

WYROK

Warszawa, dnia 14 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia

MODESHIFT EUROPE AD z siedzibą Sofia, Bułgaria w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Zarząd Transportu Miejskiego – jednostka budżetowa Miasta Warszawy działający na podstawie udzielonych pełnomocnictw w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa, przy udziale uczestników po stronie zamawiającego – wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- 1. wspólnie MERA-SERWIS SGL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna w Grodzisku Mazowieckim, Eviden Polska S.A. w Warszawie, Atos Poland Sp. z o.o. w Warszawie**
- 2. Conduent Business Solutions (France) SAS w Guilhaum-Granges, Francja**
- 3. wspólnie Orange Polska S.A. w Warszawie, Ridango AS w Tallinie, Estonia, Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie**
- 4. Mennica Polska S.A. w Warszawie**

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zarząd Transportu Miejskiego – jednostka budżetowa Miasta Warszawy działający na podstawie udzielonych pełnomocnictw w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego na „System biletowy Warszawskiego Transportu Publicznego”, numer postępowania 085/2023/FZ (dalej Postępowanie). Przedmiot zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert oraz zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

W dniu 22 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy MODESHIFT EUROPE AD z siedzibą Sofia, Bułgaria (dalej Odwołujący) od niezgodnych z Ustawą czynności Zamawiającego.

Pismami z dnia 26 stycznia 2024 r. złożonymi w związku z wezwaniem Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia i udostępnieniem kopii odwołania, co miało miejsce 23 stycznia 2024 r. za pośrednictwem platformy zakupowej Marketplanet: <https://ztmwaw.ezamawiajacy.pl/> przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, którzy złożyli wnioski w Postępowaniu: 1. wspólnie MERA-SERWIS SGL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna w Grodzisku Mazowieckim, Eviden Polska S.A. w Warszawie, Atos Poland Sp. z o.o. w Warszawie, 2. Conduent Business Solutions (France) SAS w Guilhaum-Granges, Francja, 3. wspólnie Orange Polska S.A. w Warszawie, Ridango AS w Tallinie, Estonia, Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie, 4. Mennica Polska S.A. w Warszawie. Izba wobec zachowania terminu i wykazania spełniania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała zgłoszenie przystąpień za skuteczne.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego dokonania otwarcia wniosków o dopuszczeniu do udziału w Postępowaniu z dnia 12 stycznia 2024 r. i zaniechania unieważnienia prowadzonego Postępowania, mimo że Postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co stanowi naruszenie art. 16 Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 Pzp.

Jako uzasadnienie zarzutu wskazano, że system - platforma - z którego korzysta Zamawiający w Postępowaniu

uległa awarii lub zaistniała inna jej dysfunkcja, co uniemożliwiło Odwołującemu złożenie wniosku w Postępowaniu, wobec tego, że:

1. Odwołujący w dniu upływu terminu do składania wniosków o udział w postępowaniu na godzinę przed jego upływem przygotował, podpisał i przesłał za pośrednictwem prawidłowo działającej platformy wszystkie niezbędne dokumenty do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu;
2. Dyrektor wykonawczy Odwołującego - M.K. na 30 minut przed upływem terminu zalogował się i przetestował swój podpis elektroniczny pod linkiem: Przetestuj swój e-podpis - OnePlace (marketplanet.pl);
3. Problemy z funkcjonowaniem platformy zaczęły się w ciągu ostatnich 15 minut przed terminem składania wniosków, o 11:45 CET, kiedy M.K. próbował zalogować się ponownie kilkukrotnie na swoim komputerze, aby sfinalizować i podpisać ostateczną treść wniosku przed jego złożeniem, co się nie powiodło i pojawiał się komunikat "nieprawidłowe hasło"; Odwołujący podjął kilka prób, ale każda z nich zakończyła się niepowodzeniem; M.K. za każdym razem wprowadzał właściwe hasło ustalone dla tego Postępowania;
4. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przekazanie mu logów systemowych pozwalających na bezstronne i jednoznaczne ustalenie okoliczności faktycznych; W odpowiedzi na kierowane wezwania Zamawiający nie przekazał Odwołującemu jakichkolwiek logów, ale jedynie wyeksportowane do pliku .xml informacje o logowaniach do konta użytkownika, z którego korzystał Odwołujący. Zamawiający nie potwierdził wystąpienia awarii w platformie przeznaczonej do składania wniosków, a Odwołujący pozbawiony jest możliwości dowodowych bez otrzymania od Zamawiającego logów systemowych obrazujących cały proces składania wniosku na platformie przez Odwołującego.

Odwołujący wnosil o przeprowadzenie dowodu z logów systemowych platformy, na której prowadzone jest Postępowanie i zobowiązanie Zamawiającego do przekazania tych logów Odwołującemu, na okoliczność wykazania występowania awarii uniemożliwiającej skuteczne złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu oraz po otrzymaniu od Zamawiającego logów systemowych platformy, na której prowadzone jest Postępowanie Odwołujący na podstawie art. 538 Pzp wnosil o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny informatyki, przedmiotem której jest odpowiedź na pytanie czy z informacji wynikających z przekazanych logów systemowych wynika, iż na platformie, na której prowadzone jest postępowaniu doszło do awarii uniemożliwiającego złożenie Odwołującemu wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, na okoliczność wykazania, iż doszło do awarii uniemożliwiającego złożenie Odwołującemu wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Zdaniem Odwołującego bez otrzymania logów systemowych od Zamawiającego pozbawiony jest jakiegokolwiek innej inicjatywy dowodowej pozwalającej na ochronę swoich interesów. Nie jest możliwe również przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na podstawie przesłanych informacjach o logowaniach do konta użytkownika, gdyż informacja taka nie jest integralnym zapisem bezpośrednio z systemu. Uwzględnienie opisanych wniosków dowodowych pozwoli jednocześnie na jednoznaczne ustalenie stanu faktycznego (wniosek nr 1) oraz ocenę takiego stanu przez pryzmat wiadomości specjalnych (wniosek nr 2).

Odwołujący wnosil o dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci prywatnej opinii technicznej z dnia 8 lutego 2024 r. wydanej przez inżyniera Stanimira Milev, w której wydający ją oświadczył, że wydana została w oparciu o dokumenty dostarczone przez Odwołującego, komunikacji Zamawiającego z przedstawicielami technicznymi ztmwaw.ezamawiajacy.pl oraz rozmowach z pracownikami firmy oraz, że „drugie bezpieczne hasło jest wymagane po zalogowaniu się w celu złożenia oferty do zamówienia. Modeshift Europe AD pomyślnie wprowadził to drugie hasło i było ono takie samo jak hasło logowania. Pomyślnie logowanie i wylogowanie potwierdzają logi dostarczone w komunikacji z ztmwaw.ezamawiajacy.pl. nie ma problemu z zalogowaniem się do samego systemu jako konto. Nie ma problemu z wgraniem wstępnych dokumentów ofertowych. Pracownicy Modeshift Europe AD pracowali nad oferta i wgrywali pliki bez żadnych problemów. Opis problemu: Według pracowników pracujących nad ofertą i kierownika Modeshift Europe AD, komunikat o nieprawidłowym hasle do logowania do oferty zaczął pojawiać się po 11.49 minutach w dniu 12.01.2024. Gdy menedżer Modeshift Europe AD próbował złożyć ostateczną ofertę z innego komputera, zaczął się pojawiać komunikat o nieprawidłowym hasle. Pracownicy Modeshift europe AD spróbowali ponownie na komputerze, z którego wcześniej pracowali, ale bez powodzenia. Głównym problemem było zalogowanie się do oferty po godzinie 11.49 dnia 12.01.2024. System ztmwaw.ezamawiajacy.pl nie pozwalał na złożenie ani pracę nad ofertą po godzinie 11.49 dnia 12.01.2024. Przyczyny błędu nie można było ustalić z powodu braku danych w dziennikach. Dostarczone dzienniki nie zawierają informacji o błędach lub udanych próbach logowania. Dostarczone dzienniki nie zawierają informacji o błędach lub udanych próbach złożenia oferty. Uważam, że w celu wyjaśnienia przyczyn nieudanego złożenia oferty Modeshift Europe AD konieczne jest również dostarczenie logów związanych ze złożeniem oferty i wprowadzeniem drugiego bezpiecznego hasła.” na okoliczność tego, że częściowe logi przekazane mu przez Zamawiającego nie pozwalają na ocenę sytuacji i ustalenie czy miała miejsce awaria systemu.

Odwołujący nie składał innych wniosków dowodowych.

Zamawiający oraz przystępujący popierając jego stanowisko wnosili o oddalenie odwołania wobec tego, że

niezłożenie wniosku w terminie nastąpiło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Odwołujący. Wskazywali na poprawność działania systemu ztmwaw.ezamawiajacy.pl do godziny 12.00 12 stycznia 2024 r., niewykazanie by było inaczej, w szczególności by hasło wprowadzone było prawidłowo a system nie działał, możliwość wprowadzenia błędnego hasła przez Odwołującego oraz możliwość istnienia innych przyczyn, leżących po stronie Odwołującego, w tym jego systemów operacyjnych, działania systemów zabezpieczających jego system uniemożliwiających zalogowanie i ostateczne złożenie wniosku. Dla wykazania twierdzeń Zamawiający przywołał korespondencję ztmwaw.ezamawiajacy.pl przekazywaną Odwołującemu oraz fakt bezproblemowego składania ofert przez innych wykonawców w tym również po godzinie 11.49 12 stycznia 2024 r. oraz niezgłaszania problemów z systemów do godziny 12.00, lecz po kilkunastu minutach później.

Izba dopuściła wnioskowane dowody, z tym że:

- 1.w zakresie opinii technicznej uznała ją za nieprzydatną dla rozstrzygnięcia istoty sporu. Izba uznała również, że opinia zawiera wyłącznie oświadczenie osoby fizycznej oraz opis stanu faktycznego przytoczony za Odwołującym i nieoparte żadnym wyjaśnieniem czy dowodem wskazanie, że rejestr czynności Odwołującego jest niepełny a dla wyjaśnienia przyczyn nieudanego złożenia oferty konieczne jest dostarczenie logów związanych ze złożeniem oferty i wprowadzeniem drugiego bezpiecznego hasła.**
- 2.Izba nie dała wiary gołosłownemu twierdzeniu Odwołującego opierającemu się na założeniu interesu dostawcy systemu w ukryciu danych, które miałyby wskazywać na awarie lub nieprawidłowości w działaniu systemu, że udostępniony przez dostawcę systemu ztmwaw.ezamawiajacy.pl rejestr aktywności Odwołującego jest niepełny i nie zawiera wszystkich logów.**
- 3.Izba dała wiarę dowodom w postaci korespondencji z przedstawicielem ztmwaw.ezamawiajacy.pl potwierdzającej przedłożenie pełnego rejestru logów w systemie ztmwaw.ezamawiajacy.pl dotyczących Odwołującego uwzględniając także stanowisko Zamawiającego oraz niekwestionowane przez strony oświadczenie w zakresie sposobu działania systemu ztmwaw.ezamawiajacy.pl**
- 4.Izba oddaliła w związku z powyższym ustaleniem wniosek Odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego także wobec nie wykazania ani nie uprawdopodobnienia, że rejestr logów jest niekompletny a dopiero taki brak uzasadniał w ocenie Odwołującego poddanie logów analizie biegłego. Rejestr logów w kształcie istniejącym potwierdza bowiem prawidłowość stanowiska Zamawiającego, co do poprawności działania systemu i nie wskazuje na wystąpienie błędów w systemie ztmwaw.ezamawiajacy.pl. Izba stwierdza również, że wniosek ten jako niezmierny do rozstrzygnięcia istoty sporu złożony został wyłącznie dla zwłoki.**

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie, w postaci dokumentacji postępowania w szczególności: zestawienia logów, dokumentów potwierdzających złożenie wniosków w Postępowaniu, w tym wydruku z ztmwaw.ezamawiajacy.pl Platformy Marketplanet z informacją o datach i godzinach złożenia wniosków w Postępowaniu, korespondencji Zamawiającego z Odwołującym oraz z przedstawicielem dostawcy systemu ztmwaw.ezamawiajacy.pl z uwzględnieniem stanowisk stron i uczestników Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy. Izba uznała zarzuty za nieudowodnione i oddaliła odwołanie.

Izba ustaliła, w oparciu o dokumenty postępowania, w szczególności SWZ, wnioski, w tym także wnioski przystępujących, biorąc pod uwagę stanowiska procesowe, w tym także oświadczenia złożone na rozprawie, bezsporne okoliczności, że:

- 1.Termin składania wniosków w Postępowaniu upływał 12 stycznia 2024 r. o godzinie 12.00;
- 2.Do chwili upływu terminu składania wniosków w Postępowaniu skutecznieprzygotowane, zaszyfrowane hasłem i zapisane w formie elektronicznej a następnie złożone zostały wnioski w Postępowaniu przez pięciu wykonawców, z których dwóch wykonało czynność złożenia wniosku w dniu 12 stycznia 2024 r. pomiędzy godziną 10.00 a 12.00 w tym jeden o godzinie 11.52.
- 3.Do chwili upływu terminu składania wniosków w Postępowaniu skutecznieprzygotowany, zaszyfrowany hasłem i zapisany w formie elektronicznej został wniosek w Postępowaniu przez Odwołującego.

Izba ustaliła także w oparciu o korespondencję Zamawiającego z dostawcą systemu ztmwaw.ezamawiajacy.pl oraz z Odwołującym, dając wiarę oświadczeniom dostawcy systemu ztmwaw.ezamawiajacy.pl i biorąc pod uwagę stanowiska procesowe, w tym także złożone na rozprawie Zamawiającego i przystępujących, bezsporne okoliczności, że:

4. Logi zawierają chronologiczną informację o aktywnościach użytkownika w systemie ztmwaw.ezamawiajacy.pl Postępowania, ze wskazaniem adresu IP urządzenia, z którego następuje logowanie, data i dokładne godziny, minuty, sekundy logowania i innych aktywności użytkownika w tym także wylogowania lub wygaśnięcia sesji, osoby dokonującej czynności, określenia typu zdarzenia (np. przystąpienie do postępowania, podgląd formularza ofertowego (wniosku), dodanie załącznika do oferty (wniosku), usunięcie załącznika dodanego do oferty (wniosku), zapisanie formularza ofertowego, przejście do modułu korespondencji, zapisanie wiadomości w wątku korespondencji), dodatkowe parametry zdarzenia (np. nazwa określonego załącznika)
5. Odwołujący poprawnie przystąpił do czynności zmierzających do złożenia wniosku w dniu 12 stycznia 2024 r. o godzinie 9.44.59 i przygotował, zaszyfrował własnym hasłem i zapisał w formie elektronicznej wniosek wraz z załącznikami w Postępowaniu.
6. Logowania do systemu dokonywane były przez Odwołującego z dwóch adresów IP w godzinach: 9.41, 11.02, 11.51, 11.55, 11.57, 11.58, 12.02, 12.03, wszystkie logowania zakończyły się prawidłowymi wylogowaniami lub wygaśnięciami sesji;
7. W ramach logowań Odwołujący podjął się szeregu aktywności: przystąpił do postępowania, otworzył formularz ofertowy (wniosek), dodał załączniki do oferty (wniosku), usunął załącznik dodany do oferty (wniosku), zapisał formularz ofertowy (wniosek), po godzinie 12.00 przeszedł do modułu korespondencji (12.04), gdzie zapisał i wysłał wiadomości (12.12), że ma problemy ze złożeniem wniosku; w tym w szczególności w ramach logowań po godzinie 11.00 12 stycznia 2024 r. oprócz czynności podglądu i zapisania formularzy ofertowych (wniosków) Odwołujący na platformie Postępowania:
- o godzinie 11.07 kolejno w odrębnych następujących po sobie logach dodał 6 załączników,
 - o godzinie 11.08 kolejno w odrębnych następujących po sobie logach dodał 3 załączniki
 - o godzinie 11.20 kolejno w odrębnych następujących po sobie logach dodał 4 załączniki
 - o godzinie 11.22 kolejno w odrębnych następujących po sobie logach dodał 2 załączniki
 - o godzinie 11.25 kolejno w odrębnych następujących po sobie logach dodał 3 załączniki
 - o godzinie 11.27 kolejno w odrębnych następujących po sobie logach dodał 2 załączniki
 - **o godzinie 11.49.57 a więc na 3 sekundy przed upływem składnia wniosków Odwołujący dodał ostatni załącznik (formularz opisu kasowników).**
- następnie o godzinie 12.04 przeszedł do modułu korespondencji i o godzinie 12.12 przesłał Zamawiającemu za pośrednictwem modułu korespondencji systemu ztmwaw.ezamawiajacy.pl zgłoszenie problemu z podpisaniem wniosku z prośbą o sprawdzenie logów u dostawcy platformy;
- oraz biorąc pod uwagę chronologię i czasy w jakich Odwołujący dokonywał czynności zapisywania treści wniosku i załączników, z których ostatni plik dodany został na trzy sekundy przed upływem terminu składania ofert, że:
8. Do godziny 12.00 Odwołujący nie podjął próby i nie złożył zapisanego wniosku w Postępowaniu;
9. W dniu 12 stycznia 2024 r. w odpowiedzi na wniosek Odwołującego przekazany przez Zamawiającego dostawcy, dostawca platformy ztmwaw.ezamawiajacy.pl przekazał wszystkie logi Odwołującego z Postępowania.
- Izba ustaliła w oparciu o korespondencję Zamawiającego z dostawcą systemu ztmwaw.ezamawiajacy.pl oraz z Odwołującym, dając wiarę oświadczeniom dostawcy systemu ztmwaw.ezamawiajacy.pl i biorąc pod uwagę stanowiska procesowe, w tym także złożone na rozprawie Zamawiającego i przystępujących, bezsporne okoliczności, że:
10. Każdorazowe ponowne logowanie do systemu ztmwaw.ezamawiajacy.pl wymaga podania ustalonego wcześniej przez użytkownika hasła służącego do szyfrowania wniosku, do którego dostępu nie posiada zamawiający ani administratorzy systemu;
11. W sytuacji podania błędnego hasła szyfrującego system generuje komunikat: „podane hasło niezgodne z hasłem, którym zaszyfrowano ofertę” ;
12. System ztmwaw.ezamawiajacy.pl nie przewiduje narzędzia odzyskiwania hasła; W przypadku zapomnienia hasła konieczne jest wycofanie/ usunięcie całego wniosku oraz wprowadzenie go ponownie do systemu po nadaniu nowego hasła szyfrującego;
13. W ramach systemu konieczne jest uprzednie przygotowanie, zaszyfrowanie własnym hasłem i zapisanie w formie elektronicznej całego wniosku wraz z załącznikami a następnie w odrębnej czynności jej zapisanie i złożenie w Postępowaniu;
14. O powyższym informuje instrukcja wykonawcy – instrukcja użytkownika systemu ztmwaw.ezamawiajacy.pl dostępna na platformie systemu ztmwaw.ezamawiajacy.pl
- oraz, co było sporne że:
15. Dostawca systemu ztmwaw.ezamawiajacy.pl nie odnotował w dniu 12 stycznia 2024 r. awarii systemu, system działał poprawnie i (co nie było kwestionowane) nie odnotowano żadnego połączenia z numeru kontaktowego Odwołującego na infolinię dostawcy systemu celem uzyskania pomocy technicznej.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 255 pkt. 6) zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 457 ust. 1 Pzp umowa podlega unieważnieniu jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;

2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;

4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;

5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Odwołujący powiązał zaniechanie stwierdzenia nieważności Postępowania z niemożnością powtórzenia czynności złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, którego niezłożenie wynikać miało z dysfunkcji działania platformy ztnwaw.ezamawiajacy.pl niweczącej podjętą przed upływem terminu składania ofert czynność złożenia zapisanych wcześniej na platformie dokumentów (wniosku wraz z załącznikami).

Odwołujący nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że podjął przez upływem terminu czynność złożenia zapisanych wcześniej wniosku wraz z załącznikami, ani, że nie złożenie wniosku w terminie nastąpiło z przyczyn innych niż leżące po jego stronie. Izba ustaliła zaś, że Zamawiający zweryfikował i potwierdził prawidłowe działanie systemu w okresie wskazywanym przez Odwołującego, nie odnotował nieprawidłowości w działaniu platformy we wcześniejszym okresie, co potwierdza skuteczne złożenie wniosków w dniu 12 stycznia 2024 r. przez dwa podmioty i wykazują przedłożone przez Zamawiającego dowody.

Mając na uwadze, iż okoliczności stanowiące podstawę zarzutów sformułowanych w Odwołaniu, nie potwierdziły się, odwołanie winno podlegać oddaleniu w całości, wobec niesprostania ciężarowi dowodzenia.

Jednocześnie zdarzenie, z którym Odwołujący wiązał zarzut naruszenia art. 255 pkt. 6 Ustawy nie wypełnia żadnej z przesłanek unieważnienia umowy opisanych normą art. 457 Pzp.

Izba stwierdza, że podstawa stwierdzenia nieważności postępowania o udzielenie zamówienia w związku z zaistnieniem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego zakreślona Ustawą jest w sposób ścisły i brak jest przepisu, dającego prawo unieważnienia postępowania w sytuacjach zaistnienia podstawy unieważnienia umowy poza okolicznościami powiązanymi z wadą samego postępowania opisanymi normą art. 457 Ustawy. Ustawodawca zrelatywizował podstawę unieważnienia postępowania do wady postępowania, która zgodnie z art. 457 Pzp daje podstawę do stwierdzenia nieważności umowy.

Samo zaistnienie niemożliwej do usunięcia wady postępowania, nawet istotnej i przesądzającej o naruszeniu podstawowych zasad postępowania, nie jest wystarczające dla wypełnienia hipotezy normy prawnej uprawniającej do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt. 6 Pzp. Ustawodawca nie przewidział bowiem innych poza określonymi art. 457 Pzp przesłanek stwierdzenia nieważności umowy zrelatywizowanych do wady postępowania.

W ocenie Izby nawet naruszenie zasady generalnej w postaci równego dostępu wykonawców do zamówienia w następstwie dysfunkcji systemu umożliwiającego złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sytuacji braku możliwości konwalidowania czynności wobec upływu terminu na złożenie wniosków nie daje podstawy do zastosowania normy art. 255 pkt. 6 Pzp.

W ocenie Izby nie ma również możliwości unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 255 pkt. 6 w zw. z art. 8 Ustawy, który przewiduje, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, w zw. z przepisami kodeksu cywilnego w tym także art. 58 kodeksu cywilnego, który odnosi się do bezwzględnej nieważności czynności prawnej sprzecznej z ustawą czy zasadami współżycia społecznego. Na wolę ustawodawcy ograniczenia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie

zamówienia, w sytuacji gdy nie jest możliwe zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu do przypadków przewidzianych art. 457 Pzp a więc przewidujących stwierdzenie nieważności umowy wobec wady postępowania i z wyłączeniem przepisów kodeksu cywilnego regulujących nieważność umowy lub jej stwierdzenie z wyłączeniem sytuacji opisanej art. 457 ust. 7 Pzp przemawia także fakt wskazania, że uregulowanie przesłanek stwierdzenia nieważności umowy w art. 457 ust. 1 Pzp nie wyłącza możliwości żądania stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 70/5 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym do unieważnienia umowy dojść może gdy strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Tutaj również mamy do czynienia z sytuacją powiązania przez ustawodawcę konsekwencji w postaci stwierdzenia nieważności umowy z określoną nieprawidłowością – wadą postępowania przetargowego.

Izba stwierdza, że w niniejszej sprawie odwołanie opierało się na błędnym w ocenie Izby założeniu nieprzedłożenia przez dostawcę wszystkich logów Odwołującego, których uzupełnienie mogłoby potwierdzić nieprawidłowość działania systemu.

Izba stwierdza, że w niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutów poddając jedynie pod wątpliwość wybrane okoliczności.

Izba stoi na stanowisku, że ciężar dowodowy spoczywający na odwołującym nie zwalnia pozostałych uczestników postępowania z obowiązku wykazania braku zasadności zarzutów. Pasywność może bowiem wiązać się w określonych okolicznościach z poniesieniem procesowych konsekwencji.

W tej sprawie okoliczności, na których co do zasady opierały się oświadczenia i twierdzenia przystępujących i Zamawiającego znajdowały oparcie w dokumentach postępowania. Fakty poddane pod wątpliwość odwołaniem opierały się zaś na twierdzeniach Odwołującego lub dowodach, które nie stanowiły w ocenie Izby wystarczającego dowodu dla uznania twierdzenia odwołującego za wykazane.

Izba uznała, że twierdzenia procesowe przystępujących i Zamawiającego znajdują oparcie w dokumentach Postępowania i zgodne są z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz nie stwierdziła naruszenia przepisów zachowaniem Zamawiającego wobec tego, że okoliczności na których opierały się zarzuty wbrew twierdzeniom odwołania nie znalazły odzwierciedlenia w dokumentach postępowania a Odwołujący nie przedłożył dowodów dla ich wykazania. Jednocześnie, nawet w sytuacji gdyby doszło do dysfunkcji systemu ztmwaw.ezamawiajacy.pl zarzut odwołania nie mógłby być uwzględniony w związku z brakiem podstawy prawnej unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w takim przypadku.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W ocenie Izby w niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdza: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników i obciążyła nimi Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :.....