

sygn. akt: **KIO 893/23, KIO 894/23**

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2023 roku, w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2023 r. przez wykonawcę **J.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „SADEX” S.J. z siedzibą w Kolonii Sitno (KIO 893/23 i KIO 894/23)** w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego **Powiatowy Zarząd Dróg w Hrubieszowie**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu Powiatowy Zarząd Dróg w Hrubieszowie unieważnienie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych pod nazwą „Przebudowa, budowa dróg powiatowych 3230L, 3464L, 1856L, 3420L” oraz „Przebudowa dróg powiatowych 3435L, 3415L, 3413L, 3407L” na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Powiatowy Zarząd Dróg w Hrubieszowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „SADEX” S.J. z siedzibą w Kolonia Sitno**, tytułem wpisów od obu odwołań,

2.2. zasądza od Zamawiającego **Powiatowy Zarząd Dróg w Hrubieszowie** na rzecz wykonawcy **J.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „SADEX” S.J. z siedzibą w Kolonia Sitno** kwotę 27 200 zł (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy dwieście złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisów od odwołań oraz kosztów pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2022, poz. 1710) 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 893/23, KIO 894/23**

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiatowy Zarząd Dróg w Hrubieszowie prowadzi na podstawie przepisów z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2022, poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, postępowania o udzielenie zamówień w trybie podstawowym, których przedmiotem jest „Przebudowa, budowa dróg powiatowych 3230L, 3464L, 1856L, 3420L” - nr ref. PZD-1.343.5.2023 oraz „Przebudowa dróg powiatowych 3435L, 3415L, 3413L, 3407L” – nr ref. PZD-1.343.4.2023.

Ogłoszenia o zamówieniach zostały zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych odpowiednio o numerze 2023/BZP 00114849/01 z dnia 2023-02-28 i 2023/BZP 00114842/01 z dnia 2023-02-28, w tym samym dniu Zamawiający opublikował Specyfikację Warunków Zamówienia na platformie elektronicznej.

KIO 893/23; 894/23

Dnia 29 marca 2023 roku, wykonawca J.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „SADEX” S.J. z siedzibą w Kolonia Sitno (dalej „Odwołujący” lub „SADEX”) wniósł dwa odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp zaniechań Zamawiającego dokonanych w postępowaniach „Przebudowa, budowa dróg powiatowych 3230L, 3464L, 1856L, 3420L” - nr ref. PZD-1.343.5.2023 oraz „Przebudowa dróg powiatowych 3435L, 3415L, 3413L, 3407L” – nr ref. PZD-1.343.4.2023 w postaci zaniechania unieważnienia postępowania z uwagi na niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (w postaci awarii platformy zakupowej Zamawiającego – co uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu).

Odwołujący, w każdym z odwołań, zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 255 pkt 6) w zw. z art. 16 pkt 1) w zw. z art. 64 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie czynności unieważnienia postępowania, pomimo zaistnienia

uzasadniających to przesłanek, a to powstania wady w postępowaniu, niemożliwej do usunięcia i uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynikającej z faktu awarii platformy zakupowej przewidzianej w 3 postępowaniu do składania ofert, co uniemożliwiło wykonawcom udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy pełnej świadomości Zamawiającego wobec zaistniałych problemów natury technicznej platformy zakupowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołań oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia postępowań,
- 3) obciążenie kosztami postępowań odwoławczych Zamawiającego, w tym zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przez Krajową Izbę Odwoławczą

Uzasadnienie odwołań

Odwołujący uzasadniając wniesienie odwołań przedstawił w obu sprawach analogiczną argumentację.

Odwołujący podał, że zgodnie z brzmieniem SWZ wykonawcy chcący złożyć w postępowaniach oferty zobowiązani byli dokonać tego w terminie do dnia 15.03.2023 r. do godziny 10:00. Ogłoszenia o zamówieniu zostały przez Zamawiającego opublikowane w BZP w dniu 28.02.2023 r. odpowiednio o godzinie 18:30 oraz o 18:31 na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Wymogiem Zamawiającego w zakresie procedury składania ofert było posługiwanie się platformą zakupową z precyzyjnym odesłaniem do następującego adresu: <https://pzd.h.ezamawiajacy.pl>. W zakładce „OFERTY”. Wskazaniem SWZ było ponadto, iż „po upływie terminu składania ofert, złożenie Oferty (załączników) nie będzie możliwe” oraz iż otwarcie ofert nastąpi w dniu 15.03.2023 r. o godzinie 10:15.

Dalej Odwołujący wskazał, że po zakończeniu długotrwałego i zaangażowanego procesu analizy potrzeb Zamawiającego określonych dokumentacją postępowań, dokonując oceny własnych możliwości oraz skali koniecznego zaangażowania w etap realizacji przedmiotu zamówienia, w dniu 15.03.2023 r. w godzinach wczesno porannych, będąc już użytkownikiem platformy zakupowej, znającym doskonale zasady jej obsługi przystąpił do procesu złożenia ofert. Mimo licznych prób podejmowanych zgodnie z zasadami funkcjonalności tej platformy złożenie ofert nie było możliwe. Odwołujący wskazał, że jako profesjonalista, zaznajomiony z dokumentacją Postępowania w konsekwencji zdefiniowanego problemu w działaniu platformy zakupowej bezzwłocznie podjął próbę uzyskania informacji o problemach w działaniu platformy bezpośrednio u samego jej dostawcy – infolinia dostawcy rozwiązań systemowych. Dalej Odwołujący podał, że zgodnie z oświadczeniami przekazanymi Odwołującemu drogą telefoniczną dostawca platformy zakupowej borykał się z nieprzewidywanymi problemami technicznymi, których terminu usunięcia nie był w stanie określić. Odwołujący podał ponadto, że poinformował jednocześnie samego Zamawiającego o zaistniały i niezależnych od niego przeszkód uniemożliwiających złożenie mu jego oferty. Uzupełnieniem przekazania Zamawiającemu informacji w drodze rozmowy telefonicznej było przesłanie mu tego samego dnia (15.03.2023 r.) pisma nie tylko z wskazaniem na awarię platformy w ujęciu ogólnopolskim ale i z podsumowaniem odbytej z jego przedstawicielami rozmowy, którzy sami potwierdzili problemy z platformą zakupową. Zamawiający mimo otrzymania i zapoznania się z informacją Odwołującego w żaden sposób nie odniósł się do złożonych w jego treści wniosków opartych o sformułowania – „prosimy o powtórzenie postępowań przetargowych i umożliwienie złożenia ofert”. Dopiero w dniu 17.03.2023 r. Zamawiający w odpowiedzi na skierowane do niego pismo wskazał, iż „przedmiotowe postępowanie zostało zakończone...”, co zgodnie z rozumieniem tego pojęcia na gruncie ustawy Pzp może oznaczać tylko dwie okoliczności: a) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, b) unieważnienie postępowania przez Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że w konsekwencji odebrania informacji w wyżej opisanym brzmieniu i kształcie pozostawał przekonany, że postępowania zostaną unieważnione z uwagi na problematykę, której powagę rozumiał i dostrzegał sam Zamawiający. Do dnia 24 marca 2023 r. Odwołujący każdego dnia sprawdzał platformę zakupową i publikowane tam przez Zamawiającego dokumenty oczekując formalnie przekazanej informacji o unieważnieniu postępowań. Zamawiający wbrew jednak oświadczeniom jakie złożył Odwołującemu, w dniu 24 marca 2023 r. opublikował informacje o wyborze ofert najkorzystniejszych, w zakresie wszystkich części wskazując wykonawcę, którego oferty uznał za najkorzystniejsze.

Odwołujący, spodziewając się oceny jego działań przez Zamawiającego, wskazał, że w procesie przygotowania się złożenia jego oferty wykonał on szereg przygotowań oraz analiz wymagających zaangażowania wielu z jego struktur. Co dla niniejszej sprawy istotne Odwołujący dokonał wpłaty wymaganego w Postępowaniu wadium, co w sposób bezdyskusyjny obrazuje motyw jego działania oraz wyznaczone cele. Kwoty wadium zaksięgowane zostały na rachunkach Zamawiającego. Odwołujący jest profesjonalistą dbającym o swoje interesy i braku takiej postawy nie można mu w niniejszej sprawie zarzucać. W sposób całkowicie uzasadniony realizował on swoje prawa w granicach określonych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał na następujące rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach, których stan faktyczny

koreluje z tym z jakim do czynienia mamy w niniejszej sprawie tj. KIO 1760/21, KIO 2671/18.

Dalej Odwołujący wskazał, iż problem z jakim przyszło mu się mierzyć w dniu 15.03.2023 r. nie dotyczył jedynie jego sytuacji. Wielu z Zamawiających jak i Wykonawców działających w ramach tej samej platformy zakupowej, właśnie w tym problematycznym czasie miało wyłączoną możliwość w korzystaniu z jej podstawowych funkcjonalności.

Odwołujący podkreślił, że jedną z cech systemu teleinformatycznego, jaki Zamawiający powinien zapewnić w ramach wskazanych środków komunikacji elektronicznej jest zgodność z postanowieniami SWZ i Ogłoszenia (dokumentami zamówienia). Samo działanie systemu nie może być niezgodne z przepisami Pzp, a taka niezgodność zachodzi wtedy, jeśli platforma uniemożliwiła zastosowanie istniejących przepisów Pzp lub innych ustaw. Przykładowo, kiedy system uniemożliwia złożenie oferty, co nie jest działaniem zgodnym z Pzp. Żaden system nie może ze względu na termin składania ofert uniemożliwiać złożenie oferty – a właśnie z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie. Poprzez awarię platformy Odwołujący nie mógł złożyć oferty, a 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. Skoro z powodu wad działania platformy zakupowej wykorzystywanej przez Zamawiającego, postępowanie obciążone jest wadą, wykonawca, który z tego powodu nie mógł złożyć oferty w postępowaniu może mieć i ma interes w tym, aby dążyć do unieważnienia postępowania obciążonego, w jego ocenie, wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, aby zapewnić sobie możliwość udziału w postępowaniu dotyczącym tego samego zamówienia publicznego (rozumianego jako ten sam przedmiot zamówienia), ale nieobciążonego wadą. W wyniku uniemożliwienia Odwołującemu złożenia oferty naruszono zasady naczelnego Pzp dotyczące konieczności zapewnienia równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji. Nie można skutecznie twierdzić, że wynik postępowania jest prawidłowy, skoro jest ono obciążone najpoważniejszą wadą jaka może wystąpić w postępowaniu – naruszenia zasad generalnych w postaci równego dostępu wykonawców do zamówienia. Naruszenie zasady tej w postępowaniu stanowi wadę niemożliwą do usunięcia (brak możliwości naprawienia błędu Zamawiającego przy użyciu instrumentów Pzp, w które wyposażył go ustawodawca). Po terminie na składanie ofert nie ma możliwości konwalidowania wady postępowania, więc uniemożliwienie złożenia oferty Odwołującemu wywołuje nieodwracalny skutek. Na obecnym etapie postępowanie nie może wrócić na prawidłowy tor i żadne przewidziane przez ustawę czynności nie mogą doprowadzić do sanacji czynności składania ofert, która jest niepowtarzalna. Odwołujący wskazał, że przenosząc powyższe na grunt sytuacji życiowej, można byłoby zobrazować ją w następujący sposób: Zamawiający wymaga, aby dostarczyć mu ofertę do dnia 15.03.2023 r. do godziny 10:00. Jednocześnie, w dniu 15.03.2023 r. od godziny 06:00 do godziny 10:30 nie ma prądu u Zamawiającego, przez co nie można otworzyć drzwi zewnętrznych – wykonawca chcący złożyć ofertę nie mógłby dostać się do środka. Dokładnie z taką samą sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie – Odwołujący nie mógł, choć chciał i podjął ku temu stosowne działania, złożyć oferty w postępowaniu z uwagi na awarię platformy zakupowej Zamawiającego. Odwołującemu zatem została uniemożliwiona kluczowa czynność w postępowaniu – złożenie oferty. Odwołujący zauważył przy tym, że nie ma znaczenia, w którym terminie Odwołujący chciał dokonać czynności złożenia oferty. Jeżeli awaria platformy zakupowej Zamawiającego wydarzyła się przed upływem terminu składania ofert, rolą Zamawiającego było przedłużenie terminu składania ofert, aby wszyscy wykonawcy zainteresowani postępowaniem mogli złożyć oferty. Wskazać należy, że zgodnie z art. 64 Pzp, na Zamawiającym ciąży obowiązek korzystania przy komunikacji z Wykonawcami tylko z takich narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które są niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami powszechnie używanymi służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych i które nie ograniczają wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. Z powyższej regulacji wynika, iż wybór platformy, za pośrednictwem której wykonawcy będą kontaktować się i przysyłać oferty w postępowaniu leży po stronie Zamawiającego. Zamawiający na zasadzie swobody działalności gospodarczej zobowiązany jest wybierać takie narzędzie, które zapewni zgodność z dyspozycją art. 64 Pzp. Odwołujący podkreślił też, iż dokonując wyboru określonej platformy, zamawiający przejmuje również na siebie odpowiedzialność i ryzyko za wady i błędy tego narzędzia, nie wynikające z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Bezsprzecznie wybrana do komunikacji platforma powinna umożliwić wszystkim wykonawcom możliwość złożenia ofert przed wyznaczonym przez Zamawiającego terminem. Co do zasady wykonawca powinien mieć możliwość ciągłego, nieprzerwanego dostępu do systemu od momentu wszczęcia postępowania do momentu upływu terminu składania ofert, a samo złożenie oferty powinno być możliwe, zarówno w terminie wcześniejszym, jak i na kilka minut przed upływem terminu wyznaczonego na składanie ofert. Antycypując niejako potencjalną argumentację Zamawiającego, Odwołujący stwierdził, że nie ma przy tym znaczenia, że złożenie ofert możliwe było kilka dni lub w dniu poprzedzającym wyznaczony termin złożenia ofert. Jeżeli system uniemożliwia złożenie ofert w dniu wyznaczonym na ich złożenie, ze względu na wadę lub błąd niewynikający z winy wykonawców, należy uznać, że mamy do czynienia z sytuacją ograniczenia dostępu wykonawcom do postępowania o udzielenie zamówienia. Zdarzenie takie skutkować winno

uznaniem, że mamy do czynienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wynikającej z art. 16 pkt 1) Pzp jak z i zasad określonych w art. 64 Pzp. Brak możliwości złożenia oferty z przyczyn związanych z niesprawnością wybranej przez Zamawiającego platformy komercyjnej mógł mieć lub wręcz ma wpływ na wynik postępowania, ponieważ ograniczona została uczciwa konkurencja, a ponadto należy przyjąć założenie, że oferta wykonawcy, któremu system uniemożliwił złożenie oferty, mogłaby okazać się ofertą najkorzystniejszą. Tym samym błąd czy też wada platformy komercyjnej uniemożliwiająca złożenie wykonawcom ofert w opisanym stanie faktycznym powinna więc skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) Pzp, ponieważ obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący podniósł, że na powyższe wskazuje również orzecznictwo KIO, gdzie Izba podkreśla, że „w ocenie składu orzekającego w ustalonym stanie faktycznym Zamawiający miał podstawy, aby unieważnić postępowanie. Doszło bowiem do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania) – w ustalonym stanie rzeczy doszło do naruszenia art. 16 Pzp. Jak trafnie wskazał Zamawiający, jest on odpowiedzialny za narzędzia informatyczne, z których korzysta, więc awaria platformy jest okolicznością obciążającą jego. W wyniku awarii technicznej uniemożliwiającej złożenie oferty kilku wykonawcom naruszono zasady Pzp, dotyczące konieczności zapewnienia równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji” (wyrok KIO z dnia 9 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1089/22). Podsumowując Odwołujący wskazał, że w ujęciu treści przedstawianych powyżej pozostaje w przekonaniu, iż Zamawiający, jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wykazał się oczekiwaną od niego rzetelnością, skrupulatnością, profesjonalizmem, nie wykonał czynności do których był zobligowany i dopuścił się tym samym naruszenia obowiązujących go zasad, co prowadzi do przekonania, iż niniejsze odwołanie jest całkowicie zasadne, a podniesione w nim argumenty trafione.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż wnosi o oddalenie obu odwołań.

Do postępowania odwoławczych – nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, o których stanowi przepis art. 528 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówień oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił maturalnoprawną przesłankę o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdziła, że Zamawiający uzupełnił pełnomocnictwa zgodnie z zarządzeniem Izby. Skład orzekający uznał, iż pełnomocnictwa przedłożone przez pełnomocnika Zamawiającego w toku prowadzonych postępowań odwoławczych są właściwe i uprawniają go do działania w imieniu Zamawiającego. Jednocześnie Izba wskazuje, że pominięta stanowisko Odwołującego wyrażone w e-mailu z dn. 14.04.2023 r., jako złożone po zamknięciu rozprawy.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach, jak też podczas rozprawy, wraz ze złożonymi dowodami, które Izba dopuściła w całości, Izba stwierdziła, iż odwołania, zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale VII. INFORMACJE O SPOSOBIE POROZUMIEWANIA SIĘ ZAMAWIAJĄC Z WYKONAWCAMI ORAZ PRZEKAZYWANIA OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ) przygotowanej dla każdego z postępowań wskazał, Zamawiający wskazał:

„1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami, w tym składanie ofert, dokumentów podmiotowych i przedmiotowych, oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz przekazywanie informacji odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

2. Postępowanie prowadzone jest w języku polskim na Platformie Zakupowej (zwanej dalej: „Platformą” lub „Systemem”) pod adresem: <https://pzd.h.ezamawiajacy.pl> numerem postępowania: (odpowiednie) PZD- 1.343.4.2023 / PZD- 1.343.5.2023

3. Ogólne zasady korzystania z Platformy:

a) zgłoszenie do postępowania wymaga zalogowania Wykonawcy do Systemu na subdomenie Powiatowego Zarządu Dróg w Hrubieszowie; <https://pzd.h.ezamawiajacy.pl> lub .

b) Wykonawca po wybraniu opcji „przystęp do postępowania” zostanie przekierowany do strony <https://oneplace.marketplanet.pl>, gdzie zostanie powiadomiony o możliwości zalogowania lub do założenia bezpłatnego konta. Wykonawca zakłada konto wykonując kroki procesu rejestracyjnego; podaje adres e-mail, ustanawia hasło, następnie powtarza hasło, wpisuje kod z obrazka, akceptuje regulamin, klika polecenie „zarejestruj się”.

c) Rejestracja Wykonawcy trwa maksymalnie do 2 dni roboczych. W związku z tym Zamawiający zaleca Wykonawcom uwzględnienie czasu niezbędnego na rejestrację w procesie złożenia Oferty w postaci elektronicznej. Wykonawca wraz z potwierdzeniem złożenia wniosku rejestracyjnego otrzyma informacje, o możliwości przyspieszenia procedury

założenia konta, wówczas należy skontaktować się pod numerem telefonu podanym w ww. potwierdzeniu.

d) Po założeniu konta Wykonawca ma możliwość złożenia Oferty w postępowaniu. Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy w zakładce „Korespondencja”.

4. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia lub informacje, które wpłyną do Zamawiającego, uważa się za dokumenty złożone w terminie, jeśli ich czytelna treść dotrze do Zamawiającego przed upływem tego terminu. Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę ich złożenia/wysłania na Platformie.

5. Sposób (w tym forma) przekazywania oświadczeń i dokumentów musi być zgodny z przepisami wydanymi na podstawie art. 70 PZP, tj. z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. 2020 poz. 2452). W zakresie nieuregulowanym w niniejszym SWZ, zastosowanie mają przepisy tego Rozporządzenia.

6. Zamawiający informuje, że instrukcje korzystania z Platformy dotyczące w szczególności logowania, składania wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, składania ofert oraz innych czynności podejmowanych w niniejszym postępowaniu znajdują się na stronie internetowej pod adresem: <https://pzdh.ezamawiajacy.pl> w zakładce „Regulacje i procedury procesu zakupowego”.

7. Zamawiający informuje, iż w przypadku jakichkolwiek wątpliwości związanych z zasadami korzystania z Platformy, Wykonawca winien skontaktować się z dostawcą rozwiązania teleinformatycznego Platforma zakupowa Powiatowego Zarządu Dróg w Hrubieszowie tel. +48 22 576 22 23 (infolinia dostępna w dni robocze tj. od poniedziałku do piątku, w godzinach 9.00-17.00) e-mail: .

8. Zamawiający określa dopuszczalny format kwalifikowanego podpisu elektronicznego, jako:

a) dokumenty w formacie „pdf” zaleca się podpisywać formatem PAdES,

b) dopuszcza się podpisanie dokumentów w formacie innym niż „pdf”, wtedy będzie wymagany oddzielny plik z podpisem. W związku z tym Wykonawca będzie zobowiązany załączyć oprócz podpisanego dokumentu oddzielny plik z podpisem.

9. Zamawiający, zgodnie art. 67 oraz art. 134 ust. 1 pkt 10 PZP określa niezbędne wymagania sprzętowo-aplikacyjne umożliwiające pracę na Platformie tj.:

a) Stały dostęp do sieci Internet o gwarantowanej przepustowości nie mniejszej niż 512 kb/s; b) Komputer klasy PC lub MAC, o następującej konfiguracji: pamięć min 2GB Ram, procesor Intel IV 2GHZ, jeden z systemów operacyjnych - MS Windows 7, Mac Os x 10.4, Linux, lub ich nowsze wersje;

c) Zainstalowana dowolna przeglądarka internetowa obsługująca TLS 1.2, najlepiej w najnowszej wersji w przypadku Internet Explorer minimalnie wersja 10.0;

d) Zainstalowany program Acrobat Reader lub inny obsługujący pliki w formacie .pdf.

10. Zamawiający, określa dopuszczalne formaty przesyłanych danych tj. plików o wielkości do 100 MB w pdf, odt, ods, doc, xls, docx, xlsx, zip, 7z.

11. Zamawiający określa informacje na temat kodowania i czasu odbioru danych tj. plik załączony przez Wykonawcę na Platformie Zakupowej i zapisany, widoczny jest w Systemie jako zaszyfrowany – format kodowania UTF8. Możliwość otwarcia pliku dostępna jest dopiero po odszyfrowaniu przez Zamawiającego po upływie terminu otwarcia ofert.

12. Oznaczenie czasu odbioru danych przez Platformę stanowi datę oraz dokładny czas (hh:mm:ss) generowany wg. czasu lokalnego serwera synchronizowanego odpowiednim źródłem czasu.

Ponadto w rozdziale XI. MIEJSCE ORAZ TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT SWZ przygotowanej dla każdego postępowania wskazał:

1. Ofertę wraz z wymaganymi dokumentami i oświadczeniami, należy złożyć na Platformie do dnia 15 marca 2023 r. do godz. 10:00

2. Wykonawca składa ofertę za pośrednictwem bezpłatnej Platformy pod adresem <https://pzdh.ezamawiajacy.pl> w zakładce „OFERTY”.

3. Instrukcja złożenia i wycofania oferty:

1) Wykonawca składa Ofertę poprzez:

a) wypełnienie Formularza Oferty (informacje zawarte w SWZ),

b) dodanie w zakładce „OFERTY” dokumentów (załączników) określonych w niniejszej SWZ,

- podpisanych podpisem elektronicznym przez osoby umocowane. Czynności określone w pkt 7 realizowane są poprzez wybranie polecenia „Dodaj dokument” i wybranie docelowego pliku, który ma zostać wczytany.

c) Wykonawca winien opisać załącznik nazwą umożliwiającą jego identyfikację.

d) Wykonawca załączając dokument oznacza czy jest on: „Tajny” – dokument stanowi „tajemnice przedsiębiorstwa” lub opcję „Jawny” – niestanowiący tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

e) Złożenie oferty wraz z załącznikami następuje poprzez polecenie „Złóż ofertę”.

f) Potwierdzeniem prawidłowo złożonej Oferty jest komunikat systemowy „Oferta została złożona” oraz wygenerowany raport ofert z zakładki „Oferty”

g) O terminie złożenia Oferty decyduje czas pełnego przeprosowania transakcji na Platformie.

h) Po zapisaniu, plik jest w Systemie zaszyfrowany. Jeśli Wykonawca zamieścił niewłaściwy plik, może go usunąć zaznaczając plik i klikając polecenie „usuń”.

i) Wykonawca może samodzielnie wycofać złożoną przez siebie ofertę. W tym celu w zakładce „OFERTY” należy zaznaczyć ofertę, a następnie wybrać polecenie „Wycofaj ofertę”.

j) Po upływie terminu składania ofert, złożenie Oferty (załączników) nie będzie możliwe.

4. Otwarcie ofert nastąpi w siedzibie Zamawiającego w dniu 15 marca 2023 r. o godz. 10:15. Jeżeli otwarcie ofert następuje przy użyciu systemu teleinformatycznego, w przypadku awarii tego systemu, która powoduje brak możliwości otwarcia ofert w terminie określonym w zdaniu poprzedzającym, otwarcie ofert następuje niezwłocznie po usunięciu awarii.”

Izba ustaliła, w oparciu o kopię korespondencji elektronicznej załączonej przez Zamawiającego do akt sprawy, że w dniu 2023-03-15 o godz. 15:37 Zamawiający wystąpił elektronicznie do Zespołu Wsparcia systemu przy użyciu którego prowadzone były postępowania z następującym wnioskiem *”Witam, W nawiązaniu do rozmowy telefonicznej, bardzo proszę o pilne przesłanie informacji z wskazaniem konkretnego powodu niedostępności oraz określenie dokładnego przedziału czasowego zaistniałej niedostępności platformy eZamówienia w dniu 15.03.2023.*

Zapytanie dotyczy dwóch postępowań:

1.PZD -1.343.5.2023 Przebudowa, budowa dróg powiatowych 3230L, 3464L, 1856L, 3420L Link:

2.PZD- 1.343.4.2023Przebudowa dróg powiatowych 3435L, 3415L, 3413L, 3407L Link:”.

W odpowiedzi udzielonej w 15-03-2023 o godz. 17:50 Zespół Wsparcia systemu eZamawiający wskazał, że *„W chwili obecnej wszelkie usługi systemu MarketPlanet OnePlace zostały przywrócone, system jest dostępny dla Wykonawców.*

Aplikacja jest ciągle monitorowana, o wszelkich niedogodnościach będziemy Państwa informować.

Problem mógł występować dzisiaj (15.03.2023) w godzinach 8:43-15:57.”

Ponadto, na podstawie dowodu nr 1 złożonego przez Zamawiającego w toku rozprawy Izba ustaliła, że Zespół Marketplanet przekazał Zamawiającemu następującą informację *„Szanowni Państwo, Uprzejmie informujemy, że w dniu 15.03.2023 strona internetowa dostępna pod adresem URL była celem ataku (typu DDoS) jednej z grup cyberprzestępczych popierających rosyjską inwazję na Ukrainę. Potwierdzenie zaistniałej sytuacji dotarło do nas również ze strony CERT Polska - pismo w załączeniu.*

Aplikacja jest ciągle monitorowana, o wszelkich niedogodnościach będziemy Państwa informować na bieżąco.

W związku z zaistnieniem w/w sytuacji Wykonawcy nie mieli możliwości logowania się na stronę oneplace.marketplanet.pl w dniu 15.03.2023 w godzinach 8:43-15:57.

W czasie wystąpienia problemów z logowaniem Wykonawcy nie mieli możliwości składania ofert.

Niestety, biorąc pod uwagę w/w niedostępność serwisu oneplace.marketplanet.pl w dniu 15.03.2023, nie mamy możliwości wskazania którzy Wykonawcy próbowali się w czasie awarii zalogować do systemu.”

Odwołujący w dniu 15 marca 2023 r. o godz. 10:52 wystosował do Zamawiającego e-mail, wraz z pismem o następującej treści: *„Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SADEX S.J., Kolonia Sitno 84,22-424 Sitno informuje, że ogólnopolska awaria platformy zamówień publicznych w dniu 15.03.2023 uniemożliwiła nam złożenie ofert w następujących postępowaniach przetargowych.*

-„Przebudowa, budowa dróg powiatowych 3230L, 3464L, 1856L, 3420L” [Znak sprawy: PZD- 1.343.5.2023]

-„Przebudowa dróg powiatowych 3435L, 3415L, 3413L, 3407L” [Znak sprawy: PZD-1.343.4.2023]

Zamawiający w rozmowie telefonicznej potwierdził występowanie problemu i awarię platformy.

W związku z powyższym prosimy o powtórzenie postępowań przetargowych i umożliwienie złożenia ofert.”

Zamawiający w dniu 24.03.2023 r. zawiadomił o wyborze ofert najkorzystniejszych dla wszystkich części obu postępowań.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Strony w toku postępowań odwoławczych. Jednocześnie Izba uznała, za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy dowody przedstawione przez Odwołującego i oznaczone jako: dowód nr 7 – zdjęcie wiadomości o planowanych pracach serwisowych na platformie Marketplanet, dowód nr 8 – wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 07.03.2023 zobowiązujące do dostarczenia dokumentów w terminie do dnia 15.03.2023 za pośrednictwem portalu i platformy Marketplanet, dowód nr 9 – korespondencja wykonawcy oraz Zamawiającego w związku z wezwaniem z 07.03.2023 (D8), dowód nr 10 – oświadczenie wykonawcy Amlux sp. z o.o., w którym spółka ta informuje, że w dniu 15.03.2023 spółka odnotowała problemy w działaniu portalu zakupowego. W

ocenie Izby, dowody te są niezwiązane z prowadzonymi przez Zamawiającego postępowaniami, nie potwierdzają okoliczności istotnych dla sprawy, a tym samym nie mogą być podstawą wyrokowania.

Kluczową okolicznością w niniejszych sprawach było ustalenie, czy awaria platformy zakupowej na której Zamawiający prowadził postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym za pośrednictwem których wykonawcy mieli składać oferty wystąpiła i czy była to awaria uniemożliwiająca wykonawcom złożenie ofert w ustalonym przez Zamawiającego terminie składania ofert. W ocenie Izby, co też było bezsporne pomiędzy stronami, awaria taka wystąpiła. Okoliczność tę potwierdza korespondencja Zamawiającego z Zespołem Wsparcia obsługującym system. Z informacji Zespołu Marketplanet przesłanej Zamawiającemu wynika, iż „W związku z zaistnieniem w/w sytuacji Wykonawcy nie mieli możliwości logowania się na stronę oneplace.marketplanet.pl w dniu 15.03.2023 w godzinach 8:43-15:57. W czasie wystąpienia problemów z logowaniem Wykonawcy nie mieli możliwości składania ofert.” Tym samym, wykonawcy w godzinach od 8:43 do 10:00 w dniu 15.03.2023 r., w którym to terminie upływał termin składania ofert nie mieli możliwości ich złożenia z przyczyn technicznych. Dostrzeżenia wymaga, iż w ocenie Izby był to czas wystarczająco długi, aby zainteresowany wykonawca zdążył złożyć ofertę w przypadku prawidłowego funkcjonowania platformy zakupowej. W ocenie Izby w niniejszej sprawie, nie można czynić zarzutu wykonawcy, że nie dołożył należytej staranności w doborze terminu na złożenie ofert. Wykonawca ma prawo złożyć ofertę w ciągu pełnego okresu przewidzianego przez Zamawiającego na składanie ofert. Jednocześnie Odwołujący wskazywał, iż oferty składane w przedmiotowych postępowaniach nie były zanadto rozbudowane, były dość standardowe. Brak jest podstaw aby uznać, że wykonawca jako podmiot doświadczony w procesie ubiegania się o zamówienia publiczne i użytkowaniu narzędzi elektronicznych z tym związanych niewłaściwie ocenił czas niezbędny na złożenie ofert.

Wobec tego, że potwierdziły się główne założenia odwołania Izba uznała, że potwierdził się zarzut dot. wystąpienia we wskazanych postępowaniach niemożliwej do usunięcia wady istotnej uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Jak już wskazano, bezsporny pomiędzy stronami był fakt, iż platforma zakupowa za pośrednictwem której wykonawcy mieli złożyć oferty nie działała prawidłowo w dniu 15.03 tj. w dniu w którym upływał termin na składanie ofert. Termin ten upłynął, Zamawiający otworzył złożone oferty oraz dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych w przedmiotowych postępowaniach. Tym samym, zaistniała wada nie jest możliwa, w chwili obecnej, do usunięcia. To na zamawiającym spoczywa odpowiedzialność za prawidłowe przeprowadzenie postępowania. Zgodnie z art. 64 Pzp Zamawiający korzysta, w postępowaniu tylko z takich narzędzi, które są niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne (...). Wobec tego podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest Zamawiający. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 4 marca 2019 r. sygn. akt: KIO 268/19, i przywoływane w wyroku KIO z 14.01.2020 r. o sygn. akt KIO 2603/19 iż „nadmierne utrudnienie, czy wręcz uniemożliwienie wykonawcy złożenia oferty, narusza istotę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i stanowi poważną wadę postępowania. Nie musi być to przy tym celowe działanie ze strony zamawiającego ani okoliczność od niego zależna – może wynikać właśnie z powodów technicznych (...). Przy czym „kwestie techniczne” nie dotyczą jedynie awarii urządzenia, którym posługuje się zamawiający, lecz mogą także wynikać np. z przejściowych błędów oprogramowania, zbyt dużej liczby uczestników jednocześnie korzystających z platformy itp. Istotny jest tu efekt w postaci niemożności złożenia oferty.”

Wobec powyższego Izba uznała, iż uniemożliwienie - wskutek problemów technicznych związanych z platformą zakupową udostępnioną przez Zamawiającego - złożenia oferty zainteresowanemu wykonawcy, którego oferta mogła potencjalnie zostać wybrana jako najkorzystniejsza, powoduje obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwie wykonawcy muszą mieć możliwość złożenia oferty do upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego, w przypadkach postępowania których dotyczą odwołania takiej możliwości nie było, a tym samym zostały naruszone podstawowe zasady Pzp. Przypomnieć należy, iż unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego może nastąpić również w przypadku przewidzianym w art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, który mógłby mieć zastosowanie w niniejszych sprawach.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §7 ust. 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....