

Sygn. akt: KIO 3650/23

WYROK
z dnia 20 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 19 grudnia 2023 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2023 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum EKOMBUD sp. z o.o. z siedzibą w Bochni, EKOMBUD S. G. sp. j. z siedzibą w Bochni oraz Bocheńskie Zakłady Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Bochni, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Rzezawa, przy udziale wykonawcy FB Serwis Karpatia Sp. z o.o., z siedzibą w Tarnowie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum EKOMBUD sp. z o.o. z siedzibą w Bochni, EKOMBUD S. G. sp. j. z siedzibą w Bochni oraz Bocheńskie Zakłady Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Bochni zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez w/w wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok -

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3650/23

UZASADNIENIE

W dniu 4 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: EKOMBUD sp. z o.o. z siedzibą w Bochni, EKOMBUD S. G. sp. j. z siedzibą w Bochni oraz Bocheńskie Zakłady Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Bochni (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Gminie Rzezawa (dalej „Zamawiający”) naruszenie art. 255 ust. 6 p.z.p. w zw. z art. 64 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty w następstwie niezapewnienia takich narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które są niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2023 r. poz. 57, 1123 i 1234), z produktami powszechnie używanymi służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych, i które nie ograniczają wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu, co spowodowało niemożność skutecznego złożenia oferty przez Odwołującego, a to ze skutkiem braku uwzględnienia jego oferty w ramach czynności otwarcia ofert, a w ślad za powyższym poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- 1) zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia całości dokumentów postępowania w przedmiocie ww. zamówienia, w tym wszelkich informacji uzyskanych w jakiegokolwiek formie od administratora platformy e-Zamówienia lub powziętych do wiadomości w związku z organizacją postępowania, a dotyczących prac technicznych bądź problemów lub prawdopodobieństwa ich wystąpienia w odniesieniu do funkcjonowania platformy zamówieniowej, które dotyczyły lub mogły dotyczyć okresu od 20 do 24 listopada 2023 r.; wystąpienie do Administratora technicznego Platformy e-Zamówienia lub innego władnego podmiotu w zakresie zarządu bądź nadzoru nad platformą e-Zamówienia, prowadzoną przez Urząd Zamówień Publicznych, ul. Postępu 17 A, 02-676 Warszawa;
- 2) udostępnienie historii logów i innych czynności na koncie wykonawcy Ekombud Sp. z o.o. w dniu 24 listopada 2023 r. podejmowanych w związku ze składaniem oferty o zamówienie pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Rzezawa”, numer referencyjny: RID.ZP.271.1.26.2023, na fakt obiektywnych, niezależnych od Wykonawcy przeszkód w złożeniu oferty;
- 3) dopuszczenie i przesłuchanie świadków:
 - a) M. B. – adres do doręczeń: ul. Partyzantów 24D, 32-700 Bochnia,

b)J. S.: ul. 20 Stycznia 46, 32-700 Bochnia;

- na fakt przebiegu czynności w składaniu oferty na zamówienie pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Rzezawa”, numer referencyjny: RID.ZP.271.1.26.2023, w tym zastosowania się do wszelkich instrukcji i wymogów stawianych przez Zamawiającego oraz na fakt wystąpienia niezależnych od Odwołującego przeszkód w złożeniu oferty związanych z działaniem platformy e-Zamówienia;

4) dopuszczenie i przesłuchanie w charakterze Strony – M. S. – Prezesa Ekombud Sp. z o.o., jako spółki będącej liderem konsorcjum, adres do doręczeń: ul. Partyzantów 24D, 32-700 Bochnia, na fakt kompletności i gotowości wszelkich dokumentów, składających się na ofertę, do złożenia przed upływem terminu na składanie ofert, napotkanych, niezależnych od Wykonawcy trudności w jej złożeniu, związanych z działaniem platformy e-Zamówienia;

5) uwzględnienie odwołania w całości;

6) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia niniejszego postępowania;

7) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 24 listopada ubiegłego roku zgłosił się o zamówienie pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Rzezawa”. Jako podmiot, który miał i ma interes w uzyskaniu ww. zamówienia, sporządził całość kompletnej dokumentacji – zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego - i przygotował ją do złożenia za pośrednictwem dedykowanej dla ww. postępowania platformy – e-Zamówienia. Niestety wskutek wadliwości działania tejże platformy finalnie okazało się, że pomimo działań zgodnie z instrukcją i wymaganiami platformy zamówieniowej z uwagi na problemy techniczne nie doszło do złożenia oferty. Odwołujący wskutek wadliwości działania platformy e-zamówienia w otwartym terminie do złożenia oferty na przedmiotowe zamówienie, tj. w dniu 24 listopada 2023 r., napotkał na przeszkodę w postaci braku działania platformy zamówieniowej.

Odwołujący wskazał, że upoważnieni pracownicy spółki Ekombud sp. z o.o. (pani M. B.) trzykrotnie wprowadzali kompletnie przygotowaną ofertę do systemu, celem jej złożenia (doręczenia Zamawiającemu). Działali oni zgodnie z instrukcjami i wymaganiami przewidzianymi zarówno przez administratora platformy, jak i postawionymi przez Zamawiającego. Pierwsza próba nie powiodła się z uwagi na błąd, który był komunikowany przez platformę. Po tej próbie zweryfikowano poprawność działania platformy na innych komputerach wykonawcy i w tym przypadku zaistniały problemy już na etapie logowania. Kiedy to już udało się zalogować z powrotem na platformę ponowiono próbne wysłanie załadowanych na platformie dokumentów (tj. oferty z załącznikami), lecz i tym razem - z uwagi na zaobserwowane niestandardowe, niesprawne działanie platformy – podjęto decyzję o weryfikacji całego procesu i ponowieniu złożenia oferty przy asyście informatyka, celem ewentualnego zidentyfikowania problemu. Już przy udziale specjalisty wycofano ofertę, którą składano za drugim razem, i podjęto przy jego udziale finalną próbę jej złożenia po raz trzeci. Podjęto po kolei wymagane czynności. Platforma wygenerowała elektroniczne potwierdzenie przesłania oferty, tzw. EPP. Niemniej jednak wbrew takowemu poświadczeniu, wystąpił, tzn. na platformie wyświetlił się, błąd (co zostało udokumentowane zrzutami ekranu). Spółka bezzwłocznie podjęła kontakt z Centrum pomocy platformy e-Zamówienia, zgłaszając opisany problem. Sam zaś Zamawiający stwierdził, że status oferty Spółki jaki widnieje w panelu dostępnym dla Zamawiającego, to - wycofana. W tych okolicznościach na skutek niesprawności platformy e-zamówienia Spółka została pozbawiona możliwości złożenia, przygotowanej uprzednio oferty, a to bez jej wpływu na zaistniałą sytuację. Poza zgłoszeniem problemu do Centrum pomocy, pracownica Ekombud Sp. z o.o. – pani M. B. – w czasie otwartym na złożenie oferty telefonowała do Zamawiającego, celem przekazania informacji o problemie. W godzinach popołudniowych tego samego dnia Odwołujący wysłał wiadomość e-mail do Zamawiającego, w którym wskazał na zaistniałe problemy, jak i z uwagi na posiadane potwierdzenie EPP wskazał, że o ile Zamawiający stwierdzi że nie otrzymał oferty, o tyle zaistniały podstawy do unieważnienia postępowania. Przedstawiciele lidera konsorcjum (pan M. S.) w dniu 28 listopada 2023 r. udali się na spotkanie w siedzibie Gminy z jej przedstawicielami, wyjaśniając i wnosząc o unieważnienie postępowania, obejmującego przedmiotowe zamówienie publiczne. Zaistniałą sytuację szczegółowo omówiono również na tym dwustronnym spotkaniu. W dniu 4 grudnia 2023 r. Odwołujący, działający przez lidera konsorcjum, wniósł drogą mailową pismo, podpisane elektronicznym podpisem kwalifikowanym, do Gminy Rzezawa wniosek o unieważnienie postępowania.

Okoliczności powyższe stanowią bezwzględne wskazanie do unieważnienia postępowania w niniejszej sprawie. Dowód: dokumenty zamówieniowe Wykonawcy, składające się na jego ofertę, na fakt ich kompletności i gotowości do złożenia przed upływem terminu na składanie ofert, elektroniczne potwierdzenie złożenia oferty w pliku .xml z dnia 24 listopada 2023 r., elektroniczne potwierdzenie złożenia oferty w pliku .jpg z dnia 24 listopada 2023 r., zrzut ekranu dokumentujący błąd działania platformy zamówieniowej z dnia 24 listopada 2023 r., - e-mail do Gminy Rzezawa ze zgłoszeniem

problemu w postaci niesprawności platformy z dnia 24 listopada 2023 r., wniosek do administratora e-Zamówień o przesłanie wykazu logowań z dnia 28 listopada 2023 r., wysłuchanie świadków: pracownika Ekombud sp. z o.o. – pani M. B., a także informatyka biorącego udział w składaniu oferty – pana J. S., na fakt przebiegu procedury składania ofert oraz napotkanych technicznych problemów ze strony platformy e-Zamówienia w dniu 24 listopada 2023 r., wniosek lidera konsorcjum do Gminy Rzeszawa o unieważnienie postępowania z dnia 4 grudnia 2023 r., przesłany w wiadomości e-mail z tego samego dnia.

Odwołujący wskazał, że poza informowaniem Zamawiającego telefonicznie i w drodze korespondencji e-mail o zaistniałym problemie, Odwołujący w dniu 28 listopada 2023 r. wystąpił o historię logowań do administratora platformy e-Zamówienia, który to wniosek jest w trakcie procedowania. Wykonawca zrobił wszystko co w jego mocy, aby przedstawić Zamawiającemu zaistniały stan faktyczny, powodujący potrzebę powtórzenia postępowania. Tym niemniej samemu Zamawiającemu z urzędu są znane okoliczności związane z niesprawnością platformy e-Zamówienia i wadliwością jej działania na przestrzeni od dnia 20 do dnia 24 listopada 2023 r. z uwagi na prace konserwatorskie i serwisowe prowadzone w tym czasie przez rządową administrację centralną. Okoliczności te stanowią także wiedzę powszechnie znaną, o czym świadczą artykuły prasowe dotyczące tej kwestii, jak i informacje publiczne powszechnie opublikowane przez innych Zamawiających unieważniających postępowania z powodu okoliczności, które dotknęły Spółkę. Znamienne i reprezentatywne jest tutaj informacja Zamawiającego z tego samego powiatu, tj. Gminy Bochnia, która odnosi się do takiego samego stanu faktycznego. Dowód: artykuł prasowy pn. „Awaria platformy e-Zamówienia. Jakie są skutki dla wykonawców i zamawiających?”, opublikowany w dniu 21 listopada 2023 r. w Dzienniku Gazeta Prawna, - komunikat Urzędu Zamówień Publicznych o niedostępności platformy e-zamówienia w czasie 21-22 listopada 2023 r., Informacja o unieważnieniu postępowania, dokonane z ww. przyczyn, w dniu 29 listopada 2023 r. przez Gminę Miasta Bochnia, Informacja o unieważnieniu postępowania, dokonane z ww. przyczyn, w dniu 21 listopada 2023 r. przez Prokuraturę Okręgową w Krośnie.

Odwołujący wskazał, że na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p., „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”. W tym kontekście należy wskazać, że taką wadliwość postępowania bez wątpienia spowodowały problemy techniczne platformy e-Zamówienia, skutkując naruszeniem art. 64 p.z.p. oraz art. 16 p.z.p. Wobec tego postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (zgodnie z art. 255 pkt 6 pzp).

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 64, Zamawiający korzysta, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tylko z takich narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które są niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2023 r. poz. 57, 1123 i 1234) i które nie ograniczają wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto art. 16 pzp wskazuje, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponieważ zamawiający jest odpowiedzialny za narzędzia informatyczne, z których korzysta, awaria platformy jest okolicznością obciążającą zamawiającego. Bez znaczenia jest tu okoliczność, że uniemożliwienie wykonawcy złożenia oferty nie było okolicznością zależną od zamawiającego albo jego celowym działaniem, lecz wynikało z powodów technicznych dotyczących działania platformy. W wyniku uniemożliwienia wykonawcy złożenia oferty zostały naruszone naczelne zasady pzp dotyczące konieczności zapewnienia równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji oraz równego dostępu wykonawców do zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że brak działania platformy w kluczowym momencie przed upływem terminu składania ofert stanowi poważne naruszenie ww. zasad postępowania – uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż Odwołujący, jak i żaden inny wykonawca, nie miał obowiązku przewidywać, że platforma nie będzie działać lub będzie obciążona jakimikolwiek innymi niesprawnościami, uniemożliwiającymi złożenie oferty, w ostatnich godzinach przed tym terminem. Niewątpliwie jest więc uznanie, że sytuację taką należy zakwalifikować jako podpadającą pod dyspozycję art. 255 pkt 6 p.z.p. i przedmiotowe postępowanie unieważnić należy w jego oparciu. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 4.03.2019 r., KIO 268/19, LEX nr 2676536, wyrok KIO z 9.04.2019 r., KIO 510/19, LEX nr 2682267, wyrok KIO z 7.03.2019 r., KIO 217/19, LEX nr 2671230).

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi: Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Rzeszawa.

Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zamawiający wskazał, w SWZ, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, komunikacja między Zamawiającym, a Wykonawcami odbywa się przy użyciu Platformy e-Zamówienia, która jest dostępna pod adresem. Bezpośredni link dostępowy do prowadzonego postępowania przedstawia załącznik nr 9 do SWZ.

Izba ustaliła, że w Rozdziale XII SWZ Zamawiający wskazał:

1. Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym składanie ofert oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

2. Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu następujących środków komunikacji elektronicznej:

a) platformy do obsługi postępowań przetargowych, dostępnej pod adresem: <https://ezamowienia.gov.pl>,

b) poczty elektronicznej: gmina@rzeszawa.pl

Uwaga !: ofertę w postępowaniu można złożyć tylko za pośrednictwem platformy do obsługi postępowań dostępnej na stronie internetowej: <https://ezamowienia.gov.pl>. Korzystanie z platformy e-zamówienia jest bezpłatne.

12. Komunikacja w postępowaniu z wyłączeniem składania ofert/wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odbywa się drogą elektroniczną za pośrednictwem formularzy do komunikacji dostępnych w zakładce „Formularze” („Formularze do komunikacji”). Za pośrednictwem „Formularzy do komunikacji” odbywa się w szczególności przekazywanie wezwań i zawiadomień, zadawanie pytań i udzielenie odpowiedzi. Formularze do komunikacji umożliwiają również dołączenie załącznika do przesyłanej wiadomości (przycisk „dodaj załącznik”). W przypadku załączników, które są zgodne z ustawą PZP lub rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie wymagań dla dokumentów elektronicznych opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, mogą być opatrzone, zgodnie z wyborem Wykonawcy/Wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia/podmiotu udostępniającego zasoby, podpisem typu zewnętrznego lub wewnętrznego. W zależności od rodzaju podpisu i jego typu (zewnętrzny, wewnętrzny) dodaje się uprzednio podpisane dokumenty wraz z wygenerowaniem plikiem podpisu (typ zewnętrzny) lub dokument z wszyszym podpisem (typ wewnętrzny).

13. Możliwość korzystania w postępowaniu z „Formularzy do komunikacji” w pełnym zakresie wymaga posiadania konta „Wykonawcy” na Platformie e-Zamówienia oraz zalogowania się na Platformie e-Zamówienia. Do korzystania z „Formularzy do komunikacji” służących do zadawania pytań dotyczących treści dokumentów zamówienia wystarczające jest posiadanie tzw. konta uproszczonego na Platformie e-Zamówienia.

14. Wszystkie wysłane i odebrane w postępowaniu przez Wykonawcę wiadomości widoczne są po zalogowaniu w podglądzie postępowania w zakładce „Komunikacja”.

15. Maksymalny łączny rozmiar plików stanowiących ofertę lub składanych wraz z ofertą wynosi 250 MB.

16. Minimalne wymagania techniczne dotyczące sprzętu używanego w celu korzystania z usług Platformy e-Zamówienia oraz informacje dotyczące specyfikacji połączenia określa Regulamin Platformy e-Zamówienia.

17. W przypadku problemów technicznych i awarii związanych z funkcjonowaniem Platformy e-Zamówienia użytkownicy mogą skorzystać ze wsparcia technicznego dostępnego pod numerem telefonu (32) 77 88 999 lub drogą elektroniczną poprzez formularz udostępniony na stronie internetowej <https://ezamowienia.gov.pl> w zakładce „Zgłoś problem”.

Izba ustaliła, że termin składania ofert upływał w dniu 24 listopada o g. 11:00.

Izba ustaliła, że zgodnie z informacją zawartą w aktach postępowania (wydruk z Platformy E-Zamówienia) w postępowaniu złożone jedną ofertę tj. ofertę Przystępującego oraz wycofano trzy oferty (w tym ofertę Odwołującego).

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 24 listopada o 12:00 dokonał otwarcia ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający poinformował o ofertach złożonych w postępowaniu o g. 13.35 poprzez BIP Urząd Gminy Rzeszawa.

Izba ustaliła, że w dniu 24 listopada o g. 15.57 Odwołujący skierował do Zamawiającego wiadomość e – mailową, z informacją, że z powodu awarii Platformy nie mógł skutecznie złożyć oferty w postępowaniu i wnosi o unieważnienie postępowania. Izba ustaliła, że pismem z dnia 30 listopada 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi, wskazując, że w postępowaniu została złożona jedna oferta oraz, że trzy oferty zostały wycofane. Zamawiający załączył raport z platformy. Zamawiający wskazał, że nie podstaw do unieważnienia postępowania.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu są niezasadne. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że niemożność skutecznego złożenia oferty przez Odwołującego była spowodowana awarią platformy do składania ofert.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy w dniu 24 listopada Platforma E-zamówienia działała w sposób nieprawidłowy, co uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że w dniu 24 listopada 2023 r. wystąpiła awaria w funkcjonowaniu przedmiotowej platformy, która skutkowałą brakiem możliwości skutecznego złożenia oferty przez wykonawcę.

Po dokonaniu analizy dowodów zgromadzonych w sprawie Izba wskazuje po pierwsze, że istotnie w dniach od 21 – 22 listopada 2023 r. występowały przerwy w dostępności do Platformy E-Zamówienia. Okoliczność tą potwierdził Urząd Zamówień Publicznych w komunikatach publicznych. Również taki komunikat pojawił się na Platformie E-Zamówienia. Natomiast do akt sprawy nie został złożony żaden komunikat Urzędu Zamówień Publicznych czy operatora Platformy E-

Zamówienia potwierdzający niedostępność platformy w dniu 24 listopada 2023 r. W dniu 24 listopada 2023 r. został wyłącznie opublikowany komunikat Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z przeprosinami za wszelkiego rodzaju problemy związane z uprzednimi awariami. Zatem, w aktach sprawy nie ma żadnego oficjalnego stanowiska czy to Urzędu Zamówień Publicznych czy to operatora platformy co do niedostępności platformy w dniu 24 listopada 2023 r. Po drugie, Izba wskazuje, że ciężar wykazania niemożności złożenia oferty z powodu awarii platformy spoczywał na Odwołującym. W tym zakresie, Odwołujący oświadczył, że wystąpił do operatora platformy E-Zamówienia o udostępnienie informacji czy w dniu 24 listopada 2023 r. platforma działała prawidłowo. Odpis pisma nie został jednak złożony do akt sprawy. Odwołujący na rozprawie wskazał, że nie posiada pisma przy sobie i nie może go złożyć na rozprawie. Takie działanie Odwołujący powoduje, że Izba nie może dać wiary twierdzeniom Odwołującego. Jeśli wykonawca rzeczywiście występował do operatora platformy o jakiegokolwiek informacje, to takie pismo jest istotnym dowodowym w sprawie i w interesie samego Odwołującego leżało złożenie go do akt sprawy. Zaniechanie zaś takiej czynności jest okolicznością przemawiającą za uznaniem twierdzeń Odwołującego za niewiarygodne. Za nieuprawnione Izba uznała wniosek Odwołującego postulujący o to, aby to Izba wystąpiła do operatora Platformy E-Zamówienia o udostępnienie informacji o funkcjonowaniu platformy w dniu 24 listopada 2023 r. Odwołujący nie tylko nie potrafił wskazać podstawy prawnej do podjęcia przez Izbę takich czynności, ale również nie uzasadnił dlaczego Izba miałaby przejmować za Odwołującego inicjatywę dowodową w sprawie. Nie jest rolą Izby działanie w interesie którejkolwiek ze stron postępowania odwoławczego. Należy podkreślić, że rzekoma awaria platformy miała miejsce w dniu 24 listopada 2023 r. Profesjonalny wykonawca podejmuje niezwłocznie kroki mające na celu potwierdzenie okoliczności które w jego ocenie leżały u podstaw niemożności złożenia oferty. Taką czynnością jest z pewnością niezwłocznie wystąpienia do operatora platformy o przesłanie informacji co do ewentualnych przerw w dostępności w dniu 24 listopada 2023 r. Rozprawa miała miejsce w dniu 19 grudnia 2023 r. Odwołujący zatem w okresie ponad 3 tygodniu nie był w stanie przedstawić żadnego dokumentu na potwierdzenie podjęcia jakichkolwiek czynności zmierzających do wyjaśnienia rzekomych awarii funkcjonowania platformy. Jeśli taki dokument był w posiadaniu Odwołującego, to był on zobowiązany złożyć go do czasu zamknięcia rozprawy. Po trzecie, Izba wskazuje, że pozostałe dowody złożone przez Odwołującego w sprawie nie potwierdzają, że w dniu 24 listopada 2023 r. Platforma E-Zamówienia nie działała. Dokumenty otrzymane od Gminy Bochnia również nie zawierają żadnego oświadczenia operatora platformy potwierdzającego brak dostępności platformy w dniu 24 listopada 2023 r. Stanowią one wyłącznie dowód tego, że w innym postępowaniu zamawiający uznał argumenty innego wykonawcy za zasadne i unieważnił postępowanie. Ani Zamawiający w tym postępowaniu, a tym bardziej Izba nie jest związana decyzjami innego zamawiającego. Ponadto, Izba zaznacza, że złożone dokumenty zawierają udokumentowanie wszystkich prób złożenia oferty przez wykonawcę, z oznaczeniami czasowymi, na podstawie, których można dokonać rekonstrukcji czasowej poszczególnych czynności wykonawcy. Tymczasem Odwołujący nie zrekonstruował poszczególnych czynności w czasie w jakim były wykonywane, jak również nie przedłożył dowodów na to, że rzeczywiście je wykonywał. Izba wskazuje, że dowody załączone do odwołania (poza wizualizacją elektronicznego potwierdzenia przesłania, do którego to dowodu Izba odniesie się osobno poniżej) są datowane na 24 listopada, g. 15.57, 1 grudnia 2023 r., a więc zostały wygenerowane nie w trakcie wykonywania czynności przez wykonawcę w ramach podejmowanych prób składania oferty. Odwołujący powołuje się na błąd, który był komunikowany przez platformę, na problemy z logowaniem, na zaobserwowane niestandardowe, niesprawne działanie platformy, ale żadnych dowodów na wykazanie tych okoliczności nie złożył do akt sprawy. Nie przedstawił żadnych zdjęć, print – screenów z dokonywanych czynności. Profesjonalny wykonawcy dokumentuje każdą taką okoliczność, tak aby móc wykazać podejmowane przez siebie czynności i ewentualne nieprawidłowości działania systemu. Odnosząc się do złożonej przez Odwołującego Wizualizacji Elektronicznego Potwierdzenia Przesłania, dowód ten również nie stanowi potwierdzenia awarii Platformy. Zdaniem Izby z oświadczeń złożonych przez Odwołującego wynika, że wykonawca co najmniej dwukrotnie (próba druga i trzecia) próbował złożyć ofertę przez Platformę, przy czym jak sam stwierdził w odwołaniu przy drugiej próbie wykonawca złożoną ofertę wycofał (cyt. z odwołania „(...) *Już przy udziale specjalisty wycofano ofertę, którą składano za drugim razem, i podjęto przy jego udziale finalną próbę jej złożenia po raz trzeci.*” Odwołujący w żaden sposób nie udokumentował czasowo podejmowanych przez siebie czynności. Nie przedstawił żadnych print – screenów obrazujących poszczególne etapy składania ofert i rzekome komunikaty generowane przez platformę. Nie określił w jakiej godzinie była podjęte pierwsze, druga i trzecia próba złożenia oferty. Izba zatem nie jest w stanie ustalić, której czynności dotyczy złożona do akt sprawy wizualizacja elektronicznego potwierdzenia przesłania oferty.

Izba podkreśla, że niemożność złożenia oferty może być również wynikać z błędnego działania samego wykonawcy, błędu pracownika, błędnego formatu dokumentów. Izba nie ma podstaw, aby *a priori* zakładać, że wykonawca działa bezbłędnie i wykonuje wszystkie czynności zgodnie z instrukcjami dotyczącymi funkcjonowania platformy. Podobnie, Izba nie ma podstaw do przyjmowania *a priori*, że platforma działa zawsze bezawaryjnie. W okolicznościach konkretnej sprawy należy rozstrzygać dlaczego wykonawca nie złożył oferty w terminie określonym w SWZ i co leżało u podstaw

takich uchybień. Rozstrzygające znaczenie mają dowody złożone w sprawie, na podstawie których Izba dokonuje analizy sytuacji w jakiej był konkretnym wykonawcą, w konkretnym postępowaniu. Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie, Odwołujący nie wykazał awarii platformy w dniu 24 listopada 2023 r. Odwołujący zaniechał złożenia kluczowego dokumentu jakim byłaby, zdaniem Izby, informacja od operatora platformy do co jej awarii w dniu 24 listopada 2023. Nie uprawdopodobnił nawet, że podjął jakiegokolwiek działania w celu wyjaśnienia tej okoliczności z operatorem. Odwołujący deklarował, że podjął takie czynności, ale żadnych dokumentów nie złożył przed zamknięciem rozprawy. Odwołujący był reprezentowany na rozprawie przez profesjonalnego pełnomocnika, który winien mieć świadomość ciężącego na Odwołującym ciężarze dowodu i konieczności zgromadzenia przed rozprawą koniecznych dokumentów na wykazanie prawdziwości swoich oświadczeń. Izba ocenia zasadność zarzutów w świetle dowodów złożonych do akt sprawy, nie zaś nieweryfikowalnych twierdzeń wykonawcy.

Ponadto, Izba wskazuje, że oferty złożone w postępowaniu zostały otworzona przez Zamawiającego w dniu 24 listopada o godzinie 12:00. O godzinie 13.35 Zamawiający opublikował informacje z otwarcia ofert i już wtedy dostępna była informacja co do ceny jaką Przystępujący zaoferował za realizację zamówienia. Odwołujący dopiero o godzinie 15.57 wystosował do Zamawiającego wiadomość e-mailową o awarii platformy i niemożności złożenia oferty. Nie można wykluczyć, że mając wiedzę o tym, iż Przystępujący złożył korzystniejszą ofertę w postępowaniu, Odwołujący dąży obecnie do unieważnienia postępowania, aby mieć możliwość ponownego złożenia oferty w nowym postępowaniu. Jest to oczywiście tylko hipotetyczny argument, jednakże należy mieć jego świadomość rozstrzygając o zasadności zrzutu. Odwołujący dąży bowiem do unieważnienia postępowania, a więc również do pozbawienia Przystępującego zamówienia. Izba jest zobowiązana rozważyć wszelkie okoliczności i argumenty w sprawie, tak aby uwzględnić interesy wszystkich wykonawców i zachować zasadę równego ich traktowania. Izba uznała, że wobec braku złożenia dowód na wykazanie awarii Platformy w dniu 24 listopada 2023 r. nie ma podstaw do unieważnienia postępowania. Awaria wystąpiła, ale w dniach 21 – 22 listopada. Można postawić również argument, że skoro Przystępujący złożył ofertę w dniu 23 listopada 2023 r. to funkcjonalność platformy zostało przywrócona i działała ona prawidłowo również w dniu 24 listopada 2023 r., skoro działała w dniu 23 listopada 2023 r.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....