

Sygn. akt: 640/19

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2019 przez wykonawcę **Lyreco Polska S.A. ul. Sokołowska 33, Sokołów, 05 - 806 Komorów** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Bank Polski ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. ul. Księdza Hugona Kołłątaja 4, 05-092 Łomianki** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000.00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od odwołującego Lyreco Polska S.A. na rzecz zamawiającego Narodowy Bank Polski kwotę 2 460,00 (dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Narodowy Bank Polski ul. Świętokrzyska 11/21,00-919 Warszawa, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Sukcesywne dostawy artykułów biurowych i innych produktów związanych z prowadzeniem biura*”. Nr postępowania.: SEZ/DKRZ-WPO-RS-241-0004/DA/18.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem procedury obowiązującej przy wartości zamówienia przekraczającego kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Postępowanie znajduje się na etapie oceny ofert po terminie ich złożenia. W przedmiotowym stanie faktycznym zaistniała sytuacja, że jeden z wykonawców Lyreco Polska S.A., dalej zwany „Odwołującym” nie dokonał mimo podjęcia szeregu prób skutecznego złożenia oferty. Za zaistniałą sytuację Odwołujący obwinia Zamawiającego i we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności polegających na:

1. Nieprawidłowym przygotowaniu postępowania powodującym brak możliwości złożenia oferty poprzez platformę zakupową;
2. Zaniechaniu rozwiązania problemu w dacie składania oferty, mimo jego sygnalizacji przez Odwołującego i nie przedłużeniu terminu składania ofert do czasu usunięcia usterki w sposób umożliwiający złożenie ofert zainteresowanym wykonawcom;
3. Zaniechaniu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji w której Zamawiający na bieżąco widział problem w złożeniu oferty przez Wykonawcę z powodów niezależnych od Odwołującego, a następnie miał świadomość błędu który zaistniał w postępowaniu, bowiem złożona została tylko jedna oferta;
4. W konsekwencji naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców poprzez takie przygotowanie i prowadzenie postępowania, które uniemożliwiło złożenie oferty Odwołującemu

Powyższymi czynnościami Zamawiającego zarzucił:

1. naruszenie art. 10b ustawy Pzp, poprzez przygotowanie narzędzi i urządzeń przeznaczonych do komunikacji z Wykonawcami, w sposób uniemożliwiający złożenie oferty w dacie wyznaczonej na składanie ofert, a także brak zapewnienia wsparcia technicznego w dniu składania ofert, które rozwiązałyby problem w komunikacji
2. naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności zmiany terminu składania ofert po uzyskaniu informacji o problemach technicznych na platformie zakupowej NBP, uniemożliwiających złożenie oferty Wykonawcy zainteresowanemu udziałem w postępowaniu;

3. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji powzięcia informacji, iż Wykonawca Lyreco Polska S.A. nie miał możliwości złożenia oferty wobec problemów technicznych nie leżących po jego stronie i braku możliwości ich rozwiązania przez Zamawiającego lub obsługę platformy zakupowej w dniu składania ofert, co spowodowało rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców w ramach prowadzonego postępowania i uniemożliwienie konkurowania wykonawców w ramach postępowania

4. w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z rażącym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez nieuprawnione niedopuszczenie Wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu do złożenia oferty;

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z fakturą, która zostanie złożona na terminie rozprawy;

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący podał, że w dniu 27.03.2019 r. wyznaczony został termin składania ofert w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Wraz z rozpoczęciem składania oferty pojawiły się problemy na platformie za pomocą której miała być złożona oferta. O tym fakcie pracownik Odwołującego poinformował osobę wskazaną po stronie Zamawiającego w rozdziale I SIWZ do kontaktów w ramach postępowania i poinformował o pojawiających się problemach uniemożliwiających prawidłowe złożenie oferty.

Problemy dotyczyły:

1. Dodania w zakładce oferta dokumentów wymaganych w SIWZ - zgłoszony problem dotyczył odrzucenia przez system załącznika (pliku) zawierającego sam kwalifikowany podpis elektroniczny. System nie pozwalał na dodanie załącznika o rozszerzeniu .xlsx.xades. Po każdorazowej próbie dodania pliku z podpisem system pokazywał komunikat, że plik nie został dodany z uwagi na zły format pliku.

2. Pojawiającego się komunikatu o błędzie w formularzu oferty po wpisaniu wartości netto i brutto w wyznaczonych do tego miejscach zgodne z zaleceniami zawartymi w SIWZ i odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego w dniu 27.03.2019 r, godzina 9.08, co faktycznie uniemożliwiło złożenie pełnej oferty.

Wskazał, że osoba która miała służyć ze strony Zamawiającego pomocą w składaniu ofert odesłała pracownika Odwołującego na infolinie platformy Marketplanet OnePlace.

Po przedstawieniu pojawiających się problemów konsultant z platformy Marketplanet One Place poinformował pracownika Odwołującego o tym, że plik w formacie .xlsx.xades powinien bez problemu zostać wczytany na platformę i nie wie jak rozwiązać ten problem, w związku z tym zalecił kontakt z Zamawiającym. Zgodnie z informacjami zawartymi w SIWZ i instrukcji dla Wykonawców, plik był dodawany w sposób prawidłowy i we właściwym formacie. Następnie po wielokrotnych próbach wgrania załącznika (pliku z podpisem) co zajęło około 20 minut platforma pozwoliła na dodanie go wraz z załącznikiem którego podpis dotyczył, w formacie skompresowanego pliku .zip. Zauważył, że ani SIWZ ani instrukcja dla Wykonawców nie zawierały informacji dotyczącej w jaki prawidłowy sposób załączyć sam plik z kwalifikowanym podpisem elektronicznym do załącznika nr 4 do SIWZ.

Następnie podał, że po dodaniu wszystkich wymaganych dokumentów (plików z załącznikami) pojawił się kolejny problem. Po wpisaniu wartości netto i brutto w wyznaczonych do tego miejscach na platformie zgodnie z zaleceniami zawartymi w SIWZ w rozdziale 16 i załączniku nr 1 do SIWZ, a także odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego z dnia 27.03.2019 r, godzina 9.08 i „kliknięciu” w pole złóż ofertę, platforma powiadomiła o błędzie w formularzu oferty co powodowało brak możliwości złożenia oferty. Ponowna konsultacja z pomocą techniczną skutkowałą prośbą o kontakt z Zamawiającym, ponieważ według obsługi technicznej platformy Marketplanet OnePlace problem z błędem formularza oferty polegał na tym, że wartości netto i brutto są wpisywane ręcznie, a nie z wykorzystaniem kalkulatora umieszczonego na platformie przeznaczonego do wyliczenia wartości brutto po wpisaniu wartości netto w przeznaczone do tego pole. Po wpisaniu wartości netto kalkulator wymagał zaznaczenia odpowiedniej stawki VAT. Jednak, w przedmiotowym postępowaniu do wyliczenia wartości brutto na platformie nie można było użyć przeznaczonego do tego kalkulatora, ponieważ wartość brutto powinna zostać wyliczona z zastosowaniem 3 różnych stawek VAT, zgodnie ze stawkami VAT dla oferowanych produktów. Według konsultanta platformy Zamawiający powinien podzielić przedmiot zamówienia na 3 różne części zgodnie z ilością stawek VAT, żeby wartość brutto została wyliczona przez kalkulator prawidłowo i dopiero wtedy platforma umożliwi złożenie oferty. Mimo wielu prób i sposobów wpisania ceny netto jak i brutto w przeznaczonych do tego polach, jakie zalecał przedstawiciel Platformy oraz powtórzenia czynności w różnych przeglądarkach internetowych, wciąż pojawiał się ten sam komunikat o błędzie w formularzu oferty oraz wykrzyknik na czerwonym tle obok wartości brutto. Rozmowa z przedstawicielem Zamawiającego i próby złożenia oferty trwały do godziny 10.00. O godz. 10.00 mijał termin na złożenie oferty w związku z czym oferta nie została złożona.

Oceniając powyższe stwierdził, że - mimo kontaktowania się z kilkoma osobami - zarówno ze strony Zamawiającego, jak i ze strony Platformy, nikt nie rozwiązał problemu niemożliwości złożenia oferty przez Odwołującego. Ponad godzinna próba rozwiązania problemu

technicznego nie przyniosła rezultatów, a Odwołujący był odsyłany od obsługi technicznej Platformy do Zamawiającego i z powrotem do obsługi technicznej. Powyższe pokazuje, że problem ze złożeniem oferty wynikał tylko i wyłącznie z błędów na Platformie, których ani Zamawiający, ani obsługa Platformy, nie byli w stanie rozwiązać. Niewątpliwie jeden z problemów polegał na błędnym przygotowaniu formularza do złożenia oferty, co zostało ujawnione dopiero podczas próby złożenia oferty przez Lyreco Polska S.A.

Podkreślił, że sprzęt Wykonawcy spełniał wszystkie wymagania techniczne wskazane w instrukcji - wymieniając kolejno zgodnie z SIWZ (wskazane w rozdziale 2 załącznika nr 1 do S1WZ ppkt 2).

Reasumując powyższe stwierdził, że Odwołujący pismem z dnia 28 marca 2019 roku poinformował Zamawiającego o problemach ze złożeniem oferty oraz wniósł o unieważnienie postępowania. W dniu 4 kwietnia 2019 roku Zamawiający wskazał, iż nie zamierza unieważniać postępowania, ponieważ ma złożoną prawidłowo ofertę jednego wykonawcy. Niezależnie jednak od tej złożonej oferty Zamawiający ma zapewnić możliwość udziału w przetargu nieograniczonym tylu wykonawcom, ilu chce złożyć oferty i problem choćby jednego z nich, który nie leży po stronie tegoż wykonawcy skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji w postępowaniu. Niewątpliwie taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu, co w rażący sposób konkurencyjność ograniczyło.

Z tych względów niezbędne stało się żądanie unieważnienia postępowania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska podał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, zgodnie z art. 10b ustawy Pzp, zapewnił narzędzia niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przetwarzaniu, przechowywaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nieograniczających wykonawcom dostępu do postępowania. W szczególności Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu inny wykonawca złożył ofertę w sposób prawidłowy, w tym samym czasie co Odwołujący, zatem twierdzenie, iż system nie zapewniał możliwości sprawnego złożenia oferty, jest nieprawdziwe. W świetle powyższego należy zdaniem Zamawiającego uznać bezzasadność podniesionych zarzutów, skoro bowiem jest wykonawca, który złożył ofertę bez żadnych problemów technicznych, należy wnioskować że powodem niezłożenia oferty przez Odwołującego były problemy leżące po stronie Odwołującego - problemy techniczne lub organizacyjne - albo miało miejsce celowe działanie Odwołującego zmierzające do unieważnienia postępowania po uzyskaniu wiedzy o warunkach cenowych zaoferowanych przez konkurenta Odwołującego. Z treści odwołania wynika bowiem, iż Odwołujący przystąpił do złożenia oferty dopiero w dniu składania ofert, a zatem w ostatniej chwili, nie biorąc pod uwagę możliwych do wystąpienia nie dających się przewidzieć obiektywnych okoliczności, choć miał na tę czynność 43 dni.

Zamawiający zapewnił we właściwy sposób możliwość nie tylko składania ofert, ale i komunikacji w postępowaniu. Stwierdził, że każdy potencjalny wykonawca miał do dyspozycji dane kontaktowe, obejmujące numery telefonów oraz adresy mailowe służące do komunikacji. Jednakże w tym wypadku ze względu na przystąpienie Odwołującego do składania oferty w ostatniej godzinie przed upływem terminu na składanie oferty wygenerowało to problemy, którym Zamawiający jak i pracownicy operatora Platformy SEZ nie mogli, mimo najwyższej staranności w tak krótkim okresie czasu zaradzić. Wskazał, że wbrew stanowisku Odwołującego była możliwość złożenia oferty. Jak przykład wskazał między innymi na kwestię, że po otrzymaniu pomocy ze strony Zamawiającego pracownik Odwołującego w zakresie wgrania formularza cenowego w postaci pliku excel i podpisanego wewnątrznie udało się dołączyć pliki skompresowane z rozszerzeniem *.zip. Zamawiający wskazuje, iż wykonawca mógł również wykonać czynność skopiowania danych z pliku *.xls z zabezpieczonymi komórkami i przenieść do własnego pliku, sformatowanie go według własnego uznania oraz przekonwertowania do pliku *.pdf.

Podał, że z wiedzy dostępnej Zamawiającemu wynika, że pierwsze logowanie Odwołującego nastąpiło 2019-03-27 o godz. 8:12:32.733; Jedyne archiwum ZIP dodane przez wykonawcę Lyreco to plik "Załącznik nr 4 do SIWZ - Formularz cenowy.zip" dodany do systemu 2019-03-27 o godz. 08:59:02.173. Data zapisania oferty z wartościami to 2019-03-27 o godz. 09:37:20. W systemie brakuje śladu rozpoczęcia procesu podpisywania oferty (włączenie się kontrolki do podpisu elektronicznego). Nie zaobserwowano błędów po stronie systemu (w tej samej ramie czasowej inny wykonawca złożył podpis). Nie włączenie się kontrolki podpisu elektronicznego sugeruje problem po stronie komputera użytkownika. Logi systemowe wskazują na dwie próby: 2019-03-27 o godz. 09:43:40.427 oraz 2019-03-27 o godz. 09:54:25.723. Natomiast w zakresie problemów z wpisaniem wartości netto i brutto pomoc została udzielona Odwołującemu przez pracownika operatora platformy SEZ. Jak wynika z odpowiedzi mailowej udzielonej przez pracownika platformy SEZ oferta została zapisana przez wykonawcę - Data zapisania oferty z wartościami - 2019-03-27 09:37:20.

Odnosząc się do zarzutu przerw w prawidłowym funkcjonowaniu Platformy podał, że zgodnie z informacjami pozyskanymi od operatora platformy SEZ nie wystąpiły w dniu 27.03.2019 r. problemy z jej funkcjonowaniem, w tym trudności ze złożeniem oferty.

Zamawiający podkreślił, iż działalność Odwołującego jest działalnością profesjonalną - przy której prowadzeniu wymaga się należytej staranności w rozumieniu art. 355 § 2 kc. W ocenie Zamawiającego bardzo późne przystąpienie przez Odwołującego do procesu składania oferty wyczerpuje znamiona co najmniej lekkomyślności.

Zamawiający podkreślił, iż w SIWZ w załączniku nr 1 znajduje się Instrukcja dla wykonawców zawierająca informacje dotyczące środków komunikacji elektronicznej przy użyciu których Zamawiający będzie komunikował się z Wykonawcami w postępowaniu o

udzielenie zamówienia wraz z wymaganiami technicznymi i organizacyjnymi wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych, a także informacje co do postępowania wykonawców, aby w sposób prawidłowy złożyć ofertę.

Odnosząc się do zarzutu braku wydłużenia terminu dla składania ofert podał, że termin składania ofert był dwukrotnie przesuwany przez Zamawiającego w związku z pytaniami zadawanymi przez wykonawców. Zamawiający nie miałby żadnego problemu z przesunięciem terminu składania ofert po raz kolejny, gdyby wystąpiły problemy po stronie platformy SEZ uniemożliwiające składanie ofert. Jednakże takich nie stwierdzono. Nadto należy podkreślić, iż przesunięcia terminu nie dokonuje się *ad hoc*, jest to proces wymagający czasu. Czynność przedłużenia terminu składania ofert nie może być dokonywana z minuty na minutę, wynika to z przepisów ustawy Pzp. Wymaga podjęcia przed upływem terminu składania ofert działań w zakresie zmian ogłoszenia, a także podjęcia czynności przez samego zamawiającego aby dokonać czynności przedłużenia terminu składania ofert. Nie można w tym przypadku mówić o naruszeniu przepisów art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożonych dowodów oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy zważyła i ustaliła, co następuje,

Odwołanie jest niezasadne, podnoszone zarzuty nie znalazły odzwierciedlenia w złożonym materiale dowodowym i w związku z tym odwołanie zostało oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że Zamawiający podniósł zarzut, iż odwołanie winno być odrzucone jako złożone po upływie wymaganego ustawą Pzp terminie. Zamawiający zakładał, że termin na wniesienie winien być liczony od 26.02.2019 roku, a więc od daty, gdy Odwołujący zalogował się do Platformy i uznał, że zawiera ona błędy, a nie w dniu 27.03 kiedy nie udało mu się złożyć oferty. Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania uznając za prawidłowe liczenie przez Odwołującego terminu na wniesienie odwołania od dnia, kiedy nie doszło do skutecznego złożenia oferty.

Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp. Izba nie uznała za zasadny wniosek Zamawiającego o uznanie, iż Odwołujący nie posiada interesu w kwestionowaniu czynności Zamawiającego, gdyż finalnie nie złożył oferty i tym samym nie może ponieść

szkody. Również przystępujący zdaniem Izby wypełnił przesłanki interesu występowania w sprawie po stronie Zamawiającego.

Stan faktyczny sprawy był niesporny pomiędzy stronami i tym samym nie wymagał uzupełnienia. Jednakże strony w sposób odmienny interpretowały okoliczności zaistniałe w sprawie oraz wywodziły inne skutki prawne z zaistniałych zdarzeń.

Ośmia sporu pomiędzy stronami była kwestia, czy Zamawiający w sposób prawidłowy opisał czynności jakie wykonawca winien wykonać, aby możliwe było złożenie oferty oraz to, czy wskazana Platforma sprzętowa działała w sposób prawidłowy.

W rozdziale 15 pkt 1 SIWZ Zamawiający podał, że miejscem składania ofert: jest Platforma Zakupowa NBP na Portalu ONEPLACE / <https://oneplace.marketplanet.pl/>. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ – Instrukcja dla Wykonawców zalecił wykonawcom przed składaniem oferty założenie konta na platformie zakupowej NBP. W dalszej kolejności w pkt 3 informacji pn. „**UWAGA**”, wskazał, że *„Zamawiający zaleca (szczególnie wykonawcom biorącym po raz pierwszy udział w postępowaniu na platformie) wcześniejsze sprawdzenie zasad działania funkcjonalności złożenia oferty w systemie i opatrzenia jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Szczególnie zaleca się wcześniejsze zapoznanie się z niniejszą instrukcją oraz z „Instrukcją użytkownika_WYKONAWCA” dostępną na Portalu zamawiającego <https://e-zamowienia.nbp.pl> w sekcji „Instrukcje/Wstępne ogłoszenia informacyjne/inne dokumenty”, z punktem 2.3.*

Pierwsza czynność podpisania oferty kwalifikowanym podpisem w systemie może wymagać zainstalowania dedykowanego rozszerzenia do aplikacji Szafir (oprogramowanie służące do składania podpisu) oraz oprogramowania Java, jak również konieczności administracyjnego odblokowania systemu na komputerze przez administratorów informatycznych Wykonawcy. W związku z powyższym Zamawiający sugeruje przystąpienie do złożenia oferty z odpowiednim wyprzedzeniem mając na uwadze czas konieczny do zainstalowania niezbędnego oprogramowania.”.

Izba oddalając zarzuty odwołania miała w szczególności na względzie sytuację, że Odwołujący pomimo faktu, iż termin składania ofert był dwukrotnie przedłużany i wynosił łącznie 43 to jednak nie przeprowadził chociażby testowego złożenia oferty, aby poznać szczegóły składania oferty na platformie NBP, a nadto rozpoczął ostateczne jej składanie na około 90 minut przed upływem terminu składania ofert.

Izba zauważa, że jak ustalono w toku postępowania to Odwołujący dopiero po raz pierwszy składał ofertę na platformie zakupowej NBP. Mimo tego że Odwołujący wskazywał, iż dokonywał już składania ofert za pomocą platformy Marketplanet OnePlace, to jednak jak ustalono nie czynił tego na Platformie zakupowej NBP. Za Zamawiającym należy stwierdzić, że każda platforma zakupowa jest modyfikowana dla potrzeb konkretnego zamawiającego, a to powoduje sytuację, iż procedura składania ofert do Platformy zmodyfikowanej może być

całkowicie odmienna od wersji podstawowej lub zmodyfikowanej dla innego podmiotu. W związku z powyższym Zamawiający zalecał, aby dokonać wcześniejszego złożenia oferty, równocześnie zapewniając, iż *„Wcześniejsze złożenie oferty nie oznacza, że Wykonawca nie może jej zmienić lub jej wycofać. System umożliwia modyfikację i wycofanie oferty do upływu terminu składania ofert. Treść oferty jest zaszyfrowana a tym samym widoczna wyłącznie dla Wykonawcy do upływu terminu otwarcia ofert”*.

Wskazać należy, że znaczna część zarzutów Odwołującego oparta była na stanowisku, iż brak złożenia oferty wynikał z błędów na Platformie oraz z błędnego przygotowania formularza do złożenia oferty przez Zamawiającego. Podkreślić należy, że instrukcja postępowania wykonawcy przy składaniu oferty została opisana w SIWZ i w Załącznikach.

Zdaniem Izby zwrócić uwagę należy na kwestię, że podnoszenie zarzutów co do błędnego przygotowania w SIWZ formularza do składania ofert jest zarzutem spóźnionym. Otóż nie było żadnych przeszkód, aby Odwołujący dokonał np. próbnego składania oferty i wskazał zamawiającemu zauważone błędy poprzez zadanie pytań do treści SIWZ lub wniósł do KIO odwołanie na treść postanowień SIWZ w tym zakresie. Niewątpliwym jest, że obowiązująca od kilku miesięcy forma elektroniczna składanych ofert, generuje niewątpliwie nowe problemy w tym zakresie. Dlatego też Odwołujący winien był zachować należyta staranność jak jest wymagana od podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Należy zgodzić się z Zamawiającym, który w tym zakresie w oparciu o wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2005 r., IV CK 100/05, wskazał, że *„W ocenie Zamawiającego bardzo późne przystąpienie przez Odwołującego do procesu składania oferty wyczerpuje znamiona co najmniej lekkomyślności. Oceny tej należy dokonywać w odniesieniu do dyspozycji art. 355 § 2 kc., tj. zawodowej staranności wykonawcy. Uważa się, że profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności”*. Nadto Izba stoi na stanowisku, że wykonawca winien dbać o swoje interesy od początku pojawienia się takich potrzeb, tj. od momentu opublikowania treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ. Wskazać należy także na przyjętą praktykę orzecniczą, że wykonawca z reguły nie może powoływać się na domniemane nieścisłości SIWZ, o których wyjaśnienie do zamawiającego nie wnioskował. Sąd Najwyższy w wyroku z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13 wskazał, że z literalnego brzmienia przepisu art. 38 Pzp wynika bowiem, że wykonawca może skierować zapytanie o wyjaśnienie treści SIWZ, lecz wcale nie musi tego robić. SN wskazał także na znaczenie art. 38 Pzp w kontekście przepisów Kodeksu cywilnego wyznaczających ogólne reguły wykonywania zobowiązań. Zgodnie z omawianym wyrokiem art. 38 Pzp w związku z art. 354 § 2 k.c. w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego nie tylko daje wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do

Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Niezwrócenie się przez wykonawcę do zamawiającego – w razie uzasadnionych wątpliwości – o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej (art. 355 § 2 KC). Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo w wyroku KIO 156/16; KIO 161/16 wskazując, że w art. 38 Pzp w zw. z art. 354 § 2 k.c. ustanowiono zarówno uprawnienie, jak i obowiązek zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ.

Niezależnie od powyższych ustaleń Izby, odnosząc się do zarzutu niewłaściwego opisu w instrukcji dla wykonawców kolejnych kroków jakie należy podjąć, aby dokonać złożenia oferty oraz zastrzeżeń co do braku prawidłowego funkcjonowania platformy to powyższe zarzuty jako nieudowodnione, a także i niezasadne Izba oddaliła.

Poza sporem w sprawie jest fakt, że Odwołujący miał problemy z wypełnianiem kolejnych elementów formularza Platformy i w tym zakresie wielokrotnie korzystał z pomocy technicznej przedstawiciela Platformy jak i przedstawicieli Zamawiającego. Uwzględniając powyższą pomoc niewątpliwym jest, że oferta (bez dokończenia jej podpisania) została mimo trudności złożona. Sam Odwołujący podaje na stronie 3, że *„Dodatkowo istotne jest, że dokumentacja związana z ofertą została złożona, a problem w finalizacji złożenia oferty pojawił się w momencie, w którym należało wypełnić formularz z podaniem stawek podatku VAT. Oferta złożona przez Wykonawcę znajduje się na platformie Zamawiającego po potwierdza wolę udziału Odwołującego się w przedmiotowym postępowaniu”*. Nadto na str. 4 podał, że *„Po wielokrotnych próbach wgrania załącznika (pliku z podpisem) co zajęło około 20 minut platforma pozwoliła na dodanie go wraz z załącznikiem którego podpis dotyczył, w formacie skompresowanego pliku .zip.”*

Niewątpliwie, zdaniem Izby, powyższe wskazuje, że Platforma pozwalała na wgranie oferty, jednakże to brak doświadczenia Odwołującego ze składaniem Ofert na Platformie zakupowej NBP oraz wkradająca się nerwowość (co można wywieść z opisu czynności i naprzemiennej konsultacji) w wykonywaniu pewnych operacji technicznych, ze względu na upływający czas spowodowały, że Odwołujący nie zmieścił się w wyznaczonym czasie, aby złożyć ofertę w całości – dokonać także jej podpisania. Na mogące wystąpić problemy z dokonaniem podpisania oferty zwracał uwagę zamawiający w Instrukcji dla wykonawców, co zostało opisane powyżej. Jednakże Odwołujący żadnych prób czy symulacji w tym zakresie próbnego składania oferty, czy jej podpisania nie wykonał.

Za powyższym przemawiają dowody złożone przez Zamawiającego, a to odpowiedzi zespołu konsultacji platformy, który na zadane przez Zamawiającego pytania o treści

- 1) *O której po raz pierwszy zalogował się wykonawca na platformie w dniu 27.04.2019 r.?*
- 2) *O której wykonawca załączył plik zip do oferty z excelem i xadesem?*

- 3) *Czy są jakieś logi, że wykonawca nie mógł załączyć w dniu 27.04.2019 r. plików do oferty?*
- 4) *O której wykonawca zapisał ofertę w systemie?*
- 5) *O której wykonawca rozpoczął podpisywanie ofert?*
- 6) *Czy są jakieś logi wskazujące na niemożność złożenia podpisu?*
- 7) *O której wykonawca nacisnął przycisk „złóż ofertę“?*

Udzielił następujących odpowiedzi:

1. *Pierwsze logowanie - 2019-03-27 8:12:32.733;*
2. *Jedynym archiwum ZIP dodane przez wykonawcę Lyreco to plik "Załącznik nr 4 do SIWZ - Formularz cenowy.zip" dodany do systemu 2019-03-27 08:59:02.173*
3. *Są w systemie logi dotyczące prób dodanie załącznika w nieobsługiwanej formie.*
4. *Data zapisania oferty z wartościami - 2019-03-27 **09:37:20***
5. *W systemie brakuje śladu rozpoczęcia procesu podpisywania oferty (włączenie się kontrolki do podpisu elektronicznego).*
6. *Nie zaobserwowano błędów po stronie systemu (w tej samej ramie czasowej inny wykonawca złożył podpis). Nie włącznie się kontrolki podpisu elektronicznego sugeruje problem po stronie komputera użytkownika.*
7. *Logi systemowe wskazują na dwie próby: 2019-03-27 09:43:40.427; 2019-03-27 09:54:25.723.*

Nadto w piśmie z dnia 2019-04-02 Platforma Marketplanet w odpowiedzi na pytania Zamawiającego z dnia 2 kwietnia 2019 roku podała, że w czasie wskazanym w piśmie Zamawiającego przez Wykonawcę nie zaobserwowano błędów Platformy Zakupowej w zakresie działania funkcjonalności- przesyłania plików do systemu. Nadto dodano, że rozmowa jego pracownika z pracownikiem Odwołującego skupiała się całkowicie na rozwiązaniu problemu z wypełnieniem formularza ofertowego oraz złożeniu oferty.

W odpowiedzi na pytanie drugie o treści : *„Pojawiającego się komunikatu o błędzie w formularzu oferty po wpisaniu wartości netto i brutto w wyznaczonych do tego miejscach zgodnie z zaleceniami zawartymi w SIWZ i odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego w dniu 27.03.2019 r, godzina 9.08, co faktycznie uniemożliwiło złożenie oferty”*

W imieniu Platformy udzielono odpowiedzi, że *Wykonawca podczas rozmowy z A.W., uzyskał informację na temat wprowadzenia oferty w prawidłowy sposób umożliwiając zapisanie poprawnej wartości brutto dla pozycji. Odnosząc się do stwierdzenia, że nie udało się wprowadzić poprawnie wartości podczas rozmowy z A.W., jest ono błędne, ponieważ z logów platformy wynika, że o godzinie 9:56 nastąpiło ostatnie prawidłowe zapisanie oferty w wersji roboczej (oferta zapisana). Sposób wprowadzenia tej oferty został przekazany podczas rozmowy telefonicznej z Panem F., a zapisanie prawidłowej wartości zostało przez niego potwierdzone o godzinie 9:49 (rozmowa zaczęła się o 9:42 i trwała 22min i 29 sek).*

W trakcie ostatnich 10 minut do upłynięcia terminu składania ofert w trakcie rozmowy z oferentem dokonywano próby złożenia oferty z podpisem elektronicznym. Podczas tych prób występowały objawy, których opis przez Pana F. sugerował, że problem pojawiał się na etapie uruchamiania kontrolki do wprowadzania podpisu elektronicznego.

Zdaniem Izby niewątpliwym jest, że gdyby Odwołujący przetestował wcześniej jedno czy wielokrotnie składanie oferty na tej Platformie to oferta zostałaby złożona. Żadnych dowodów przeciwnych takiemu stwierdzeniu Izbie nie przedstawiono. Istotnym jest, że niewątpliwie, kiedy Odwołujący czynił próby złożenia oferty to inny wykonawca taką ofertę złożył.

Tym samym żądanie unieważnienia postępowania z tego powodu, iż nie udało się Odwołującemu złożyć swojej oferty w sytuacji, kiedy inny wykonawca w oparciu o te same informacje Zamawiającego zawarte w SIWZ taką ofertę złożył należało uznać za niezasadne. Również niezasadne jest podnoszenie zarzutu, że w takiej sytuacji Zamawiający winien był przesunąć termin składania ofert. Izba stwierdza, że nie jest możliwe przesunięcie terminu składania ofert na kilka czy kilkanaście minut przed wyznaczonym terminem składania ofert. Niezbędne jest uzyskanie decyzji Kierownika Zamawiającego w tym zakresie, a także poinformowanie z odpowiednim wyprzedzeniem przed upływem terminu składania ofert organu publikatora Ogłoszenia, co w tej sytuacji było niemożliwe.

Niewątpliwym jest, że zaistniały problem jest bliźniaczo podobny do problemów jakie zgłaszali także wykonawcy przy składaniu ofert w formie pisemnej. Tam też podnoszono szereg zarzutów iż, wskazując na różnorakie zdarzenia które utrudniły złożenie oferty w wymaganym czasie. W tych wszystkich sytuacjach KIO jednoznacznie wskazywała, że wykonawca winien założyć odpowiedni długi okres czasu dla złożenia oferty i przewidzieć możliwość wystąpienia różnorodnych przyczyn i okoliczności które mogły spowodować niedoręczenie oferty na czas. Ta argumentacja KIO jest zdaniem Izby że wszechmiar zasadna i aktualna w obecnym stanie prawnym. Każda zmiana stanu prawnego generuje nowe okoliczności mogące generować nowy typ przeszkód dla złożenia oferty w zakładanym przez wykonawcę terminie, co w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie przewidział. Izba oddaliła wniosek o powołanie biegłego, gdyż jednoznaczność zaistniałego stanu prawnego i faktycznego dawały Izbie podstawę do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów prawa wskazanych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 1 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: