

Sygn. akt: KIO 3340/20

WYROK
z dnia 26 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2020 r. przez wykonawcę PrintNonStop Fleet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – Oddział Regionalny w Lublinie przy udziale wykonawcy Bluebrain Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego PrintNonStop Fleet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego PrintNonStop Fleet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie na rzecz zamawiającego Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – Oddział Regionalny w Lublinie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art 198a ust. 1 i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3340/20

Uzasadnienie

Zamawiający Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – Oddział Regionalny w Lublinie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup kompleksowej usługi obsługi urządzeń drukujących i kopiujących polegającej na zapewnieniu prawidłowej pracy urządzeń wraz z dostawą materiałów eksploatacyjnych, serwisem, wdrożeniem wydruku podążającego i dzierżawą urządzeń do 18.01.2024 r.” (nr ref. 0800-OP.261.112020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 października 2020 r. pod numerem 2020/S 198-480312. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 14 grudnia 2020 r. wykonawca PrintNonStop Fleet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności unieważnienia czynności unieważnienia postępowania podjętej w dniu 2 grudnia 2020 r. oraz czynności otwarcia ofert z dnia 10 grudnia 2020 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie podjętej uprzednio zasadnie czynności unieważnienia postępowania pomimo zaistnienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przesłanki jego unieważnienia, wobec niezapewnienia przez Zamawiającego należytego sposobu funkcjonowania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, jak też nie zignorowanie skutków tego działania i ich wpływu na przygotowanie i prowadzenie postępowania zwłaszcza, że obowiązkiem Odwołującego nie jest dowiedzenie okoliczności wpływu tego działania na wynik postępowania, a wystarczy jego uprawdopodobnienie zwłaszcza, że uprzednio złożone odwołanie dotyczące czynności unieważnienia postępowania zostało skutecznie cofnięte.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania (przy czym wniosek zawierał błąd, jako że Odwołujący zmierzał do utrzymania w mocy czynności unieważnienia postępowania z dnia 13 listopada 2020 r.) oraz unieważnienia czynności otwarcia ofert. Wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wskazał, iż w razie uwzględnienia odwołania czynność Zamawiającego polegająca na uprzednim unieważnieniu postępowania pozostanie w mocy. Wyjaśnił, iż podjął próbę złożenia w terminie oferty, wpłacił wadium, podpisał podpisem kwalifikowanym ofertę. Z przyczyn leżących po stronie systemów informatycznych Zamawiającego nie było możliwym jej złożenie. Błąd systemów informatycznych legł u podstaw unieważnienia postępowania. Wskazał, iż nie był jedynym podmiotem, któremu z przyczyn technicznych nie udało się skutecznie złożyć oferty w postępowaniu. Odwołujący podniósł, iż utrzymanie czynności unieważnienia postępowania otwiera mu drogę do uzyskania zamówienia, powołał się na wyrok TSUE w sprawie C-689/13 oraz w sprawie C-100/12, a także wyrok KIO z dnia 22 listopada 2016 r., KIO 2099/16.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący podniósł, iż unieważniając podjętą uprzednio czynność unieważnienia postępowania uwzględniając zarzuty odwołującego się w sprawie o sygn. akt KIO 3080/20, naruszył przepisy art. 7 ust 1 w zw. z art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy PZP wobec zaistnienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przesłanki jego unieważnienia, wobec niezapewnienia przez Zamawiającego należytego sposobu

funkcjonowania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, jak też nie zignorowanie skutków tego działania i ich wpływu na przygotowanie i prowadzenie postępowania. Zdaniem Odwołującego 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. W tym zakresie Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby (wyrok z dnia 2 stycznia 2020 r., KIO 15/20, z dnia 14 stycznia 2020 r., KIO 2603/19, z dnia 7 marca 2019 r., KIO 217/19).

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 13 listopada 2020 roku godz. 10.00, jak również, że wykonawca Bluebrain złożył w postępowaniu ofertę w dniu 12 listopada 2020 roku o godzinie 15.34. Podniósł, iż z dowodów załączonych do odwołania, wynika, że po tej dacie nie było możliwe - z uwagi na przyczyny nie leżące po stronie wykonawców - złożenie skuteczne oferty w postępowaniu. W szczególności z wydruków print screen oraz korespondencji e-mail pochodzącej od biorącego udział w postępowaniu wykonawcy a4 Copy s.c. wynika, iż en wykonawca podejmował nieskuteczne próby złożenia swojej oferty w postępowaniu także 12 listopada 2020 r, co najmniej dwukrotnie tj. o godz. 21:47 oraz 22:21 podjął próby logowania się do platformy zakupowej. Fakt ten ww. wykonawca zgłosił Zamawiającemu drogą e-mail, wskazując, że nie miał wcześniej problemów technicznych dotyczących platformy informatycznej, za pośrednictwem której Zamawiający nakazał składanie oferty, tj. problemów związanych z zalogowaniem się jako użytkownik zewnętrzny. Również celem wykazania faktu podjęcia próby przesłania oferty na platformę zakupową Odwołujący przedstawił informację o złożonym podpisie na ofercie (wskazującym czas jego złożenia tj. 13 listopada 2020 r. godz. 9.59) oraz dowód wpłaty wadium. Wolą Odwołującego było w tym wypadku złożenie oferty i poddanie jej badaniu przez Zamawiającego. Odwołujący podniósł, iż skoro to Zamawiający wybrał platformę elektroniczną jako narzędzie do przeprowadzenia postępowania, wskazując ją wszystkim wykonawcom jako instrument wykorzystywany do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, to przyjął tym samym na siebie także ryzyko za wady i błędy tego systemu. Skoro system wskazany przez Zamawiającego nie uniemożliwiał od momentu opublikowania postępowania do momentu upływu terminu składania ofert wszystkim wykonawcom złożenia oferty, to oznacza to, że naruszono zasadę wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp narzucającą by wszystkie wymagania, które Zamawiający bierze pod uwagę przy rozstrzygnięciu przetargu były znane wykonawcom oraz by zapewniono im równe warunki uczestnictwa w przetargu. Obowiązkiem każdego zamawiającego jest bowiem zapewnienie możliwości udziału w postępowaniu przetargowym tyłu wykonawcom, ilu chce złożyć oferty i problem choćby jednego z nich, który nie leży po stronie tegoż wykonawcy skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego jedynym możliwym rozwiązaniem w takiej sytuacji było unieważnienie postępowania oraz jego powtórzenie. Odwołujący powołał się w tym kontekście na wyrok KIO o sygn. akt KIO 15/20 oraz KIO 2603/19.

Odwołujący zwrócił także uwagę na związek czasowy pomiędzy korespondencją i informacjami przekazywanymi Zamawiającemu odnośnie wadliwości działania platformy zakupowej i podejmowanymi przez niego czynnościami. O problemach z zalogowaniem się na platformie zakupowej wykonawca A4 copy s.c. zawiadamiał Zamawiającego w dniu 13 listopada 2020 r. przysyłając mu print screen potwierdzający niemożność zalogowania się jako użytkownik zewnętrzny celem złożenia oferty. Również z czasu podejmowania prób przez Odwołującego się złożenia oferty w postępowaniu wynika, iż był to czas zbliżony z upływem terminu do składania ofert w postępowaniu, stąd w czasie niezbędnym dla należytego wyjaśnienia przyczyn niemożności złożenia ofert mogło dla Zamawiającego nie być możliwym podjęcie kroków zmierzających do uzyskania pełnej wiedzy o przyczynach zaistniałego niewątpliwie problemu i podjęcia kroków dla utrzymania trwającego postępowania. Odwołujący wskazał także, iż ocenie przez Izbę podlega stan faktyczny jaki leży u podstaw podjętej przez Zamawiającego czynności istniejący w momencie jej podejmowania, tj. w niniejszej sprawie 13 listopada 2020 r. o godz. najpóźniej 12:51 (czas opublikowania czynności unieważnienia postępowania), a nie stan faktyczny, jaki zarysować się może później, tj. po dokonaniu dalszych czynności. Zdaniem Odwołującego skoro Zamawiający w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania pozostawał w przekonaniu, iż trudności związane z zalogowaniem się do systemu zakupowego leżały po jego stronie, zasadną była jego decyzja o unieważnieniu postępowania. Odwołujący powołał się na wyrok KIOz dnia 7 marca 2019 r., KIO 217/19 oraz z dnia 4 marca 2019 r., KIO 268/19.

W dniu 18 grudnia 2020 r. wpłynęło do akt sprawy pismo wykonawcy Bluebrain Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie zawierające zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W piśmie tym zawarto wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3080/20 i unieważnił czynność unieważnienia postępowania zgodnie z żądaniem odwołania, które to odwołanie zostało następnie wycofane. Z ostrożności wykonawca Bluebrain wniósł także o oddalenie odwołania wskazując na bezzasadność zarzutów. W piśmie wskazano m.in., iż z dowodów załączonych do odwołania nie wynikają okoliczności lub wynikają inne okoliczności niż te, które Odwołujący wskazał w odwołaniu. Podniesiono także, że Odwołujący powinien wykazać, że brak możliwości złożenia oferty wynikał z wadliwości działania systemu informatycznego, czyli z przyczyn od wykonawcy niezależnych. Zwrócono uwagę, że Odwołujący ani w treści odwołania, ani w dowodach nie wskazał w żaden sposób, że rzekome niezłożenie przez niego i innego potencjalnego wykonawcę oferty wynikało właśnie z przyczyn leżących po stronie Platformy zakupowej i Zamawiającego. Wskazano, że termin składania ofert upływał w dniu 13.11.2020 r. o godz. 10:00 i z tego dnia Odwołujący nie przedstawił żadnych informacji o braku możliwości logowania, czy nawet próby jego podjęcia. Zwrócono przy tym uwagę, że z przedłożonego printscreen z godziny 21.47 wynika, że wykonawca a4 copy s.c. korzystał przy logowaniu z przeglądarki internetowej Safari, która nie była przez Zamawiającego dopuszczona jako zgodna z minimalnymi wymaganiami technicznymi określonymi przez dostawcę Platformy. Na podstawie informacji przedstawionych przez Odwołującego zdaniem wykonawcy Bluebrain można wywieść, że Odwołujący rozpoczął proces składania oferty w terminie, który uniemożliwił mu złożenie oferty w terminie. Odwołujący przy tym nie wykazał żadnej okoliczności, która uniemożliwiła mu podjęcie tych czynności i chociażby zalogowanie się do Portalu wcześniej, a nawet jeżeli czynności takie podejmował z negatywnym skutkiem, to aby odpowiedzialnym za to był Zamawiający. Wszelka argumentacja Odwołującego dotycząca nieprawidłowości działania Platformy Zamawiającego jest gołosłowna i podnoszona jest w celu odwrócenia uwagi od faktu, że Odwołujący najprawdopodobniej nie dochował należytej staranności w działaniu. Wykonawca Bluebrain podkreślił także fakt, że żaden z wykonawców ani Zamawiający nie zgłosił do dostawcy Platformy informacji o jej nieprawidłowym działaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, Izba w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Bluebrain Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Przystępujący”) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba oddaliła wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepis ten należy odczytywać w powiązaniu z dyspozycją art. 186 ust. 2-4 ustawy Pzp, które odnosząc się do sytuacji umorzenia postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania w całości lub części, nakładają jednocześnie na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Tylko w takim przypadku ustawa nakłada na Zamawiającego obowiązek wykonania określonych czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, a obowiązek ten jest pochodną umorzenia postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego (w całości lub części). W sytuacji, gdy wykonawca - w przedmiotowej sprawie Przystępujący - zdecydował się wycofać odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3080/20, doprowadzając tym samym do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, to po stronie Zamawiającego nie zaktualizował się obowiązek wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Złożenie oświadczenia o cofnięciu odwołania niesie za sobą skutek analogiczny jak w przypadku, gdyby odwołanie nie zostało w ogóle wniesione czy też gdyby zostało ono zwrócone (z wyłączeniem kwestii dotyczącej kosztów postępowania odwoławczego). Tym samym w omawianym przypadku, z uwagi na wycofanie przez Przystępującego odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3080/20, nie zachodzi podstawa odrzucenia, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, wobec czego odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Izba uznała, iż Odwołujący, wskazując na brak możliwości złożenia oferty z przyczyn nie leżących po jego stronie, lecz z uwagi na wadliwe działanie narzędzia informatycznego, za pomocą którego następowała komunikacja w postępowaniu i domagając się unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ, informację o unieważnieniu postępowania oraz informację o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego, tj. wydruku wygenerowanego w ramach platformy zakupowej dokumentu „Oferta podstawowa” Odwołującego, wydruku potwierdzającego wpłatę wadium przez Odwołującego, wydruku korespondencji e-mail prowadzonej przez Odwołującego z firmą A4 Copy s.c. i załączonej do niej korespondencji ww. firmy z Zamawiającym. Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego w postaci wydruku z rejestru logowań do platformy zakupowej (z e-mailem przewodnim) oraz pisma operatora Platformy SmartPZP z dnia 17 grudnia 2020 r. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 stycznia 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, iż Zamawiający prowadził postępowanie za pośrednictwem platformy zakupowej dostępnej pod adresem https://ezamowienia.krus.gov.pl/krus_lublin. Szczegółowe informacje o sposobie komunikacji, w tym wymagania techniczne, jakie musi spełnić system teleinformatyczny, z którego korzystają wykonawcy, zostały określone w punkcie 8 SIWZ. Zamawiający m.in. wymagał zastosowania przeglądarki internetowej Internet Explorer 11, Chrome ver. 45 i późniejsze, Firefox ver. 54 i późniejsze lub Opera ver. 37 i późniejsze oraz systemu operacyjnego Windows 7 i późniejsze.

Termin składania ofert upływał w dniu 13 listopada 2020 r. o godz. 10.00. Na podstawie informacji o otwarciu ofert Izba ustaliła, iż w postępowaniu w terminie składania ofert wpłynęła jedna oferta - oferta Przystępującego.

Ponadto Izba ustaliła, iż w przypadku wykonawcy A4 Copy s.c. wystąpił problem z zalogowaniem się do platformy zakupowej – print screen z dnia 12.11.2020 r. godz. 21:47 i godz. 22:21 z komunikatami „unexpected error”. Nieudane próby logowania użytkownika (...)@a4polska.pl w dniu 12.11.2020 r. w godzinach wieczornych wynikają także ze złożonych przez Zamawiającego wydruków logów (od godz. 21:39:04 do godz. 22:14:01). Z wydruku logów wynika ponadto, iż ofertę w postępowaniu zamierzał złożyć Odwołujący. Na ich podstawie Izba ustaliła, iż:

- Odwołujący przeszedł do formularza składania oferty w dniu 13.11.2020 r. godz. 9:33:45;
- o godz. 9:54:15 Odwołujący dodał nowe załączniki [Do_wyslania_KRUS_13-11-2020_9.54.15] do oferty;
- o godz. 9:54:45 Odwołujący przeszedł do formularza wysyłania oferty;
- o godz. 9:54:48 Odwołujący przeszedł do wyboru podpisu oferty;
- o godz. 9:54:57 Odwołujący pobrał plik oferty do podpisu;
- o godz. 10.00.51 Odwołujący dodał plik oferty do weryfikacji poprawności podpisu;
- o godz. 10:00:52 wygenerowano komunikat, iż Odwołującemu nie udało się prawidłowo podpisać i wysłać oferty;
- o godz. 10:00:58 Odwołujący przeszedł do wyboru podpisu oferty;
- o godz. 10:01:21 Odwołujący anulował wysłanie oferty.

Ponadto Izba ustaliła, iż brak było wcześniejszych prób złożenia oferty przez Odwołującego. Brak było również prób logowania na platformę zakupową przez wykonawcę A4 Copy s.c. w dniu 13.11.2020 r. Na podstawie pisma operatora platformy zakupowej z dnia 17.12.2020 r. Izba ustaliła, iż ani ze strony wykonawcy A4 Copy s.c., ani ze strony Odwołującego nie doszło do prób kontaktu z pomocą techniczną operatora platformy. Żaden inny podmiot również nie zgłaszał problemów z działaniem platformy, a operator platformy nie zarejestrował awarii ani braków dostępności.

Zamawiający w dniu 13 listopada 2020 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wskazując, iż postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał, iż platforma zakupowa o różnych godzinach i w różnych odstępach czasu uniemożliwiała zalogowanie, a tym samym złożenie oferty potencjalnym wykonawcom.

Następnie, po wniesieniu przez Przystępującego odwołania wobec ww. czynności unieważnienia postępowania (sygn. akt KIO 3080/20), Zamawiający w dniu 2 grudnia 2020 r. unieważnił czynność unieważnienia postępowania podjętą 13 listopada 2020 r. W uzasadnieniu wskazano, iż po analizie zarzutów odwołania w ww. sprawie Zamawiający uznał, że naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp unieważniając postępowanie.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie czynności unieważnienia postępowania pomimo zaistnienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przesłanki jego unieważnienia wobec niezapewnienia przez Zamawiającego należytego sposobu funkcjonowania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, w ocenie Izby nie znalazł potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. 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 kolei w myśl 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.

Istotą sporu w przedmiotowej sprawie była okoliczność czy Zamawiający zapewnił należyte działanie narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzi postępowanie, zapewniając tym samym wykonawcom możliwość złożenia oferty w ustalonym terminie składania ofert z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nie można odmówić racji Odwołującemu, że to obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie prawidłowo funkcjonującego narzędzia, za pomocą którego następuje komunikacja z wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia i to Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada za prawidłowy przebieg tego postępowania. Obowiązek ten znajduje potwierdzenie m.in. w art. 10b 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. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 22 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 15/20, to zamawiający dokonuje wyboru platformy zakupowej, jako narzędzia do przeprowadzenia postępowania i wskazując ją wszystkim wykonawcom jako instrument wykorzystywany do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej przyjmuje tym samym na siebie także ryzyko za wady i błędy tego systemu. System wskazany przez zamawiającego ma umożliwiać wszystkim wykonawcom złożenie oferty w okresie od momentu opublikowania postępowania do momentu upływu terminu składania ofert. Podobnie wypowiedziała się Izba m.in. w wyroku z dnia 14 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2671/18.

Zgodzić się także należy z Odwołującym, że wadliwe działanie narzędzia informatycznego i wiążący się z tym brak możliwości złożenia oferty z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, lecz wynikających z nieprawidłowego działania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, może powodować konieczność unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Sytuacja taka niewątpliwie może mieć wpływ na ograniczenie konkurencji w postępowaniu, jak i na wynik postępowania, w szczególności w przypadku, gdyby na skutek wadliwego działania platformy zakupowej nie mogła zostać złożona oferta, która – gdyby została złożona – mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza (podobnie Izba w wyrokach z dnia 7 marca 2019 r., sygn. akt KIO 217/19, z dnia 22 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 15/20.).

Natomiast - co ma znaczenie kluczowe z perspektywy rozstrzygnięcia - aby stwierdzić, że zaszły podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Odwołujący zobowiązany był wykazać, że brak możliwości złożenia oferty wynikał z wadliwości narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzono postępowanie, a nie z przyczyn zależnych od niego czy wykonawcy A4 Copy s.c. Zgodnie bowiem z art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Na kwestię rozkładu ciężaru dowodu, w podobnej jak obecnie rozpoznawana przez Izbę sytuacji, zwrócono uwagę w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 573/19. Sąd wskazał wówczas, iż „stanowisko Odwołującego opierało się na twierdzeniu, iż to wadliwe działanie Platformy Informatycznej udostępnionej przez Zamawiającego uniemożliwiło mu skuteczne złożenie oferty. Powyższe twierdzenie stanowiło więc oś całego postępowania Odwoławczego i miało kluczowe znaczenie dla uwzględnienia podniesionych w odwołaniu zarzutów. Odwołujący powinien więc, w świetle art. 190 ust. 1 Pzp, wykazać inicjatywę dowodową celem wykazania prawdziwości swoich twierdzeń co do powyższej okoliczności.”

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił tezy o niezapewnieniu przez Zamawiającego należytego sposobu funkcjonowania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone było postępowanie, tj. Platformy SmartPZP. Wbrew twierdzeniom Odwołującego załączone do odwołania dowody nie potwierdzają, że w okresie od dnia 12.11.2020 r. godz. 15:35, kiedy to ofertę w sposób prawidłowy złożył Przystępujący, do momentu upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 13.11.2020 r. godz. 10.00, skuteczne złożenie oferty miało nie być możliwe z przyczyn nieleżących po stronie wykonawców.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii braku możliwości złożenia oferty przez Odwołującego, Izba wskazuje, iż Odwołujący nie pokusił się nawet o wyjaśnienie jakie to rzekome trudności napotkał w procesie składania oferty w postępowaniu. Odwołujący nie opisał jak wyglądał proces składania przez niego oferty, w czym przejawiać się miały błędy w działaniu platformy zakupowej i na jakim etapie nastąpiły. Cała argumentacja przedstawiona w odwołaniu sprowadza się do lakonicznego stwierdzenia, że Odwołujący podejmował próby złożenia oferty, przy czym nie wyjaśniono nawet dlaczego próby te się nie powiodły, w którym momencie pojawiły się problemy techniczne, jakie komunikaty systemu wyświetliły się wtedy na ekranie. Na ww. okoliczności nie przedstawiono żadnych dowodów. Ponadto Odwołujący nie przedstawił też twierdzeń ani dowodów, które wskazywałyby, że dochował należytej staranności podczas składania oferty, tj. w szczególności, że użył w tym celu sprzętu informatycznego i oprogramowania spełniającego wymagania wskazane w SIWZ, że przystąpił do czynności złożenia oferty w odpowiednim czasie, gwarantującym możliwość wykonania wszystkich wymaganych do złożenia oferty czynności przed upływem terminu składania ofert, że w przypadku pojawienia się problemów technicznych podjął działania w celu skontaktowania się z Zamawiającym lub wsparciem technicznym operatora platformy zakupowej. Załączony do odwołania dowód wpłaty wadium potwierdza jedynie fakt, że Odwołujący zamierzał złożyć ofertę w postępowaniu, nie stanowi jednak dowodu na okoliczność, że brak złożenia oferty nie nastąpił z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, a z wadliwego działania platformy zakupowej. Drugi z dowodów przedstawionych przez Odwołującego w odniesieniu do jego własnej oferty, tj. wydruk wygenerowanego w ramach platformy zakupowej dokumentu „Oferta podstawowa” również powyższych okoliczności nie potwierdza. Co więcej, nie potwierdza on także stanowiska Odwołującego jakoby opatrzył ofertę podpisem – z jego treści wynika wyłącznie, że doszło do załączenia do oferty (czyli do wgrania na platformę) pliku o nazwie „Do_wyslania_KRUS_13-11-2020_09.54.15.zip”, dowód ten nie potwierdza podjęcia próby podpisania oferty czy jej złożenia.

W sposób analogiczny odnieść się należy do kwestii braku możliwości złożenia oferty przez innego wykonawcę – A4 Copy s.c. Również w tym zakresie Odwołujący nie wyjaśnił jakie konkretnie czynności zmierzające do złożenia oferty ww. wykonawca podjął, nie opisał problemów technicznych, jakie miały zaistnieć podczas logowania się przez ww. wykonawcę do platformy zakupowej. Złożone przez Odwołującego dowody w postaci korespondencji z przedstawicielem ww. wykonawcy, w tym dwa zrzuty ekranu wskazujące na wystąpienie komunikatu „unexpected error” wskazują jedynie na okoliczność, że wykonawca A4 Copy s.c. w dniu 12 listopada 2020 r. w godzinach wieczornych podejmował próby zalogowania się na platformę zakupową, nie wskazują jednak w żaden sposób na przyczynę problemów w zalogowaniu, a tym samym nie wykazują, że to po stronie narzędzia informatycznego wystąpiły nieprawidłowości w funkcjonowaniu. Odwołujący nie podjął próby wyjaśnienia, jak należy odczytywać komunikat o błędzie wyświetlony na ekranie komputera, w jakich przypadkach tego rodzaju komunikat się pojawia, a jednocześnie nie przedstawił żadnych twierdzeń ani dowodów, które wskazywałyby, że ww. wykonawca dochował należytej staranności podczas logowania się do platformy zakupowej, tj. w szczególności, że użył w tym celu sprzętu informatycznego i oprogramowania spełniającego wymagania wskazane w SIWZ (tym bardziej, że powyższe kwestionowali przeciwnicy procesowi Odwołującego wskazując na fakt logowania z niewłaściwej przeglądarki internetowej).

W ocenie Izby już sama analiza powyższych twierdzeń i dowodów nie pozwala na uznanie, że Odwołujący sprostał ciężarowi dowodu, jaki na nim spoczywał. Niezależnie od tego, stanowisko Odwołującego nie broni się w konfrontacji z twierdzeniami i dowodami przedstawionymi przez Zamawiającego.

Po pierwsze Zamawiający przedstawił dowód w postaci wygenerowanych logów do platformy zakupowej w spornym okresie. Tego rodzaju dowód ma istotne znaczenie w przypadku kwestionowania prawidłowości działania narzędzi informatycznych, za pomocą których prowadzi się postępowanie. Przy czym podkreślić należy, że co do zasady to Odwołujący, na którym spoczywał obowiązek wykazania wadliwości działania platformy zakupowej, powinien złożyć wniosek o przeprowadzenie tego rodzaju dowodu. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w przywołanym już wyroku z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 573/19 *o ile bowiem oczywistym jest, że [Odwołujący] jako podmiot zewnętrzny nie ma bezpośredniego dostępu do danych Platformy Informatycznej, to jednak okoliczność ta nie stanowi żadnej przeszkody dla zgłoszenia odpowiednich wniosków dowodowych w tym zakresie, celem zobowiązania Zamawiającego, czy też podmiot trzeci obsługujący tę platformę do przedłożenia danych systemowych.*”

Z przedstawionego przez Zamawiającego zestawienia logów wynika, że Odwołujący dodał do ofertynowe załączniki [Do_wyslania_KRUS_13-11-2020_9.54.15] w dniu 13 listopada 2020 r. o godz. 9:54:15. Powyższe przeczy stanowisku Odwołującego, jakoby data wskazana w nazwie ww. pliku (13-11-2020_9.54.15) miała być datą podpisania oferty – jak wskazano już powyżej, oznaczenie to określa czas wgrania pliku na platformę (jego załączenie do oferty). Ponadto z wygenerowanych logów wynika, iż Odwołujący przeszedł do formularza wysyłania oferty w dniu 13 listopada 2020 r. o godz. 9:54:45, a następnie wyboru podpisu oferty o godz. 9:54:48. Odwołujący pobrał plik oferty do podpisu dopiero o godz. 9:54:57, czyli na 5 minut przed upływem terminu składania ofert. Zestawienie złożone przez Zamawiającego wskazuje także wprost, że Odwołujący dodał plik oferty do weryfikacji poprawności podpisu dopiero o godz. 10:00:51, czyli już po upływie terminu składania ofert, czego konsekwencją było wygenerowanie przez platformę o godz. 10:00:52 komunikatu, że nie udało się prawidłowo podpisać i wysłać oferty. Ponadto Izba stwierdziła w oparciu o przedstawione zestawienie wygenerowanych logów, że Odwołujący nie podejmował wcześniejszych prób złożenia oferty. Wszystkie powyższe okoliczności w ocenie Izby wskazują, że przyczyną braku możliwości złożenia oferty przez Odwołującego nie była wadliwość działania platformy zakupowej, lecz brak dochowania należytej staranności przez Odwołującego, który zbyt późno przystąpił do składania oferty, co z kolei spowodowało, że nie zdążył jej opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym przed godziną 10:00, tj. przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący jako podmiot profesjonalny powinien przewidzieć ryzyka, jakie wiąże się z przesyłaniem i podpisywaniem dokumentów na ostatnią chwilę i tylko jego obciążają powstałe z tego tytułu negatywne konsekwencje.

Ponadto wydruk logów wskazuje, iż wykonawca A4 Copy s.c., poza próbami zalogowania się w dniu 12 listopada 2020 r. w godzinach wieczornych do systemu, nie podejmował w tym zakresie żadnych dalszych prób. Jak wynika z drugiego z przedstawionych przez Zamawiającego dowodów – oświadczenia operatora platformy zakupowej z dnia 17 grudnia 2020 r., wykonawca A4 Copy s.c. nie kontaktował się także ze wsparciem technicznym operatora platformy. W oświadczeniu tym zwrócono również uwagę, że z przedstawionych zrzutów ekranów nie wynika, jaka była przyczyna problemów z zalogowaniem. Ponadto operator platformy zakupowej wyjaśnił, że zazwyczaj taka przyczyna leży po stronie ustawień komputera bądź sieci po stronie wykonawcy, które blokują funkcje w systemie, a kontakt ze wsparciem technicznym pozwala powstałe problemy szybko rozwiązać. Na okoliczność, że problem leżał po stronie wykonawcy A4 Copy s.c. zwrócił uwagę Przystępujący wskazując, że ww. wykonawca podejmował próby logowania z przeglądarki internetowej, która nie została wskazana w SIWZ jako spełniająca wymagania. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie nie przedstawił żadnych twierdzeń ani dowodów, które potwierdzałyby, że wykonawca A4Copy s.c. dochował należytej staranności w procesie logowania się do platformy zakupowej.

W ocenie Izby analiza materiału dowodowego złożonego w sprawie nie wskazuje również, aby miały mieć miejsce jakiegokolwiek przerwy w dostępności platformy zakupowej czy błędy w jej działaniu. Odwołujący nie przedstawił dowodów na powyższe, z kolei okoliczność przeciwna wynika z dowodów złożonych przez Zamawiającego. Z oświadczenia operatora platformy zakupowej wynika, że system działał, był dostępny, nie było żadnych zarejestrowanych awarii czy braków dostępności, jak również, że żaden wykonawca nie zgłaszał problemów z zarejestrowaniem bądź ze złożeniem oferty. Również wydruk logów nie wskazuje, aby zaistniały nieprawidłowości w funkcjonowaniu platformy zakupowej, w tym w zakresie jej dostępności. Tym samym nie potwierdziła się teza odwołania o wadliwość działania narzędzia informatycznego, za pomocą którego następowała komunikacja w przedmiotowym postępowaniu. Argumentacja Odwołującego stanowiła zdaniem składu orzekającego jedynie wyraz taktyki procesowej, jaką przyjął on w obliczu faktu, że sam nie dochował należytej staranności podczas składania oferty.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący:.....