

WYROK

z dnia 21 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 grudnia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **DB Cargo Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Tauron Wydobycie Spółka Akcyjna z siedzibą w Jaworznie**

przy udziale wykonawcy **PKP Cargo Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PKP Cargo Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** oraz **PKP Cargo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę DB Cargo Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Zabrzu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę DB Cargo Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Zabrzu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy DB Cargo Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Zabrzu na rzecz zamawiającego Tauron Wydobycie Spółka Akcyjna z siedzibą w Jaworznie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Katowicach**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Tauron Wydobycie Spółka Akcyjna z siedzibą w Jaworznie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa kompleksowej obsługi bocznic kolejowych dla TAURON Wydobycie S.A. - ZG Brzeszcze i ZG Janina*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 października 2020 r. pod numerem 2020/S 192-464746.

W dniu 3 grudnia 2020 r. wykonawca DB Cargo Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Zabrzu, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie oraz przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także z naruszeniem zasady proporcjonalności i przejrzystości;

3. art. 10a oraz art. 10b ustawy Pzp poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i narzucenie do komunikacji elektronicznej (Platformy Zakupowej Grupy TAURON) w sposób utrudniający odwołującemu złożenie oferty w sytuacji, gdy zamawiający był zobowiązany do 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;

4. § 3 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. z 2020 r., poz. 1261 z późn. zm.) poprzez nieudostępnienie zainteresowanym wykonawcom kompletnych oraz pełnych informacji na temat minimalnych wymagań sprzętowych (technicznych) koniecznych do poprawnego funkcjonowania Platformy Zakupowej Grupy TAURON,

w tym poprzez nieokreślenie ustawienia jednego z parametrów przeglądarki internetowej Internet Explorer 11.0, a mianowicie „widok zgodności”, a tym samym poprzez wprowadzenie odwołującego w błąd i uniemożliwienie złożenia oferty w terminie określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ewentualnie - z ostrożności procesowej - na wypadek nieuwzględnienia wniosku wskazanego powyżej, ponownego badania oraz oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, która faktycznie została zapisana na Platformie Zakupowej Grupy TAURON, a jedynie wskutek braku kompletnych oraz pełnych informacji na temat minimalnych wymagań sprzętowych (technicznych) koniecznych do jej poprawnego funkcjonowania, niemożliwym stało się jej złożenie oraz podpisanie.

Odwołujący wskazywał, że w dokumentacji postępowania Zamawiający określił minimalne wymagania sprzętowe (techniczne) konieczne do poprawnego funkcjonowania Platformy Zakupowej Grupy TAURON, w tym w szczególności rodzaj oraz wersję przeglądarki internetowej, z której podmiot zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winien korzystać (Internet Explorer, w wersji co najmniej 10.0). Odwołujący spełnił wszystkie wymagania sprzętowe (techniczne), w tym w szczególności na komputerze z wykorzystaniem którego miała być złożona oferta była zainstalowana przeglądarka internetowa Internet Explorer 11.0.

Odwołujący dnia 24 listopada 2020 r. podejmował próby złożenia oferty - logował się na Platformie Zakupowej Grupy TAURON w pierw celu załączenia dokumentów obejmujących ofertę, a następnie celem złożenia oraz podpisania oferty. Każde z powyższych logowań było realizowane przez jedną i tę samą osobę, lecz - z uwagi na rygory bezpieczeństwa oraz zapewnienie wymogów korporacyjnych - na różnych komputerach. W czasie realizacji powyższych czynności (złożenia oraz podpisania oferty, co miało miejsce począwszy od godziny 11:51), po zalogowaniu się na Platformie Zakupowej Grupy TAURON oraz podjęciu próby otwarcia właściwej strony, na której należało złożyć ofertę, przeglądarka internetowa z której korzystał Odwołujący (Internet Explorer 11.0) nie wyświetliła zawartości, co uniemożliwiło „wejście” na zakładkę „Moje elektroniczne zapytania publiczne”, a tym samym skuteczne złożenie oraz podpisanie oferty. Utrata możliwości zrealizowania ww. czynności, jak wskazano powyżej nastąpiła 24 listopada 2020 r. o godzinie 11.51.

Odwołujący wyjaśnił, iż strona internetowa www.tauron.pl była dodana do widoku zgodności, co spowodowało, że pierwotnie pojawiła się u operatora Platformy Zakupowej Grupy TAURON błędna wersja przeglądarki, a mianowicie Internet Explorer 7.0 i nie było możliwości złożenia oferty oraz jej podpisania. Funkcja „widok zgodności” pojawiła się w przeglądarce Internet Explorer od wersji numer 8.0. Strony przeznaczone do starszych wersji przedmiotowej przeglądarki po wpisaniu ich w funkcji „widok zgodności” mogły być wyświetlane prawidłowo w nowszej wersji przeglądarki np. 11.0. Funkcja „widok zgodności” technicznie działa jednak w ten sposób, że przeglądarka internetowa „przedstawia się” wówczas jako starsza wersja o numerze 7.0.

Odwołujący podkreślał, że brak możliwości złożenia oraz podpisania oferty na Platformie Zakupowej Grupy TAURON wynikał z wadliwego ustawienia „widoku zgodności” w przeglądarce internetowej Internet Explorer 11.0. Odpowiedzialność za powyższe może ponosić wyłącznie zamawiający, który w dokumencie „PLATFORMA MARKETPLANET SWOZ 2 - System Wsparcia Organizacji Zakupów w Grupie TAURON. Podręcznik Oferenta” uchylił się od opisanie prawidłowego ustawienia tego parametru, który ma zasadniczy wpływ na funkcjonowanie Platformy Zakupowej Grupy TAURON (brak jakichkolwiek informacji na temat przedmiotowego parametru oraz zapisów jakie mają być w nim uwidocznione). Wadliwe bowiem ustawienie przedmiotowej funkcji uniemożliwia złożenie oraz podpisanie oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili: wykonawca PKP Cargo Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PKP Cargo Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz PKP Cargo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 15 grudnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazywał, że z nie do końca zrozumiałych przyczyn Odwołujący składał ofertę za pośrednictwem dwóch komputerów. Na 10 minut przed upływem terminu Odwołujący przystąpił do złożenia i podpisania oferty. Jak wynika z przedstawionych przez Odwołującego informacji, złożenie oferty okazało się jednak niemożliwe. Przyczyną tego było niewłaściwe ustawienie przez Odwołującego przeglądarki internetowej Internet Explorer, przez co stała się ona niekompatybilna z systemem Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, na Zamawiającym nie spoczywa obowiązek przewidzenia wszelkich potencjalnych zmian konfiguracji systemu komputerowego dokonywanych przez wykonawców w weryfikowania wpływu takich zmian na funkcjonalność systemu. W przygotowanym przez Zamawiającego Podręczniku Oferenta w sposób prosty i przejrzysty przedstawiono wymogi techniczne. Gdyby Odwołujący postępował zgodnie z instrukcjami Zamawiającego i powstrzymał się od dokonywania zmian konfiguracji przeglądarki internetowej nieprzewidzianej w Poradniku Oferenta, to problem ze złożeniem oferty nie wystąpiłby. Innymi słowy, gdyby zainstalował na swoim komputerze przeglądarkę Internet Explorer w wersji minimum 10.0 i nie dokonywał w niej żadnych zmian, to przeglądarka ta byłaby funkcjonalna z Platformą Zakupową Grupy TAURON.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 16 grudnia 2020 r.

Izba odmówiła dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu wnioskowanego przez Odwołującego z zeznań świadka p. M. C. . Jako tezę dowodową Odwołujący wskazał wykazanie faktu oraz przyczyn braku możliwości złożenia oraz podpisania oferty w postępowaniu, podejmowanych prób celem zrealizowania powyższego oraz spełniania przez Odwołującego minimalnych wymagań sprzętowych (technicznych), o których mowa w dokumencie „PLATFORMA MARKETPLANET SWOZ 2 - System Wsparcia Organizacji Zakupów w Grupie TAURON. Podręcznik Oferenta”. ocenie Izby relacja osoby zaangażowanej w złożenie oferty Odwołującego sprowadzałaby się w istocie do przedstawienia bardziej szczegółowego stanowiska Odwołującego, które zostało już przedstawione zarówno w treści odwołania, jak i w trakcie rozprawy. Z tych też względów osoba ta powinna raczej występować w charakterze pełnomocnika Odwołującego, co też ostatecznie miało miejsce. Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności Izba postanowiła oddalić wniosek Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka p. M. C. .

W odniesieniu do wniosku Zamawiającego o przeprowadzeniu dowodu z zeznań świadka p. R. G. należy wskazać, iż jako tezę dowodową Zamawiający wskazał wymogi techniczne uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia za pośrednictwem platformy MARKETPLANET. Wymaga podkreślenia, że wymagania techniczne uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winny być określone przede wszystkim w dokumentacji tego postępowania, a nie w oparciu o zeznania świadka. Z tych też względów Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka p. R. G. .

Następnie, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki. W niniejszej sprawie nie jest kwestią sporną, że Zamawiający wymagał, aby oferty były składane przy użyciu przeglądarki Internet Explorer w wersji minimalnie 10.01. Kwestie technicznych różnic między wersjami przeglądarek, jak również funkcjonalności Platformy Zakupowej Grupy TAURON z przeglądarkami w wersjach innych od wymaganych przez Zamawiającego, są irrelevantne dla rozstrzygnięcia sprawy. Izba uznała, iż wnioskowany przez Odwołującego dowód w postaci opinii biegłego spowodowałby nieuzasadnioną zwłokę postępowania odwoławczego, a w konsekwencji również prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

Co do przedłożonej opinii przez Przystępującego, Izba potraktowała ją jako stanowisko własne uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w dokumencie prywatnym.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i oddaliła wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Odnosząc się do zarzutu przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i narzędzi do komunikacji elektronicznej w sposób utrudniający złożenie oferty oraz nieudostępnienia zainteresowanym wykonawcom kompletnych oraz pełnych informacji na temat minimalnych wymagań sprzętowych koniecznych do poprawnego funkcjonowania Platformy Zakupowej Grupy TAURON Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest usługa kompleksowej obsługi bocznic kolejowych dla Tauron Wydobycie S.A. - ZG Brzeszcze i ZG Janina w podziale na części.

Zgodnie z pkt 4.2.2 Szczegółowy opis sposobu przygotowania oferty Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”:

4.2.2.1. *Ofertę przygotowuje się i składa zgodnie z postanowieniami SIWZ.*

4.2.2.2. *Ofertę sporządza się w języku polskim i składa w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON za pomocą formularzy elektronicznych umieszczonych na stronie internetowej <https://swoz.tauron.pl>, dostępnych po zalogowaniu na konto użytkownika i przystąpieniu Wykonawcy do postępowania.*

4.2.2.3. *Korzystanie z Platformy Zakupowej Grupy TAURON jest bezpłatne.*

4.2.2.4. *Oferta musi zawierać prawidłowo wypełnione wszystkie obowiązkowe pola formularzy elektronicznych oraz załączone wymagane w Specyfikacji dokumenty - (wielkość jednego pliku max 100 MB). Zamawiający dopuszcza następujący format danych: .pdf, .doc, .docx, xls, .xlsx, .ppt, .pptx, .odt, .ods, .odp, .txt, .rtf, zip, .7Z, .rar, Jpg, .tif, .jpeg, .png, .bmp, .tiff, .gif, .avi, .mp4*

4.2.2.5. *Oferta winna być napisana w języku polskim, sporządzona na formularzach elektronicznych dostępnych na Platformie Zakupowej Grupy TAURON. Dokumenty i oświadczenia sporządzone w języku obcym powinny być przetłumaczone na język polski, chyba że w treści SIWZ określono inaczej. Formularze załączane do oferty powinny być zgodne ze wzorami formularzy stanowiącymi załączniki do Specyfikacji. Wszystkie załączniki do oferty powinny być podpisane Wykonawcą kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio Wykonawca, podmiot na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą.*

4.2.2.6. *W celu złożenia oferty Wykonawca musi posiadać konto użytkownika na Platformie Zakupowej Grupy TAURON dla osoby składającej ofertę w jego imieniu. Wykonawca nieposiadający konta musi się zarejestrować na Platformie Zakupowej Grupy TAURON poprzez wypełnienie formularza rejestracyjnego dostępnego na stronie internetowej <https://swoz.tauron.pl> z odpowiednim wyprzedzeniem, umożliwiającym złożenie oferty w terminie składania ofert. Konto zostanie utworzone w terminie nie dłuższym niż 24 godziny przypadające w dni robocze od wysłania prawidłowo wypełnionego wniosku. Z chwilą założenia konta, Wykonawca otrzyma login i link do ustawienia hasła dostępu do konta na*

adres e-mail przypisany do konta.

4.2.2.7. Wykonawca może posiadać wiele kont użytkownika. Osoba składająca ofertę w imieniu Wykonawcy identyfikowana jest za pomocą loginu i adresu e-mail oraz imienia i nazwiska podanych we wniosku o rejestrację konta. Do jednego loginu i adresu e-mail może być przypisane tylko jedno konto.

4.2.2.8. Podręcznik (instrukcja obsługi składania ofert na Platformie Zakupowej Grupy TAURON) jest dostępny dla Wykonawcy w Systemie po zalogowaniu się do konta.

4.2.2.9. System jest dostępny dla Zamawiającego i Wykonawców poprzez ogólnodostępną sieć Internet przez 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu, z wyłączeniem okien serwisowych.

4.2.2.10. Wymagania techniczne urządzeń informatycznych dla Wykonawców składających oferty za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON zamieszczono na Platformie Zakupowej w sekcji „Regulaminy i instrukcje” (...)

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 3 Wymagania sprzętowe, zawartym w dokumencie pn. PLATFORMA MARKETPLANET SWOZ 2– System Wsparcia Organizacji Zakupów w GRUPIE TAURON Podręcznik Ofere wskazane zostały minimalne wymagania sprzętowe konieczne dla poprawnego funkcjonowania Platformy:

- Stały dostęp do sieci Internet o gwarantowanej przepustowości nie mniejszej niż 512 kb/s;
- Komputer klasy PC lub MAC, o następującej konfiguracji: pamięć min. 2 GB RAM, procesor Intel IV 2 GHZ lub nowszy, jeden z systemów operacyjnych – MS Windows 7, Mac OS x 10,4, Linux, lub ich nowsze wersje;
- Zainstalowana dowolna przeglądarka internetowa; w przypadku Explorer minimalnie wersja 10.0;
- Włączona obsługa JavaScript;
- Zainstalowany program do otwierania plików .pdf, np. Acrobat Reader.

Izba ustaliła, że termin składania ofert upływał 24 listopada 2020 r. o godzinie 12:00, a otwarcie ofert miało nastąpić 24 listopada 2020 r. o godzinie 12:15. Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyli następujący wykonawcy: CTL Północ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni w zakresie części 1 i 2, ORION RAIL LOGISTIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Nowym Sączu w zakresie części 4, PKP Cargo Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w zakresie części 1 oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PKP Cargo Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz PKP Cargo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w zakresie części 2.

Odwolujący logował się na Platformie Zakupowej Grupy TAURON w dniu 24 listopada 2020 r. począwszy od godziny 7:44. Logowanie następowało z wykorzystaniem różnych adresów IP, i tak o godzinie: 7:44 z adresu IP 81.200.197.163, o godzinie 10:39 z adresu IP 81.200.197.164 (gdzie między godziną 10:41 a 11:49 dodawano pliki), o godzinie 11:51 z adresu IP 92.60.138.82. Dalej o godzinie 11:54 nastąpiło wylogowanie z adresu IP 81.200.197.164, a następnie nastąpiło logowanie z adresu IP 83.7.177.234 o godzinie 11:56, 11:57, 11:58, 11:58, 11:59 oraz 12:00. Izba ustaliła, że w logach zdarzeń dla adresu IP 81.200.197.164 jest wskazana przeglądarka internetowa IE 11, natomiast w logach zdarzeń dla adresu IP 83.7.177.234 wskazano „compatible, MSIE 7.0”. Izba ustaliła, że Odwołujący ostatecznie nie złożył skutecznie oferty w postępowaniu.

Wpierw podkreślenia wymaga, że postępowanie przed Izba jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. W myśl art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, i stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1591/16).

Ponadto jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontrydiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

W toku postępowania odwoławczego to Odwołujący jest „stroną ofensywną” i jako propagator zaskarżenia przedstawia argumenty, przemawiające za uznaniem czynności Zamawiającego jako niezgodnej z prawem i obowiązany jest niezgodność tę udowodnić. Zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. (vide: wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 9/18). Powyższa argumentacja znajduje również zastosowanie wobec zarzutu wadliwości działania systemu informatycznego uniemożliwiającego złożenie oferty.

W pierwszej kolejności abstrahując od stanu faktycznego niniejszej sprawy, należy podnieść, że Izba podziela pogląd, 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. Stosownie do art. 10a ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert oraz JEDZ, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W celu umożliwienia prawidłowej komunikacji, o której mowa wyżej, zgodnie z art. 10b 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.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone 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.

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. (vide: wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2671/18).

W niniejszej sprawie Odwołujący przedstawił wraz z odwołaniem m.in. rzuty z komputera Odwołującego, z wykorzystaniem którego miała być złożona oferta w postępowaniu oraz korespondencję z Zamawiającym, z której wynika, że przy składaniu oferty korzystano z różnych adresów IP (IP 81.200.197.163, IP 81.200.197.164, IP 92.60.138.82, IP 83.7.177.234) Izba ustaliła, że w logach zdarzeń dla adresu IP 81.200.197.164 jest wskazana przeglądarka internetowa IE11, taka jakiej wymagał Zamawiający (tj. w przypadku Internet Explorer minimalnie wersja 10.0), natomiast w logach zdarzeń dla adresu IP 83.7.177.234 wskazano „compatible, MSIE 7.0”, co oznacza, że korzystano z przeglądarki internetowej, która posiadała włączone ustawienie trybu zgodności dla przeglądarki IE7, tj. Internet Explorer w wersji 7.0.

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał za pomocą przedstawionych przez siebie dowodów, że niemożność złożenia przez niego oferty leżała po stronie Zamawiającego, korzystającego z platformy Marketplanet, i nie wynikała np. z wadliwości podejmowanych przez niego samego czynności. Jak słusznie podnosili Przystępujący, im oraz innym wykonawcom (CTL Północ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni oraz Orion Rail Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Sączu) udało się skutecznie złożyć oferty. Co więcej, jeden z wykonawców złożył poprzez platformę ofertę o godzinie 11:59 (zgodnie z informacją znajdującą się w korespondencji z Zamawiającym), tj. w zbliżonym czasie, w którym Odwołujący próbował złożyć ofertę. Nadto, Przystępujący oświadczył, że korzysta z tej samej, co Odwołujący, przeglądarki internetowej Internet Explorer 11.0 (na potwierdzenie czego przedłożył rzut ekranu) i był w stanie bez jakichkolwiek problemów złożyć ofertę o czasie, tak, aby system ją skutecznie zarejestrował. Dalej, Przystępujący oświadczył, że nie miał żadnych problemów z zalogowaniem się na platformę zakupową, wczytaniem dokumentów, ich zapisaniem i finalnie złożeniem oferty. Przystępujący podnosił, że proces złożenia oferty przebiegał zgodnie z procedurami, nie było żadnych utrudnień w logowaniu, żadnych opóźnień w działaniu platformy zakupowej Grupy Tauron.

W ocenie składu orzekającego potwierdza to, że błąd konfiguracji sprzętu komputerowego wystąpił wyłącznie po stronie Odwołującego. Zgodnie z Informacją dotyczącą elektronicznych postępowań publicznych od 2.01.2020 r. w celu uniknięcia niepożądanych sytuacji zalecano, aby z odpowiednim wyprzedzeniem: 1) przystąpić do składania ofert; 2) skonfigurować podpisy kwalifikowane na stacji roboczej; 3) zainstalować w przeglądarce internetowej kontrolkę dedykowaną do podpisu kwalifikowanego. Równocześnie Zamawiający na rozprawie podnosił, że przewidział możliwość przetestowania przez wykonawców swoich ustawień, a Odwołujący z tej możliwości nie skorzystał, czemu Odwołujący nie zaprzeczył przed Izbą. Z powyższego wynika, że Odwołujący pomimo faktu, iż termin składania ofert wynosił ponad 40 dni, nie przeprowadził testowego złożenia oferty, a nadto rozpoczął ostateczne jej składanie na krótko przed upływem terminu składania ofert.

Skoro Odwołujący posiadał konto na platformie i zaakceptował jego regulamin, winien dla skutecznego i prawidłowego jej użytkowania korzystać jedynie z dopuszczonych tymże regulaminem przeglądarek. Tym bardziej, że złożenie oferty wymaga korzystania z przeglądarki co najmniej IE10, czego nie można było zrobić na poziomie przeglądarki IE7. Należy również wskazać, że to stacja robocza, z której korzystał Odwołujący logując się o godz. 11:56 była nieprawidłowo skonfigurowana, bowiem w ustawieniach zgodności dodany był wpis tauron.pl, co spowodowało, że przeglądarka otwierała witryny w domenie tauron w trybie IE7. Tym samym, pomimo zainstalowania przeglądarki IE11 korzystano z przeglądarki IE7, która nie jest przeglądarką wspieraną przez platformę Zamawiającego. Równocześnie wbrew twierdzeniom Odwołującego, utrata możliwości złożenia oraz podpisania oferty nie nastąpiła o godzinie 11:51. Przeczy temu fakt, że o godzinie 11:54 nastąpiło wylogowanie z adresu IP 81.200.197.164, a następnie nastąpiło logowanie z adresu IP 83.7.177.234 o godzinie 11:56. Co istotne, sam Odwołujący przyznał, że brak możliwości złożenia oferty wynikał z ustawienia jednego z parametrów przeglądarki internetowej IE11, tj. widoku zgodności, zatem ustawienia jednego z parametrów przez wykonawcę na jego komputerze. Izba podziela pogląd, że Zamawiający nie odpowiada za nieprawidłową konfigurację sprzętu komputerowego wykonawcy, a opis wymagań technicznych znajdujący się w dokumentacji postępowania jest wystarczający do poprawnego skonfigurowania i przetestowania działania przeglądarki internetowej w celu złożenia oferty.

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. Niezrozumiałe jest także żądanie Odwołującego, z ostrożności procesowej, ponownego badania oraz oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem oferty Odwołującej, która została zapisana na Platformie Zakupowej Grupy TAURON, skoro nie została złożona skutecznie w postępowaniu.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał w niniejszym postępowaniu odwoławczym, że przyczyny niemożności złożenia przez niego oferty wynikały ze sposobu działania używanej przez Zamawiającego platformy. W szczególności, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, nie można stwierdzić, że Platforma Zakupowa Grupy TAURON utrudniała czy też uniemożliwiała złożenie oferty Odwołującemu, a Zamawiający zaniechał udostępnienia wykonawcom kompletnych oraz pełnych informacji na temat minimalnych wymagań sprzętowych (technicznych) koniecznych do poprawnego funkcjonowania platformy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....