k.c. w zw. z ust. 17.1 SWZ poprzez brak możliwości złożenia przez Odwołującego oferty przez platformę do obsługi postępowania niezgodnie z postanowieniami SWZ, gdzie przewidziano termin składania oferty do godziny 12:00, a zatem możliwym winno być złożenie oferty w terminie do 12:00:59, a nadto uniemożliwienie złożenia faktycznie i technicznie oferty poprzez ustawienia techniczne danej platformy w sposób uniemożliwiający składanie ofert, co jest niezgodne z PZP, albowiem złożenie ofert winno być możliwe zarówno w terminie, jak i po terminie, co zaś za na skutek ograniczenia możliwości złożenia oferty po 12:00:00 skutkowało niezgodnością z PZP, w tym z możliwością realizacji i oceny, czy rzeczywiście oferta jest złożona po terminie ze wszystkimi tego konsekwencjami czy też nie – platforma do obsługi postępowania do udzielenia zamówienia publicznego nie może automatycznie i technicznie uniemożliwiać złożenia ofert, niezależnie od terminu, albowiem stanowi to

naruszenie przepisów PZP, w tym tych przykładowo ewentualnie związanych ze złożeniem oferty po terminie, co jest oceną zamawiających i właściwych organów, a nie techniczną oceną danej platformy do obsługi postępowania do udzielenia zamówienia;

2) art. 255 pkt 6) PZP poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji opisanej w zarzucie z pkt 1).

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechania Zamawiającego z 31 sierpnia 2022 r., kiedy to upływał termin na złożenie ofert, a tym samym Odwołujący zadośćuczynił wymogom formalnym. Odwołujący w dniu 31 sierpnia 2022 r. próbował złożyć ofertę, a system do prowadzenia postępowania mu to uniemożliwił. Wobec tego termin należy liczyć od uniemożliwienia złożenia oferty Odwołującemu. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że interes we wniesieniu odwołania, albowiem platforma zakupowa poprzez niezgodne z SWZ oraz PZP działanie uniemożliwiła złożenie oferty przez Odwołującego. Brak zaś możliwości złożenia oferty z przyczyn wynikających z działania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, może mieć wpływ na wynik tego postępowania, ponieważ zostaje ograniczona uczciwa konkurencja, a ponadto istnieje możliwość, że wykonawca, któremu system uniemożliwił złożenie oferty, mógłby złożyć ofertę, która mogłaby się okazać najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu zarzutów podniesiono, że zgodnie z zapisami SWZ ostateczny termin składania ofert ustalono na 31 sierpnia 2022 r. godz. 12:00.

Odwołujący w dniu 31 sierpnia 2022 r. wgrał na platformę obsługującą postępowanie dokumenty ofert. Z informacji do załączonego do odwołania z platformy dokumentu wynika, że dokumenty wgrano 31 sierpnia 2022 r. o godz. 11:59:52.

Odwołujący następnie chciał „kliknąć” ikonkę do złożenia oferty, ale uniemożliwiono mu możliwość wysłania ofert z uwagi na przekroczenie czasu 31 sierpnia 2022 r. godz. 12:00:00. Odwołujący próbował kliknąć ikonkę związaną z wysyłką oferty 31 sierpnia 2022 r. o godz. 12:00:37. Platforma jednak niezgodnie z przepisami PZP uniemożliwiła wysłanie oferty. Odwołujący zgłosił się ten problem do helpdesku platformy, skąd pozyskał informację, że oferty należało składać do 31 sierpnia 2022 r. do godz. 12:00:00, mimo że nie wynikało do z dokumentacji zamówienia (załączono mail od helpdesk platformy).

Odwołujący podniósł też, że w dzień składania ofert powiadomił Zamawiającego o zaistniałej sytuacji.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie określił terminu składania ofert w dokumentacji zamówienia na 31 sierpnia 2022 r. godz. 12:00:00, a na 31 sierpnia 2022 r. godz. 12:00, a zatem mając na uwadze m.in. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11.06.2014 r. (sygn. akt KIO 1074/14), w którym KIO wskazała, że *„Zgodnie z § 13 specyfikacji ogłoszonej przez zamawiającego oferty w przedmiotowym postępowaniu należało składać w pok. 310 Urzędu Miasta, (...) w terminie do 20.05.2014 r. godz. 11:30. (...) w obowiązujących przepisach brak jest przepisów normujących sposób postępowania z tak określonym co do minut terminów, a w tym terminów składania ofert. Dlatego analogicznie do art. 111 § 1 k.c., który brzmi »Termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia« należy przyjąć, że termin oznaczony w minutach kończy się z upływem ostatniej minuty. Ostatnia minuta godziny 11:30 kończy się o 11:30 i 59 sekund. Dlatego termin wniesienia ofert kończył się, zgodnie z postanowieniami specyfikacji prawie 1 minutę później niż wskazuje na to obecnie zamawiający.»*

Odwołujący podkreśla, że w SWZ (17.1 oraz ogłoszeniu) termin składania ofert upływał 31 sierpnia 2022 r. o godz. 12:00. (wyjaśnienia z 19 sierpnia 2022 r.). Nigdzie w dokumentacji zamówienia nie było określenia, że termin składania ofert upływa o 12:00:00.

Odwołujący wskazał, że platforma od obsługi danego postępowania do udzielenia zamówienia publicznego nie może uniemożliwiać złożenia oferty z uwagi na upływ terminu. Ocenę, czy oferta jest w terminie czy też należy do Zamawiającego, który stosuje odpowiednie środki w takiej sytuacji, a samodzielne ustalenie przez platformę zakupową, niezgodne z SWZ niemożliwości złożenia ofert złożonych w okresie od 12:00:00 – 12:00:59 stanowi naruszenie intencji Zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania. Platforma w zasadzie uniemożliwiła również zajęcie stanowiska przez Zamawiającego, a to one w świetle m.in. art. 226 PZP byłby jedynie uprawniony do odrzucenia oferty złożonej po terminie.

Przepisy PZP ani też przepisy wykonawcze nie uprawniają cedowania obowiązków zamawiających na system informatyczny, a taka sytuacja, poprzez uniemożliwianie składania ofert po 12:00:00 ma miejsce w sprawie.

Zgodnie z wcześniej przywołanym orzeczeniem *„Termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Dlatego Zamawiający powinien przyjąć, że termin oznaczony w minutach kończy się z upływem ostatniej minuty, czyli o 11:30:59. Skład orzekający Izby także stwierdza, że niedokładności w specyfikacji zamawiający nie może interpretować na niekorzyść wykonawców, co jest od dawna przyjęte w orzecznictwie Izby.»* (Wyrok KIO z 11.06.2014 r., KIO 1074/14, LEX nr 1495643.)

Odwołujący wskazał także na stanowisko z doktryny *„Dla przykładu, jeżeli zamawiający jako termin składania ofert wyznaczył godzinę 11:30, to ostatnia minuta tejże godziny kończy się o 11:30 i 59 sekund, nie zaś jak można byłoby sądzić o 11:30:00.*

*Powyższe z kolei może mieć szczególnie istotne znaczenie w sytuacji, kiedy wykonawcy wyczekują do ostatniej chwili z czynnością techniczną, jaką jest rejestrowanie ich ofert przez zamawiającego. W praktyce tak właśnie dzieje się najczęściej.” (Radosław Prusowski, ZPDORADCA 2015, Nr 9, Termin wniesienia ofert kończy się później)*

Jedną z cech systemu teleinformatycznego, jaki zamawiający powinien zapewnić w ramach wskazanych środków komunikacji elektronicznej jest zgodność z postanowieniami SWZ i Ogłoszenia (dokumentami zamówienia). Samo działanie systemu nie może być niezgodne z przepisami PZP, a taka niezgodność zachodzi wtedy, jeśli platforma uniemożliwiła zastosowanie istniejących przepisów PZP lub innych ustaw. Przykładowo kiedy system uniemożliwia złożenie oferty, co nie jest działaniem zgodnym z PZP. Żaden system nie może ze względu na termin składania ofert uniemożliwiać złożenie oferty.

Odwołujący zauważył zatem, że poprzez błędne ustawienia platformy nie mógł złożyć oferty, a brak możliwości złożenia oferty z przyczyn wynikających z działania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, może mieć wpływ na wynik tego postępowania, ponieważ zostaje ograniczona uczciwa konkurencja, a ponadto istnieje możliwość, że wykonawca, któremu system uniemożliwił złożenie oferty, mógłby złożyć ofertę, która mogłaby się okazać najkorzystniejsza. Tym samym w takiej sytuacji co do zasady zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) PZP.

Odwołujący zaznaczył, że *„Obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie możliwości złożenia ofert wszystkim zainteresowanym wykonawcom, co jest realizacją zasady z art. 16 p.z.p., tj. przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Odnosi się to również do 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. W sytuacji, gdy narzędzie udostępnione przez zamawiającego jest wadliwe i uniemożliwia uczestnictwo w postępowaniu jednemu z wykonawców, dalsze jego kontynuowanie stałoby w sprzeczności z zasadami wskazanymi w art. 16 p.z.p. (...) Przy czym, 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.”* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 r. KIO 1760/21) Uzupełniająco przywołano wyrok w sprawie KIO 2603/19 *„To gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie operator platformy, odpowiada za prawidłowy w świetle*

*przepisów p.z.p. przebieg postępowania. Tym samym, jeśli w wyniku przeprowadzonych czynności wyjaśniających okaże się, iż brak możliwości złożenia oferty spowodowany był problemami technicznymi w infrastrukturze informatycznej zamawiającego, zamawiający zobowiązany jest do rozważenia zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.”.*

Na skutek uniemożliwienia Odwołującemu złożenia oferty z przyczyn technicznych, za które ponosi odpowiedzialność Zamawiający, Odwołujący poniósł szkodę poprzez pozbawienie go możliwości pozyskania zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, iż w świetle prawa europejskiego przez "dane zamówienie" nie należy rozumieć dane postępowania, w którym następuje wniesienie środka ochrony prawnej, lecz dany przedmiot zamówienia niezależnie od tego, w którym postępowaniu jest zamawiany. Asumpt do takiego rozumienia omawianej przesłanki materialnoprawnej środka odwoławczego daje orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C131/16 Archus - Gama). Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy, tj. umowy, której nie można skutecznie unieważnić z powodu wad prawnych postępowania poprzedzającego jej zawarcie.

Skoro z powodu wad działania platformy zakupowej wykorzystywanej przez Zamawiającego, postępowanie obarczone jest wadą, wykonawca, który z tego powodu nie mógł złożyć oferty w postępowaniu może mieć i ma interes w tym, aby dążyć do unieważnienia postępowania obarczonego, w jego ocenie, wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, aby zapewnić sobie możliwość udziału w postępowaniu dotyczącym tego samego zamówienia publicznego (rozumianego jako ten sam przedmiot zamówienia), ale nieobarczonego wadą (tak KIO w wyroku z dnia 20 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1540/20).

W wyniku uniemożliwienia Odwołującemu złożenia oferty naruszono zasady naczelnego PZP dotyczące konieczności zapewnienia równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji. 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. Naruszenie zasady tej w postępowaniu stanowi wadę niemożliwą do usunięcia (brak możliwości naprawienia błędu zamawiającego przy użyciu instrumentów PZP, w które wyposażył go ustawodawca). Po terminie na składanie ofert nie ma możliwości konwalidowania wady postępowania, więc uniemożliwienie złożenia oferty Odwołującemu wywołuje nieodwracalny skutek. Na obecnym etapie postępowanie nie może wrócić na prawidłowy tor i żadne przewidziane przez ustawę czynności nie mogą doprowadzić do sanacji czynności składania ofert, która jest niepowtarzalna.

Reasumując Odwołujący zauważył, że platforma, o której mowa w art. 64 i n. PZP nie może uniemożliwiać złożenia ofert w jakikolwiek sposób i z jakiegokolwiek powodu, który w świetle PZP należy do oceny Zamawiającego. Platforma nie może sobie uzurpować kompetencji innego podmiotu, nawet jeśli za jej działanie ostatecznie i tak odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil jak w petitum.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika 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 chciał złożyć ofertę w postępowaniu i był zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Uniemożliwienie złożenia oferty, kiedy jeszcze według Wykonawcy nie upłynął termin składania ofert, przez potencjalnie wadliwy sposób działania platformy, z której korzysta Zamawiający prowadząc postępowanie godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Instytut ADN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz (2) K.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Tyflokom K.K. z siedzibą w Radomiu. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Przystępujący wnosil o odrzucenia odwołania z uwagi na to, że Odwołujący nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu – nie został ujawniony w informacji z otwarcia ofert z dnia 1.09.2022 r. W ocenie Przystępującego, odwołanie powinno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 2) ustawy Pzp z uwagi na złożenie go przez podmiot nieuprawniony.

Ewentualnie Przystępujący żądał oddalenia odwołania z uwagi na brak zaistnienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.



Przystępujący wskazał, iż krąg podmiotów uprawnionych do składania środków ochrony prawnej, w tym odwołania, wskazany został w art. 505 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku środka ochrony prawnej wnoszonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia podstawowe znaczenie - dla dokonania oceny, czy środek ochrony prawnej został wniesiony przez podmiot uprawniony - ma kategoria wykonawcy. Podmiotem uprawnionym do wniesienia środka ochrony prawnej jest podmiot posiadający status wykonawcy. Kategoria "innych osób", o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, obejmuje - jak wskazuje się w orzecznictwie - potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (przykładowo w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12). Pojęcie "wykonawcy" zostało przez ustawodawcę zdefiniowane w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem pod pojęciem "wykonawcy" należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Przytoczona definicja legalna pojęcia "wykonawcy" odwołuje się do poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym krąg podmiotów mogących posiadać status wykonawcy ulega zawężeniu w miarę przechodzenia do kolejnego etapu. W przypadku etapu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, który ma miejsce po upływie terminu składania ofert (do zawarcia umowy), status wykonawcy może posiadać wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu. Złożenie odwołania przez podmiot nieposiadający statusu wykonawcy oznacza złożenie odwołania przez podmiot do tego nieuprawniony, co stanowi podstawę odrzucenia tego środka ochrony prawnej wskazaną przez ustawodawcę w art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko było wielokrotnie prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. postanowienie z dnia 29 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2701/17). Odwołujący nie złożył skutecznie oferty, nie posiada on więc statusu wykonawcy. Istotne jest również, że Zamawiający nie odrzucił oferty w trybie art. 226 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, na którą to czynność wykonawca mógłby wnieść odwołanie. W konsekwencji złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp jako złożone przez podmiot nieuprawniony.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w odrzuceniu i oddaleniu odwołania, z uwagi na to, iż żądania odwołania zmierzają do pozbawienia Przystępującego możliwości udzielenia mu zamówienia poprzez żądanie unieważnienia postępowania.

Zamawiający na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym Izba ustaliła, że Zamawiający prowadził postępowanie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, co dotyczyło również składania ofert. Postępowanie prowadzono na platformie znajdującej się pod adresem <https://ezamowienia.ms.gov.pl/czs> (wskazany w pkt 14.4 SWZ). SWZ została udostępniona na stronie internetowej pod adresem <https://ezamowienia.ms.gov.pl/> od dnia 27.07.2022 r. Termin składania ofert upłynął w dniu 31.08.2022 r. o godz. 12.00. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 31.08.2022 r. o godz. 13.00. Z protokołu ZP -1 wynika, że oferty złożyło dwóch wykonawców, w tym Przystępujący.

W Rozdziale 13. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT ORAZ WYMAGANIA FORMALNE DOTYCZĄCE SKŁADANYCH DOKUMENTÓW LUB OŚWIADCZEŃ SWZ Zamawiający podał, że:

*„13.1. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.*

*13.2. Ofertę należy złożyć w języku polskim, sporządzoną pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ.*

*13.3. Oferta musi być podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy. Po prawidłowym przekazaniu plików oferty wyświetlana jest informacja o pozytywnym przyjęciu oferty przez System, o którym mowa w pkt. 14.2.*

*13.4. W celu złożenia oferty przedstawiciel Wykonawcy zobowiązany jest założyć w Systemie profil Wykonawcy, tworząc jednocześnie pierwsze konto użytkownika Wykonawcy. Ten użytkownik Wykonawcy pełni rolę administratora kont użytkowników tego Wykonawcy. Celem założenia konta i złożenia oferty Wykonawca rejestruje się w Systemie klikając przycisk „Załącz konto”. Instrukcja tworzenia profilu Wykonawcy, kont Użytkownika Wykonawcy oraz złożenia oferty dostępna jest w Systemie w zakładce E-learning.*

*13.5. Konto Wykonawcy tworzone jest tylko raz, w kolejnych postępowaniach Wykonawca wykorzystuje już istniejące konto.*

*13.6. Po wejściu zalogowanego Wykonawcy w konkretne postępowanie może zostać dokonane złożenie oferty po wejściu w zakładkę „Oferty”. Następnie w zakładce „Załączniki” należy załączyć wymagane załączniki odpowiednio podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby uprawnione do reprezentacji odpowiednio Wykonawcy,*

podmiotu, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca, Wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia albo podwykonawcy, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą. System weryfikuje załączone pliki pod względem antywirusowym i w razie wykrycia złośliwego oprogramowania uniemożliwi wprowadzenie do Systemu takiego pliku, jednocześnie informując o tym Wykonawcę.

13.7. Wykonawca załączając plik, oznacza, czy jest on jawny oraz czy zawiera dane osobowe.

13.8. W przypadku oznaczenia pliku jako niejawny Wykonawca zobowiązany jest dołączyć dokument z uzasadnieniem objęcia pliku tajemnicą przedsiębiorstwa.

13.9. W celu zminimalizowania ryzyka wycieku danych osobowych w przypadku załączenia przez Wykonawcę pliku zawierającego dane osobowe zalecane jest dołączenie drugiego pliku zanonimizowanego (z zakrytymi danymi osobowymi).

13.10. Zakończenie składania oferty następuje poprzez wypełnienie danych w zakładce „Szczegóły oferty” i kliknięcie przycisku „Podpisz”. Wykonawca otrzymuje raport/podsumowanie wprowadzonych danych, który może zapisać lub wydrukować (zalecane), a następnie wysła ofertę, zatwierdzając czynności złożeniem elektronicznego podpisu kwalifikowanego (jednego) przez uprawnioną osobę. Po zakończeniu czynności wysłania oferty zalogowany Wykonawca będzie miał możliwość pobrania potwierdzenia wysłania oferty zawierającej numer oferty (przyznany losowo). Potwierdzenie nie zawiera danych wrażliwych, które Wykonawca wprowadza w zakładce „Szczegóły oferty”.

13.11. Zgodnie z art. 64 Ustawy System jest kompatybilny ze wszystkimi podpisami elektronicznymi. Do przesłania dokumentów niezbędne jest posiadanie kwalifikowanego podpisu elektronicznego w celu potwierdzenia czynności złożenia oferty. Szczegółowe informacje o sposobie pozyskania usługi kwalifikowanego podpisu elektronicznego oraz warunkach jej użycia można znaleźć na stronach internetowych kwalifikowanych dostawców usług zaufania, których lista znajduje się pod adresem strony internetowej: <http://www.nccert.pl/kontakt.htm>.

Zalecenie i rekomendacja Zamawiającego:

W zależności od formatu kwalifikowanego podpisu (PAdES, XAdES) i jego typu (zewnętrzny, wewnętrzny) Wykonawca dołącza do Systemu uprzednio podpisane dokumenty wraz z wygenerowanym plikiem podpisu (typ zewnętrzny) lub dokument z wszytym podpisem (typ wewnętrzny):

dokumenty w formacie „pdf” należy podpisywać formatem PAdES;

Zamawiający dopuszcza podpisanie dokumentów w formacie innym niż „pdf”, wtedy zalecane jest użycie formatu XAdES.

13.12. Ofertę należy sporządzić zgodnie ze wzorem Formularza „Oferta” i „Formularza cenowego” stanowiących załączniki do SWZ. W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią

w elektronicznym, ustandaryzowanym formularzu oferty i formularzu cenowym wypełnianym przez Wykonawcę w Systemie podczas składania oferty, a treścią Formularza „Oferta” i formularza cenowego sporządzonego według wzoru z SWZ i załączonego do oferty, za obowiązujący przyjmuje się treść Formularza „Oferta” i formularza cenowego sporządzonego według wzoru z SWZ podpisanego prawidłowego, zgodnie z reprezentacją. Ofertę stanowią: Formularz „Oferta”, „Formularz cenowy”, „Wykaz osób” w zakresie informacji jakie Wykonawca wykazuje na potrzeby uzyskania punktów w kryteriach oceny ofert. (...)”.

W pkt 14.10 SWZ Zamawiający wskazał, że „Wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych i informacji przekazywanych przy ich użyciu zostały opisane w Regulaminie korzystania z usług Systemu (Regulamin Portalu e-Uslug) dostępnym z poziomu modułu E-learning dla wszystkich użytkowników Systemu oraz podczas rejestracji konta Wykonawcy dla Wykonawców”.

W punkcie 14.20. Informacje na temat kodowania i czasu odbioru danych SWZ podano, że:

- *Oferta/wniosek złożony/a przez Wykonawcę na Portalu, nie jest widoczny/a dla Zamawiającego, ponieważ widnieje w Systemie jako zaszyfrowany/a. Możliwość otwarcia oferty/wniosku dostępna jest dopiero po odszyfrowaniu przez Zamawiającego po upływie terminu składania ofert.*
- *Oznaczenie czasu odbioru danych przez Portal stanowi przypiętą do dokumentu elektronicznego datę oraz dokładny czas (hh:mm:ss), znajdującą się na potwierdzeniu złożenia oferty/wniosku.*

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Do rozstrzygnięcia sporu w ocenie Izby konieczne jest skorzystanie z wykładni literalnej w odniesieniu do problemu jak należy odczytać wyznaczony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego termin składania ofert w ujęciu godzinowym. Nie ulega wątpliwości, że termin ten został wyznaczony w SWZ jako godzina 12.00, a więc jako określony moment na osi czasu. Nie był to żaden odcinek czasowy, ale jasno sprecyzowany punkt podany w powszechnie używanych jednostkach określenia czasu. Zdaniem składu orzekającego Izby sformułowanie SWZ było klarowne, jednoznaczne i nie wymagało głębszej refleksji ani ze strony zainteresowanych Wykonawców, ani ze strony Izby. Sformułowanie to oznaczało, że z wybicciem godziny 12.00 upływa moment umożliwiający złożenie oferty.

W ocenie Izby prezentowany przez Odwołującego pogląd, że pełna godzina koczy się z upływem 59 sekund w pierwszej minucie od jej wybicia nie zasługiwał na podzielenie. Izba

uważa, że po wybiciu pełnej godziny biegną sekundy pierwszej minuty następnej godziny i po 60 sekundach ta pierwsza minuta się kończy, a nie zaczyna. Oznacza to, że termin składania ofert w przypadku wyznaczenia go na godzinę 12.00 upływał w momencie nastania godziny 12.00.00, a nie jak zdaje się sugerować w odwołaniu Odwołujący z upływem 12.00.59. Stanowisko to Izba opiera na zasadach logiki i doświadczenia życiowego.

Izba w pełni podziela i przyjmuje za swoje stanowisko wyrażone w wyroku z dnia z dnia 20 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3455/20, który zapadł w przedmiotowo tożsamej sprawie. Podane tam przykłady upływu określonych terminów trafnie obrazują istotę zagadnienia. Kolejny przykładem może być rozpoczęcie nowego roku kalendarzowego, który zaczyna się w momencie nastania godziny 00.00.00, a nie godziny 00.00.59, a także przykłady podane przez Przystępującego w złożonym piśmie procesowym.

W przywołanym orzeczeniu także podkreślono, że nie jest uprawnione stosowanie w tym przypadku przepisów art. 111-114 kodeksu cywilnego odnoszących się do upływu terminu. Te bowiem dotyczą terminów liczonych w latach, miesiącach, tygodniach lub dniach, czyli terminów rozumianych jako okres czasu, wycinek czasowy na linii czasu pomiędzy punktem początkowym a końcowym. Natomiast w przypadku wniesionego odwołania sprawa dotyczy terminu końcowego okresu na złożenie ofert, czyli terminu rozumianego jako punkt na linii czasu. Do takich terminów stosuje się art. 115 kodeksu cywilnego.

Na marginesie tylko Izba pragnie podkreślić, że Odwołujący co najmniej niefrasobliwie podszedł do czynności złożenia oferty w postępowaniu. Zwlekanie z wykonaniem tej czynności do ostatniej chwili, próba złożenia oferty praktycznie w ostatnim momencie pokazuje, że Odwołujący nie działał do końca jako podmiot profesjonalny. Takie postępowanie w ocenie Izby nie charakteryzuje profesjonalisty, który aspiruje do możliwości zdobycia i należytego wykonania zamówienia publicznego. Wykonawca działający z rozwagą i należyłą starannością powinien i mógł zakładać, że może mieć miejsce tak prozaiczna sytuacja jak dostępność połączenia umożliwiającego transfer danych, czy choćby awaria systemu lub inna okoliczność losowa, która zaważyć może na skutecznym złożeniu oferty. Nawet gdyby przyjąć rozumowanie Odwołującego o upływie terminu za prawidłowe, to Wykonawca zostawił sobie de facto 8 sekund (!) na ostateczne sformułowanie oferty. W tym czasie choćby z uwagi na wielkość załączników i konieczność przejścia całej procedury popisowej złożenie oferty w terminie wydaje się Izbie mało prawdopodobne. Wziąć bowiem także należy, iż oferta musi „fizycznie” znaleźć się po stronie Zamawiającego w wyznaczonym terminie, a więc wpłynąć na jego serwer przed upływem tego terminu. Zauważyć również należy, co potwierdza także dowód złożony wraz z odpowiedzią na odwołanie przez Zamawiającego w postaci logów systemowych próby złożenia oferty przez

wykonawcę Certes Sp. z o.o., że Wykonawca dopiero o godzinie 11.55.56 zaczął dodawać licznie wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, a próba wysłania formularza ofertowego miała miejsce dopiero o 12.00.05, pobranie pliku oferty do podpisu nastąpiło o 12:00:14, a dodanie pliku oferty do weryfikacji poprawności podpisu nastąpiło o 12:00:48. Wszystkie więc istotne dla ważności oferty w postępowaniu Wykonawcy miały już miejsce po upływie wyznaczonego terminu. Dodatkowo, Operator systemu jasno zaakcentował również, że w dniu składania ofert nie doszło do żadnej awarii systemu i nie były zgłaszane nieprawidłowości w jego działaniu. Celnie w odpowiedzi na odwołanie zauważył Zamawiający, że art. 355 § 2 dotyczący zawodowej staranności wykonawcy wymaga od takich podmiotów podwyższonych standardów staranności, którymi w ocenie Izby Odwoławczy się nie wykazał.

Na podzielenie nie zasługiwała również argumentacja odwołania dotyczący błędności działania platformy i zaniechań z tej strony samego Zamawiającego. Odwoławczy zdaje się nie zauważyć postanowień SWZ ujętych chociażby w rozdziale 14. Z zapisów tych jasno wynikało, że wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych i informacji przekazywanych przy ich użyciu zostały opisane w Regulaminie korzystania z usług Systemu (Regulamin Portalu e-Uслуг). Wskazano, że moduł jest dostępny z poziomu modułu E-learning dla wszystkich użytkowników systemu oraz podczas rejestracji konta Wykonawcy dla Wykonawców. Tylko nawet pobieżne zapoznanie się z tym dokumentem lub choćby prześledzenie slajdów prezentacji udostępnionej na platformie, gdzie Zamawiający prowadził postępowanie jasno obrazowało sposób działania i oznaczenie przez system czasu. Co więcej, także w rozdziale 14 SWZ Zamawiający podał w jaki sposób system na platformie podaje oznaczenie czasu odbioru danych i znakuje datę oraz czas w następujących jednostkach hh:mm:ss. Dostrzeżenia wymaga, że Regulaminy zamieszczone na platformie, w wyniku odesłania do nich w SWZ stały się jej integralną częścią. Taki system oznaczeń czasowych potwierdzała również Karta postępowania dostępna z poziomu Użytkownika, od razu po zacytaniu dokumentów postępowania. To obowiązkiem Odwoławczego było wnikliwe i szczegółowe zapoznanie się z tymi regulacjami, czego, jak pokazuje treść odwołania, Wykonawca nie uczynił. Trudno w ocenie Izby czynić zarzuty Zamawiającemu skoro to na Wykonawcy spoczywał obowiązek zaznajomienia się z dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. A jeżeli Odwoławczy widział między przywołanymi dokumentami jakieś sprzeczności lub niejasne zapisy, to winien był na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia okoliczności te kwestionować.

Nie można zgodzić się z poglądem, że Zamawiający naruszył przepisy art. 64 i następne ustawy Pzp dotyczące działania samej platformy. Zamawiający w SWZ jasno opisał z jakich narzędzi i na jakich zasadach korzysta, odwołał się do dokumentów

dostępnych na portalu. Jak słusznie podkreślił na rozprawie Zamawiający Odwołujący w żaden sposób nie próbował nawet wykazać, że niespełniona została którakolwiek z przesłanek określających działanie narzędzi informatycznych, z których korzystać mogą zamawiający.

Końcowo Izba podkreśla, że wobec poczynionych ustaleń faktycznych, na uwzględnienie nie zasługiwał także zarzut odnoszący się do zaniechania unieważnienia postępowania z uwagi na wadliwe działanie platformy do składania ofert. Zarzut ten należało uznać za bezprzedmiotowy. W postępowaniu nie doszło do ziszczenia się przesłanek warunkujących unieważnienie postępowania określonych w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Jak wykazał Zamawiający platforma działała prawidłowo a dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zawierały braków formalnych i nie mogły wprowadzać wykonawców w błąd.

Konkludując, z tych względów odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i 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 stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

**Przewodniczący:**

.....