Sygn. akt: KIO 2671/18

WYROK
z dnia 14 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Dominik Hączykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Eko Serwis Sp. z o.o., ul. Milczańska 30A, 70-107 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego**: Instytut Metali Nieżelaznychw Gliwicach Oddział w Legnicy, ul. Złotoryjska 89, 59-220 Legnica,**

przy udziale:

1)wykonawcy **Firma Handlowo Usługowo Produkcyjna ALU-STAR A.S., ul. Pierwszej Brygady 35, 73-110 Stargard**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

2)wykonawcy **Mo-BRUK S.A., Niecew 68, 33-322 Korzenna** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1.**oddala odwołanie**,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Eko Serwis Sp. z o.o., ul. Milczańska 30A, 70-107 Szczecin**, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Eko Serwis Sp. z o.o., ul. Milczańska 30A, 70-107 Szczecin**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2671/18
UZASADNIENIE

Zamawiający – Instytut Metali Nieżelaznych w Gliwicach Oddział w Legnicy, ul. Złotoryjska 89, 59-220 Legnica, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie żużla z produkcji stopów ołowiu (odpad o kodzie 100401*)", nr ref.: ZDH/22/2018. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2018 r., nr 2018/S 203-462625.

W dniu 28 grudnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Eko Serwis Sp. z o.o., ul. Milczańska 30A, 70-107 Szczecin (dalej: „odwołujący"), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej „ustawą Pzp", który zobowiązuje do unieważnienia postępowania, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

2)art. 7 ust. 1 i art. 86 ust. 5 ustawy Pzp, gdyż czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową i nie może zostać powtórzona,

3)art. 7 ust. 1 i art. 10 b ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje:

„Na wstępie Eko Serwis Sp. z o.o. chce podkreślić, że chciała wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, co się wiązało m.in. z wpłatą przez Eko Serwis wcześniej wadium. Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu minął w dniu 19 grudnia 2018 r. o godzinie 9.50. Już w dniu 18 grudnia w godzinach rannych i południowych próbowaliśmy złożyć ofertę, ale ciągle pojawiały się błędy systemu, które uniemożliwiały wysłanie oferty. Jeżeli dłużej się próbowało klikać pojawiał się napis „The sernice is unavailable".

Został wysłany mail na adres mailowy wskazany w SIWZ Zespół Wsparcia Marketplanet – servicedesk_zamówienia@rmarketplanet.pl. Następnego dnia o godzinie 15.26 (czyli już kilka godzin po upływie terminu do składania ofert) po terminie otrzymaliśmy taką odpowiedź: „Dzień dobry, Uprzejmie informujemy, że utrudnienia z dostępem do niektórych funkcji platformy e-Zamawiający trwały w dniu wczorajszym do g. 12:50, ale nie była to całkowita niedostępność systemu."

Faktycznie nie była to całkowita niedostępność platformy. Zamawiający miał możliwość przejrzenia dokumentów dotyczących w/w postępowania oraz zapisania dokumentów w wersji roboczej, jednakże nie miał możliwości wykonania najważniejszej czynności w postępowaniu, jaką jest złożenie (wysłanie) oferty.

Te same problemy techniczne z systemem powtarzały się także w godzinach rannych w dniu 19 grudnia 2018r. System nie reagował na komendy, się zawieszał, a tym samym znowu uniemożliwiał wysłanie oferty. Jeżeli dłużej się próbowało klikać pojawiał się napis „The service is unavailable".

Zgodnie z art. 10 b PZP to na Zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający na zasadzie swobody działalności gospodarczej wybrał platformę Marketplanet. Wybierając tą platformę przyjął na siebie także ryzyko za wady i błędy tego systemu.

Oczywistością jest to, że gdy wyznaczony jest termin do składania ofert do godziny 09.50 danego dnia, to system musi umożliwić mu złożenie oferty dzień wcześniej czy też nawet kilka minut wcześniej przed upływem tego terminu,

gdyż w innym przypadku mamy do czynienia z sytuacją ograniczenia dostępu wykonawcom do postępowania o udzielenie zamówienia. Nadmienić należy, że wykonawca powinien mieć możliwość ciągłego, nieprzerwanego dostępu do systemu od momentu opublikowania postępowania do momentu upływu terminu składania ofert, gdyż cała komunikacja z zamawiającym odbywa się przy użyciu narzędzi elektronicznych.

Błędy w działaniach systemów elektronicznych się zdarzają, mogą być istotne lub mniej istotne. Jednak błąd systemu uniemożliwiający złożenie oferty należy uznać za krytyczny, w następstwie którego Zamawiający powinien unieważnić postępowanie, gdyż istota elektronizacji postępowań miało być sprawniejsze i łatwiejsze składanie ofert i wszelkich oświadczeń składanych w postępowaniach.

Wykonawca nie ma obowiązku co 10 - 15 minut sprawdzać każdego dnia, czy system działa, co więcej należy podkreślić, że Wykonawca próbował złożyć swoją ofertę już dzień przed upływem terminu składania ofert, a więc biorąc pod uwagę należytą staranność oraz natychmiastowość złożenia oferty poprzez system, działał ze sporym wyprzedzeniem. To w interesie Zamawiającego jest wybór sprawnego systemu informatycznego.

Termin składania ofert już upłynął, czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową, którą nie można powtórzyć, dlatego jedynym możliwym rozwiązaniem jest unieważnienie postępowania oraz jego powtórzenie ze sprawnym systemem".

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia postępowania w każdej z części, tj. I, II, III i IV.

2)obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zastępstwa procesowego.

Pismem z dnia 4 stycznia 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł m.in.:

„W odpowiedzi na odwołanie, złożone do Krajowej Izby Odwoławczej przez Eko Serwis sp. z o.o. w dniu 28.12.2018. r., Instytut Metali Nieżelaznych Oddział w Legnicy wskazuje, iż zostało ono wniesione niezgodnie z treścią art. 180 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie dotyczy bowiem czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia ani też zaniechania czynności, do której byłby zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

Odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, rozumianego jako czynności związane z przygotowaniem dokumentacji postępowania, jego ogłoszeniem, przeprowadzeniem czynności otwarcia ofert, ich badania i oceny oraz zawarcia umowy i wypełnienia wszystkich obowiązków informacyjnych, a zatem podniesiony przez Eko Serwis zarzut odnoszący się do jego interakcji z systemem komunikacji elektronicznej nie spełnia tej przesłanki. Uznając powyższe, w konsekwencji należy oddalić pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu w całości.

Wykonawca miał czas na zapoznanie się z działaniem platformy e-Zamawiający od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu, tj. od dnia 20.10.2018. r., jeśli zatem istniałyby przesłanki rozpatrywania sprawy w tym zakresie, wnosimy o uznanie, iż datą, od której należy liczyć termin na wniesienie odwołania, jest ww. data ogłoszenia. W związku z tym termin na skuteczne wniesienie odwołania upłynął nie później niż w dniu 5.11.2018. r., zatem odwołanie tak czy inaczej należy uznać za wniesione po terminie ustalonym w art. 182 pkt 1 ust. 1) i jako takie, podlega odrzuceniu.

Instytut Metali Nieżelaznych Oddział w Legnicy zaznacza jednocześnie, iż firma Eko Serwis sp. z o.o. nie posiada interesu ekonomicznego i prawnego, nie jest bowiem uczestnikiem prowadzonego postępowania nr ZDH/22/2018. W związku z powyższym, odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp.

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 wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu inny wykonawca złożył ofertę w sposób prawidłowy, zatem twierdzenie, iż system nie zapewniał możliwości sprawnego złożenia oferty, jest nieprawdziwe.

W świetle powyższego należy całkowicie uznać bezzasadność podniesionych zarzutów, skoro bowiem istnieje wykonawca, który miał możliwość złożenia oferty bez żadnych problemów technicznych, nie istnieje jednoznaczna pewność czy powodem niezłożenia oferty przez Eko Serwis były problemy techniczne, czy celowe działanie. Z treści odwołania wynika bowiem, iż Eko Serwis przystąpił do złożenia oferty dopiero na dzień przed terminem otwarcia ofert, a zatem w ostatniej chwili, nie biorąc pod uwagę możliwych do wystąpienia nie dających się przewidzieć obiektywnych okoliczności, choć miał na tę czynność 60 dni od daty publikacji ogłoszenia, tj. od 20.10.2018. r.

Można to odnieść do sytuacji, w której wykonawca w poprzedniej formule proceduralnej planuje złożyć ofertę osobiście na kwadrans przed ostatecznym terminem i żąda powtórzenia postępowania, ponieważ utknął w korku. Ma to znamiona nienależytej staranności ze strony wykonawcy i takie działanie nie może zostać objęte ochroną prawną.

(…) Zamawiający zapewnił we właściwy sposób możliwość nie tylko składania ofert, ale i komunikacji w postępowaniu. Każdy potencjalny wykonawca miał do dyspozycji dane kontaktowe, obejmujące numery telefonów oraz adresy mailowe służące do komunikacji. Eko Serwis winien w takiej sytuacji poinformować niezwłocznie zamawiającego o problemach i wnieść o zmianę terminu składania ofert. W takim przypadku zamawiający miałby czas i możliwość sprawdzenia opisanej okoliczności i przede wszystkim miałby wiedzę, że istnieje jeszcze jeden wykonawca, który ma wolę złożenia oferty w prowadzonym postępowaniu. Brak jakiejkolwiek informacji ze strony Eko Serwis potwierdza fakt, iż nie był on zainteresowany złożeniem oferty, a zatem świadomie zrzekł się interesu prawnego i ekonomicznego i nie można mu go przywrócić w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Powyższe potwierdza załączona do niniejszego pisma informacja od operatora platformy e- Zamawiający, w której stwierdza się jednoznacznie, iż w dniu 18.12.2018. r. dostęp do niektórych funkcji był utrudniony do godz. 12:50. A zatem w dniu, w którym Eko Serwis zamierzał złożyć ofertę, po wskazanej godzinie istniała techniczna możliwość dokonania tej czynności, z czego firma nie skorzystała, świadomie odstępując od uczestnictwa w postępowaniu. Nieprawdziwym jest zatem twierdzenie firmy Eko Serwis, jakoby miała dokonywać wielokrotnych prób złożenia oferty, jeśli bowiem w ogóle podjęła tę próbę, miała ona miejsce jedynie i dopiero w przeddzień otwarcia ofert, w godzinach porannych. Trudno też zaprzeczyć twierdzeniu, że mając do dyspozycji 60 dni na złożenie oferty, przystępując do tej czynności ostatniego dnia, wykonawca postąpił co najmniej nierozważnie.

Z podobną sytuacją mogliśmy się zetknąć w tradycyjnym modelu proceduralnym, kiedy wykonawcy musieli mierzyć się z szeregiem obiektywnych okoliczności, które jak w przypadku każdej czynności musiały być brane pod uwagę, jak kolejka w urzędzie pocztowym, wypadek na autostradzie czy nieobecność w pracy osoby odpowiedzialnej za podpisywanie dokumentów. W takich przypadkach obowiązkiem wykonawcy było przewidzieć wszelkie niesprzyjające uwarunkowania i zapewnić sobie czas niezbędny do skutecznego złożenia oferty. W przypadkach losowych zamawiający zawsze zgadzał się na zmianę terminu składania ofert mając wiedzę, że istnieje jeszcze jeden wykonawca

zainteresowany udziałem w przetargu i w tym przypadku również, jeśli zostałby poinformowany o woli złożenia oferty, zadbałby o powiększenie sobie możliwości wyboru ofert.

Istotną kwestią jest tutaj fakt, iż firma Eko Serwis złożyła pierwotnie ofertęw przedmiotowym postępowaniu we wcześniejszym terminie, po czym wycofała ją wraz z wpłaconym wadium, dając zamawiającemu wyraźny sygnał, że rezygnuje z udziału w postępowaniu, po czym podjęła próbę złożenia oferty w przeddzień ostatecznego terminu, dokonując jednocześnie ponownego przelewu wadium, który został ujawniony na koncie zamawiającego dopiero w dniu 19.12.2018., to jest w dniu otwarcia ofert. Takie postępowanie wykonawcy jasno wskazuje na zaplanowane działanie w celu wprowadzenia w błąd zamawiającego lub wprowadzenia dezorganizacji w jego pracę.

W związku z powyższym, zamawiający nie mógł unieważnić postępowania, w którym istnieje wykonawca, którego oferta jest wiążąca i nie istnieje wobec niego żadna przesłanka uniemożliwiająca udzielenie zamówienia. Wykonawca ten posiada niekwestionowany interes prawny i ekonomiczny do żądania uznania jego oferty za złożoną zgodnie z przepisami ustawy Pzp i w konsekwencji - udzielenia zamówienia. Co więcej, działanie inne niż udzielenie zamówienia wykonawcy, który złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu, które nie posiada wad uniemożliwiających udzielenie zamówienia, byłoby aktem naruszenia przepisów o ochronie konkurencji i konsumenta, zaburzającym równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, zgodnie z przywołanym powyżej art. 7 Pzp.

Instytut Metali Nieżelaznych Oddział w Legnicy, ważąc powyższe, wnosi o odrzucenie odwołania w całości, argumentując jak następuje:

1)Nie istnieje podstawa do unieważnienia postępowania z mocy art. 93 pkt 1 ust. 7 ustawy Pzp, ponieważ w postępowaniu złożono ważną, niepodlegającą odrzuceniu ofertę, co dowodzi, że nie tylko postępowanie nie zostało obarczone wadą, ale wręcz przeciwnie - każde działanie zmierzające do jego unieważnienia będzie działaniem bezprawnym i aktem nieuczciwej konkurencji. Brak przystąpienia do postępowania firmy, która nie dołożyła należytej staranności, zamierzając złożyć ofertę w ostatniej chwili, nie stanowi przesłanki do naruszania otwartej konkurencji i nie ma również miejsca na wymuszanie takich działań na zamawiającym poprzez Krajową Izbę Odwoławczą.

2)Bezzasadnym jest powoływanie się na art. 86 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem zamawiający nie naruszył tego przepisu, publikując zgodnie z literą przytoczonego przepisu wszystkie niezbędne informacje z otwarcia ofert złożonych w terminie.

3)W świetle faktu złożenia przez innego wykonawcę niepodlegającej odrzuceniu oferty, zapewnione przez zamawiającego narzędzia do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie ograniczały wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie Zamówienia."

Do odpowiedzi na odwołanie zamawiający dołączył wydruk wiadomości mailowej z dnia 19 grudnia 2018 r. od Zespołu Wsparcia Marketplanet o treści:

„Dzień dobry,

Uprzejmie informujemy, że utrudnienia z dostępem do niektórych funkcji platformy e-Zamawiający trwały w dniu wczorajszym do g. 12:50, ale nie była to całkowita niedostępność systemu.

w razie pytań pozostajemy do dyspozycji.

Pozdrawiamy,

Zespół Wsparcia Marketplanet."

Pismami z dnia 4 stycznia 2019 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego:

1)Firma Handlowo Usługowo Produkcyjna ALU-STAR A.S., ul. Pierwszej Brygady 35, 73-110 Stargard - zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego,

2)Mo-BRUK S.A., Niecew 68, 33-322 Korzenna - zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego.

Izba stwierdziła, że oba przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru i zagospodarowania żużla z produkcji stopów ołowiu (odpad o kodzie 100401*).

Z dokumentacji postępowania wynika, że odwołujący zadawał zamawiającemu pytania dotyczące treści siwz oraz wniósł wadium. Pismem z dnia 5 grudnia 2018 r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu złożonej drogą pocztową oferty i wadium. W dniu 18 grudnia 2018 r. odwołujący ponownie wniósł wadium.

Termin składania ofert upływał w dniu 19 grudnia 2018 r. o godz. 9.50. Jedyną ofertę w każdej z czterech części postępowania złożył przystępujący po stronie zamawiającego - Firma Handlowo Usługowo Produkcyjna ALU-STAR A.S..

W dniu 20 grudnia 2018 r. odwołujący poinformował zamawiającego drogą mailową o problemach technicznych systemu informatycznego uniemożliwiających mu złożenie oferty i wezwał zamawiającego do unieważnienia postępowania.

W dniach 21 grudnia 2018 r. – 8 stycznia 2019 r. zamawiający prowadził korespondencję mailową z Zespołem Wsparcia Marketplanet, w ramach której poinformował o zgłoszonym mu przez odwołującego problemie, prosił o wyjaśnienie tej sytuacji oraz skarżył się na brak reakcji ze strony Marketplanet. W jednym z maili zamawiający napisał do Marketplanet: „W systemie widać, że firma EKO-SERWIS oraz MOBRUK mają zapisane oferty, ale nie zostały one złożone. Ponadto dniu 18.12.2018 r. otrzymaliśmy następującą informację: "Informujemy, że w wszelkie utrudnienia z dostępem do niektórych funkcjonalności aplikacji e-Zamawiający zostały usunięte po godzinie 14"."

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba postanowiła odnieść się do kwestii formalnych podniesionych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, tj. wniosku o oddalenie odwołania z uwagi na jego niezgodność z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniosku o odrzucenie odwołania z uwagi na jego wniesienie z uchybieniem terminu oraz kwestii braku interesu odwołującego.

Odnosząc się do pierwszej z ww. kwestii, tj. wniosku o oddalenie odwołania z uwagi na jego niezgodność z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, należy zauważyć, że zgodnie z tym przepisem odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zamawiający jako czynności w postępowaniu wymienia „czynności związane z przygotowaniem dokumentacji postępowania, jego ogłoszeniem, przeprowadzeniem

czynności otwarcia ofert, ich badania i oceny oraz zawarcia umowy i wypełnienia wszystkich obowiązków informacyjnych, a zatem podniesiony przez Eko Serwis zarzut odnoszący się do jego interakcji z systemem komunikacji elektronicznej nie spełnia tej przesłanki".

Należy jednak zauważyć, że zgodnie z art. 10 b ustawy Pzp zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. Z przepisu wynika zatem, że do obowiązków zamawiającego należy zapewnienie, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne m.in. nie ograniczały wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym, zgodnie z ww. przepisem to zamawiający odpowiada za zapewnienie, aby wykorzystywane przez niego narzędzie informatyczne umożliwiało wykonawcom wykonanie wszelkich czynności, jakie są niezbędne do wzięcia udziału w postępowaniu. Obowiązek zapewnienia powyższego jest więc czynnością zamawiającego związaną zarówno z przygotowaniem, jak i prowadzeniem postępowania, a uchybienie temu obowiązkowi, stanowi zaniechanie zamawiającego, od którego wykonawca może złożyć odwołanie.

Należy zauważyć, że odpowiedzialność zamawiającego za przygotowanie i prowadzenie postępowania, w tym za zapewnienie wykonawcom dostępu do zamówienia, nie musi być oparta na zasadzie winy. Czynność lub zaniechanie zamawiającego, od których przysługuje odwołanie, nie musi zatem wynikać z winy zamawiającego. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że nawet jeśli – zarzucane przez odwołującego - wadliwe działanie narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, nie jest zawinione przez zamawiającego, to powoduje, że dochodzi do uchybienia przez zamawiającego obowiązkowi, o którym mowa w art. 10 b ustawy Pzp i może wpływać na kolejne czynności lub zaniechania zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający nie może zatem ignorować sposobu funkcjonowania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, jak też nie może ignorować skutków tego działania i ich wpływu na przygotowanie i prowadzenie postępowania. W szczególności zamawiający nie może ignorować wpływu działania narzędzia informatycznego na zachowanie zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

W niniejszej sprawie odwołujący twierdzi, że z powodu wadliwego działania platformy Marketplanet, nie mógł złożyć oferty w postępowaniu. Jak wskazano już wyżej, zapewnienie wykonawcom dostępu do postępowania w ramach narzędzi i urządzeń wykorzystywanych do komunikacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 10 b ustawy Pzp, należy do obowiązków zamawiającego. Tym samym, w ocenie Izby, brak zapewnienia powyższego stanowi zaniechanie zamawiającego, od którego odwołujący mógł złożyć odwołanie, zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do drugiej z ww. kwestii, tj. wniosku o odrzucenie odwołania z uwagi na jego wniesienie z uchybieniem terminu, należy zauważyć, że niezasadne jest powoływanie się przez zamawiającego w tej sprawie na brzmienie art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie mamy tutaj do czynienia z czynnością, o której wykonawca był przez zamawiającego informowany, jak tego wymaga ww. przepis. W sprawie znajdzie natomiast zastosowanie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Odwołujący powziął wiadomość o wadliwym (w jego ocenie) działaniu narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone było postępowanie, w dniu 18 grudnia 2018 r. W tym dniu bowiem bezskutecznie usiłował złożyć ofertę. Tym samym należy przyjąć, że termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 28 grudnia 2018 r. i w tym terminie odwołujący rzeczywiście wniósł odwołanie.

Nie można się przy tym zgodzić z zamawiającym, że wykonawca miał czas na zapoznanie się z działaniem platformy od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu, tj. od 20 października 2018 r., co oznaczałoby, że termin wniesienia odwołania upływał w dniu 5 listopada 2018 r. Należy podkreślić, że okolicznością stanowiącą podstawę wniesienia odwołania nie jest w tym przypadku sam fakt wykorzystania przez zamawiającego platformy Marketplanet, z której ogólnym działaniem odwołujący mógł się zapoznać, ale okolicznością taką jest wadliwe (w ocenie odwołującego) działanie tej platformy uniemożliwiające dokonanie czynności złożenia oferty. O takim wadliwym działaniu odwołujący powziął wiadomość dopiero w dniu 18 grudnia 2018 r., ponieważ dopiero w tym dniu, jak twierdzi, podjął próbę złożenia oferty. Niezależnie od powyższego, nie można w niniejszej sprawie liczyć terminu na wniesienie odwołania od dnia zamieszczenia ogłoszenia, tj. od 20 października 2018 r., ponieważ nie wiadomo, czy już od tego dnia platforma działała wadliwie. Tymczasem, jak wskazano już wyżej, to zarzucany przez odwołującego fakt wadliwego działania narzędzia informatycznego polegającego na uniemożliwieniu złożenia oferty, stanowi w niniejszej sprawie okoliczność będącą podstawą wniesienia odwołania.

Reasumując, skoro w niniejszej sprawie odwołujący od 18 grudnia 2018 r. nie mógł złożyć oferty za pośrednictwem systemu Marketplanet, to należy uznać, że w dniu 28 grudnia 2018 r. upływał mu termin na wniesienie odwołania, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione w terminie. Tym samym nie ma podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do trzeciej z ww. kwestii, tj. braku interesu odwołującego, należy zauważyć, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W świetle ww. przepisu nie można zgodzić się z zamawiającym, że odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania, ponieważ nie posiada interesu ekonomicznego i prawnego i nie jest uczestnikiem postępowania.

Po pierwsze, podkreślić należy, że zgodnie z ww. przepisem, środki ochrony prawnej przysługują nie „uczestnikowi postępowania", ale wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi. Tym samym odwołujący nie musi być uczestnikiem postępowania (jakkolwiek zamawiający rozumie to pojęcie), ale może być też innym niż wykonawca (w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp) lub uczestnik konkursu, podmiotem. Uprawnienie takiego podmiotu do wniesienia odwołania zależy wyłącznie od tego, czy ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Po drugie zatem, przechodząc do kwestii samego interesu, należy podkreślić, że Ustawodawca w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp posługuje się pojęciem „interesu w uzyskaniu zamówienia", nie zaś interesem prawnym lub ekonomicznym. Oznacza to, że interes, jaki wykazuje wnoszący odwołanie, może być interesem faktycznym, w szczególności zaś nie musi być interesem prawnym. Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 06.02.2018 r. sygn.

akt XI Ga 692/17, w którym stwierdzono: „Przechodząc do rozważenia, czy po stronie skarżącego konsorcjum istnieje interes w zaskarżeniu wyroku KIO, dojść należało do wniosku, że w art. 179 ust. 1 p.z.p. jest mowa o interesie, a nie interesie prawnym. Interes prawny musi wynikać z obowiązujących przepisów prawa materialnego. Interes może mieć charakter faktyczny. Interes faktyczny zachodzi wtedy, gdy wykonawca jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, lecz nie może tego poprzeć przepisami prawa. Przepis ten wiąże możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej z ochroną interesu wykonawcy, który to interes realizuje się przez możliwość uzyskania zamówienia wskutek wniesienia odwołania". W przedmiotowej sprawie odwołujący podjął działania w celu ubiegania się o zamówienie i może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania tego zamówienia wskutek braku możliwości złożenia oferty. Tym samym odwołujący jest innym podmiotem, który posiada interes faktyczny i może ponieść szkodę w związku z zarzucanym zamawiającemu naruszeniem ustawy Pzp (na marginesie jedynie należy zauważyć, że interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może być uznany za rodzaj interesu ekonomicznego, o którym pisze zamawiający). W konsekwencji brak jest podstaw do uznania, że odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując, w wyniku rozważenia ww. kwestii trzech kwestii podniesionych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Odnosząc się do kwestii merytorycznej podniesionej w odwołaniu, tj. niemożności złożenia oferty z powodu wadliwego działania systemu informatycznego, w pierwszej kolejności, abstrahując od stanu faktycznego niniejszej sprawy, należy podnieść, że co do zasady sytuacja, w której wykonawca z powodu wadliwości działania systemu informatycznego nie może złożyć oferty, jest podstawą do tego, aby zamawiający unieważnił postępowanie.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z przepisu wynika, że postępowanie podlega unieważnieniu, jeżeli wystąpiła w nim taka wada, która powoduje, że umowa zawarta w wyniku tego postępowania, podlegałaby unieważnieniu. Przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego przewidziane zostały w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z przepisu wynika, że podstawą do unieważnienia umowy jest naruszenie przez zamawiającego przepisu ustawy Pzp w sposób, który miał lub mógł mieć wpływ na wynik postępowania, tj. na wybór oferty. Podsumowując, w art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp Ustawodawca przewidział obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli doszło w nim do takiego naruszenia przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania.

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. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Aby jednak wyżej wskazana podstawa do unieważnienia postępowania zachodziła, musi zostać wykazane, że brak możliwości złożenia oferty wynikał z wadliwości działania systemu informatycznego, czyli z przyczyn od wykonawcy niezależnych.

W niniejszej sprawie odwołujący przedstawił na rozprawie print screeny pokazujące, że w dniu 18 grudnia 2018 r. o godzinie: 8.26, 11.26, 12.11 i 13.14 oraz w dniu 19 grudnia 2018 r. o godzinie: 8.14, 9.05, 9.25 i 9.46 strona https://imn-legnica.ezamawiajacy.pl /servlet/HomeServlet pokazywała komunikat: „The service is unavailable". Przedstawił także maile kierowane do platformy Marketplanet i jedną odpowiedź tejże platformy z dnia 19 grudnia 2018 r., w której poinformowano go, że „utrudnienia z dostępem do niektórych funkcji platformy e-Zamawiający trwały w dniu wczorajszym do g. 12:50, ale nie była to całkowita niedostępność systemu".

Zamawiający przedstawił natomiast m.in. pismo od Marketplanet, w którym stwierdzono, że: „Z analizy logów Systemu pobranych ze strefy Wykonawców OnePlace, problemy z zalogowaniem się użytkowników do systemu Ezamawiający dnia 18.12.2018 występowały pomiędzy godziną 10:46 a 12:34. W tych godzinach nie została odnotowana ani jedna próba wejścia przez Wykonawcę Eko Serwis Sp. zoo na platformę Ezamawiający ze strefy Wykonawcy. (…) W wyniku przeprowadzonej analizy logów dostępności systemu eZamawiający wykluczamy jakąkolwiek niedostępność aplikacji w dniu 19.12.2018. Ponadto analiza aktywności logów Wykonawcy wskazuje na to, że użytkownik był dostępny i poruszał się po Systemie od 08:33:12 do 17:45:13 dnia 19.12.2018. Wykonawca zapisał ofertę o godzinie 09:07:48.590 na postępowaniu nr ZDH/22/2018. Analiza logów wykazała aktywność Wykonawcy na wskazanym postępowaniu (w tym między innymi akcja dodania załączników do oferty) do godziny 09:45:20".

W niniejszej sprawie odwołujący nie wykazał za pomocą przedstawionych przez siebie dowodów, że niemożność złożenia przez niego oferty leżała po stronie platformy Marketplanet i nie wynikała np. z wadliwości podejmowanych przez niego samego czynności.

Po pierwsze, należy zauważyć, że nie wiadomo, z jakich przyczyn odwołującemu w dniu 18 grudnia 2018 r. ukazywał się komunikat o treści: „The service is unavailable", skoro z informacji pochodzących od Marketplanet wynika, że w tym dniu pomiędzy godziną 10.46 a 12.34 nie została odnotowana ani jedna próba wejścia odwołującego na platformę ze strefy wykonawcy. Były to jednocześnie godziny, pomiędzy którymi (wg innej informacji pochodzącej od Marketplanet – do godz. 12.50) system wprawdzie działał wadliwie, ale - jak stwierdzono w piśmie Marketplanet – akurat w tych godzinach odwołujący nie próbował wejść do systemu. Oznacza to, że problemy odwołującego musiały wystąpić jeszcze na etapie przed zalogowaniem się do systemu, skoro system nawet nie odnotował próby wejścia. Powyższe może potwierdzać fakt, że właśnie ze strony , na której ukazywał się komunikat „The service is unavailable", możliwe jest dopiero zalogowanie się do systemu.

Po drugie, przechodząc do dnia 19 grudnia 2018 r., należy zauważyć, że odwołującemu m.in. o godzinie 8.14 i 9.05 pojawił się komunikat: „The service is unavailable". Tymczasem Marketplanet wyklucza jakąkolwiek niedostępność systemu w tym dniu. Powyższe potwierdza fakt, że w tym właśnie dniu o godzinie 9.04, czyli pomiędzy godzinami aktywności odwołującego, przystępującemu ALU-STAR A.S. udało się złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu. Fakt złożenia oferty przez innego wykonawcę (przystępującego) przeczy twierdzeniom odwołującego, że w dniu 19 grudnia 2018 r. przed godziną wyznaczoną na składanie ofert (9.50) system działał wadliwie.

Reasumując, odwołujący nie wykazał w niniejszym postępowaniu odwoławczym, że przyczyny niemożności

złożenia przez niego oferty wynikały ze sposobu działania używanej przez zamawiającego platformy Marketplanet. W szczególności, w świetle dowodów przedstawionych przez zamawiającego, nie można stwierdzić, że wadliwe działanie ww. platformy w dniu 18 grudnia 2018 r. w godzinach 10.46 – 12.34 uniemożliwiło odwołującemu złożenie oferty, skoro nie odnotowano nawet próby jego wejścia do systemu oraz że ww. platforma w ogóle działała wadliwie w dniu 19 grudnia 2018 r. Dlatego też odwołanie podlegało oddaleniu.

W celu dokonania ww. ustaleń Izba nie wzięła pod uwagę dokumentu przysłanego przez zamawiającego do sekretariatu Izby drogą mailową w dniu 14 stycznia 2019 r. o godz. 14.13, tj. w trakcie już toczącej się w tym dniu od godz. 13.00 rozprawy. Zgodnie z art. 190 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Ponadto zgodnie z § 24 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. z dnia 7 maja 2018 r., Dz.U. z 2018 r. poz. 1092) pisma przedkładane w toku rozprawy przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego wnosi się również w odpisach dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. Z cytowanych przepisów wynika, że dowody mogą być składane do zamknięcia rozprawy, przy czym oczywistym jest, że składane muszą być w taki sposób, aby skład orzekający i strony oraz uczestnicy postępowania odwoławczego były ich złożenia świadome i mogły się z nimi zapoznać. Ponadto wymagane jest, aby pisma wnoszone były również w odpisach dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. Dokument wysłany przez zamawiającego w trakcie trwania rozprawy nie spełnia ww. wymogów, ponieważ dotarł do sekretariatu Izby w trakcie trwania rozprawy, czyli bez wiedzy i świadomości zarówno składu orzekającego, jak i odwołującego oraz przystępującego, a także nie zostały złożone jego odpisy. Tym samym dokument ten nie mógł być wzięty pod uwagę zarówno z ww. przyczyn formalnych, jak i przyczyn faktycznych (zarejestrowany został dopiero o godz. 16.06, czyli już po ogłoszeniu wyroku). Fakty wynikające z treści tego dokumentu zostały przedstawione przez zamawiającego ustnie na rozprawie i wyłącznie na tej podstawie zostały uwzględnione przez Izbę przy rozpoznaniu odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba nie zasądziła przy tym od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów, o których mowa w § 3 ust. 2 ww. rozporządzenia, ponieważ zamawiający przedstawił jedynie spis ww. kosztów, nie przedstawił natomiast rachunków (faktur) wymaganych w ww. przepisie dla udowodnienia faktu poniesienia tychże kosztów.

Przewodniczący …….