

Sygn. akt: KIO 1054/20

WYROK
z dnia 8 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Rams**
Członkowie: **Katarzyna Poprawa**
 Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 czerwca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15 maja 2020 r.** przez wykonawcę **FERRUM S.A. z siedzibą w Katowicach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Izostal S.A. z siedzibą w Kolonowskich** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Borusan Mannesmann Boru Sanayi ve Ticaret A.S. z siedzibą w Stambule** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **FERRUM S.A. z siedzibą w Katowicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FERRUM S.A. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia -

przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 15 maja 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Ferrum S.A. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucają zamawiającemu Operatorowi Gazociągów Przemysłowych GAZ - SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „**Zamawiający**”) w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku zawartych umów ramowych na dostawy izolowanych rur stalowych dla zadań towarzyszących gazociągowi Baltic Pipe zamówienie 2 (postępowanie wykonawcze nr 7) o numerze: ZP/2020/04/0059/PI (dalej „**Postępowanie**”) dokonanie czynności niezgodnych z ustawą Pzp polegających na:

- 1) Niezabezpieczeniu ofert przez cały okres od momentu ich złożenia, do oznaczonego terminu ich otwarcia, w tym poprzez umożliwienie ich uprzedniego odszyfrowania;
- 2) Odszyfrowaniu ofert przed rozpoczęciem procedury ich otwarcia;
- 3) Uniemożliwieniu kontroli prawidłowości procedury otwarcia ofert poprzez rozpoczęcie transmisji wizji z tej czynności prowadzonej za pośrednictwem sieci Internet w momencie, w którym oferty były już odszyfrowane;
- 4) Wystąpieniu zdarzenia świadczącego o wadliwości działania w niniejszym postępowaniu platformy zakupowej e B2B, a polegającego na naruszeniu dostępności i integralności oraz przechowywania, udostępnienia i archiwizacji plików oferty złożonej w niniejszym Postępowaniu (postępowanie wykonawcze nr 7 o numerze ZP/2020/04/0059/PI) przez Izostal S.A. w Kolonowskiem, w wyniku czego nie doszło do otwarcia powyższych plików oferty złożonej do postępowania nr 7 i zamiast tego Zamawiający podczas otwarcia ofert w niniejszym Postępowaniu odczytał ofertę Izostal S.A. do poprzedniego postępowania wykonawczego nr 6;
- 5) Wyborze oferty Borusan Mannesmann Boru Sanayi ve Ticaret A. S. z siedzibą w Stambule (Turcja), (dalej jako: „**Wykonawca**”) jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w Postępowaniu, podczas gdy postępowanie w sprawie zamówienia publicznego powinno zostać unieważnione jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 6) Zaniechaniu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo, że postępowanie z uwagi na błędy proceduralne, o których mowa w

punktach l)-3) powyżej obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

- 7) Zaniechaniu niezwłocznego poinformowania Wykonawcy o złożeniu oferty po terminie;
- 8) Zaniechaniu zwrócenia oferty Wykonawcy jako złożonej po terminie;
- 9) Zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z ustawą;
- 10) Wyborze oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w Postępowaniu, podczas gdy oferta wykonawcy winna zostać zwrócona, jako złożona po terminie, względnie odrzucona jako sprzeczna z przepisami prawa.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego opisanym w punkcie 1) - 6) Odwołujący zarzucił:

- 1) naruszenie art. 10a p.z.p. oraz 10b p.z.p. w zw. z art. 10g p.z.p. w związku z paragrafem 3 ust. 2 i paragrafem 6 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępnienia i przechowywania dokumentów elektronicznych (dalej jako „Rozporządzenie”) w zw. z art. 7 p.z.p. poprzez niezabezpieczenie: a) identyfikacji podmiotów przekazujących, ustalenie dokładnego czasu i daty przekazania tych dokumentów, oraz rozliczalność innych działań podejmowanych przez podmioty przekazujące; b) ochrony przed dostępem do treści tych dokumentów przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia; c) możliwości praktycznego zagwarantowania jednoznacznego wykrycia ewentualnego naruszenia lub próby naruszenia wymogów, o których mowa w a) oraz b) powyżej; d) wymogów przechowywania, udostępniania i usuwania plików oferty Izostal S.A. dotyczących Postępowania (nr 7);
- 2) naruszenie art. 86 ust. 1 ustawy p.z.p. oraz art. 7 p.z.p. poprzez umożliwienie zapoznania się przez Zamawiającego z treścią ofert złożonych w Postępowaniu przed upływem terminu do ich otwarcia;
- 3) naruszenie art. 86 ust. 2 ustawy p.z.p. w związku z art. 7 i 8 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez naruszenie jawności procedury otwarcia ofert, polegające na uprzednim ich rozszyfrowaniu i otwarciu przez Zamawiającego przed wyznaczonym terminem otwarcia ofert, uniemożliwiając pełny i niezakłócony udział podmiotów zainteresowanych w tej czynności;
- 4) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7) p.z.p. w zw. z art. 10 a i 10 b p.z.p. w zw. z art. 10g p.z.p. w zw. z paragrafem 3 ust. 2 oraz paragrafem 6 Rozporządzenia w zw. z art.

86 ust. 1 i 2 oraz art. 7 i 8 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania, pomimo okoliczności, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego opisanym w punkcie 7) - 10) Odwołujący zarzucił:

- 5) naruszenie art. 84 ust. 2 zd. 2 p.z.p. poprzez zaniechanie poinformowania Wykonawcy, że jego oferta została złożona z przekroczeniem terminu do składania ofert oznaczonego przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz zaniechania zwrotu oferty złożonej po terminie;
- 6) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1) p.z.p. w zw. z art. 84 ust. 1 i 2 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z ustawą;
- 7) naruszenie art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 84 p.z.p. w zw. z art. 7 p.z.p. poprzez wybór oferty Wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy Wykonawca ten złożył ofertę po terminie składania ofert oznaczonym przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący wniósł, w przypadku uwzględnienia zarzutów określonych w punktach 1) - 6) odwołania, o nakazanie Zamawiającemu: (i) nieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty złożonej przez Wykonawcę; (ii) nieważnienia Postępowania.

W przypadku uwzględnienia zarzutów określonych w punktach 7) - 10) odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) nieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty złożonej przez Wykonawcę; (ii) zawiadomienia Wykonawcy, w trybie o którym mowa w art. 84 ust. 2 zd. 2 p.z.p. o złożeniu oferty po terminie; (iii) zwrot oferty złożonej przez Wykonawcę, jako oferty złożonej po terminie względnie odrzucenia oferty Wykonawcy; (iv) dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu i wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia na 7 dni przed terminem rozprawy pełnej dokumentacji Postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem:

- protokołu Postępowania;
- pełnej korespondencji z wykonawcami: Borusan Mannesmann Boru Sanayi ve Ticaret A. S. oraz Izostal S.A. z okresu od udostępnienia SIWZ Postępowania do daty wyboru oferty Borusan Mannesmann Boru Sañayi ve Ticaret A. S.,

- informacji o przebiegu zdarzeń zaistniałych w platformie zakupowej OGP GAZ - SYSTEM S.A. w odniesieniu do plików oferty IZOSTAL S.A. złożonych w portalu Platforma Zakupowa eB2B do niniejszego Postępowania nr 7 w okresie od 29.04.2020 do zakończenia czynności otwarcia ofert w dniu 30.04.2020 roku oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z powyższych dokumentów na okoliczność ich treści;
- zobowiązanie Izostal S.A. do przedłożenia plików oferty wprowadzonych do portalu Platforma Zakupowa eB2B w formie elektronicznej i w formie wydruku i dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z powyższych dokumentów na okoliczność ich treści oraz właściwości;
- o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w treści niniejszego odwołania na okoliczności tam naprowadzone, w tym w szczególności o przesłuchanie w charakterze świadka:
 - a) Pana M. P. (P.) - adres do doręczeń: Izostal S.A., ul. Opolska 29, 47- 1113 Kolonowskie, na okoliczność wprowadzenia przez Izostal S.A. do portalu Platforma Zakupowa eB2B w okresie od 29.04.2020 r do upływu terminu składania ofert tj. godz. 10.00 w dniu 30.04.2020 r. plików, o których mowa w pkt II powyżej, odmiennych od treści oferty Izostal S.A. odczytanej w trakcie otwarcia ofert w niniejszym Postępowaniu;
 - b) Pana M. M. (M.) - adres do doręczeń: Izostal S.A., ul. Opolska 29, 47- 1113 Kolonowskie, na okoliczność wprowadzenia przez Izostal S.A. do portalu Platforma Zakupowa eB2B w okresie od 29.04.2020 r do upływu terminu składania ofert tj. godz. 10.00 w dniu 30.04.2020 r. plików, o których mowa w pkt II powyżej, odmiennych od treści oferty Izostal S.A. odczytanej w trakcie otwarcia ofert w niniejszym Postępowaniu;
 - c) Pana W. K. (K.), adres do doręczeń Ferrum S.A. ul. Porcelanowa 11,40-246 Katowice, na okoliczności: dotychczasowej praktyki Zamawiającego oraz ustalonego przebiegu procedury oraz na okoliczność: przebiegu procedury otwarcia ofert w dniu 30 kwietnia 2020 r., w tym naruszenia jawności procedury otwarcia ofert, polegające na uprzednim ich rozszyfrowaniu i otworzeniu przez Zamawiającego przed wyznaczonym terminem otwarcia ofert, uniemożliwiając pełny i niezakłócony udział podmiotów zainteresowanych w tej czynności.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że dnia 16.08.2019 r. w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Postępowanie w celu zawarcia umów ramowych na dostawę rur dla zadań inwestycyjnych realizowanych przez Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. Numer referencyjny: ZP/2018/11/0101/PI Spółka Operator Gazociągów Przemysłowych GAZ - SYSTEM S.A. z

siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) zawarła z Ferrum S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej jako: Odwołujący) umowę ramowa nr 1000033751 z dnia 16.08.2019 (dalej jako: Umowa ramowa). [Dowód nr 1] - Umowa ramowa

W związku z zawartą Umową ramową Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku zawartych umów ramowych na dostawy izolowanych rur stalowych dla zadań towarzyszących gazociągowi Baltic Pipe zamówienie 2 (postępowanie wykonawcze nr 7) o numerze: ZP/2020/04/0059/PI. Organizacja postępowania przebiega z wykorzystaniem portalu zakupowego udostępnionego pod następującym adresem internetowym: <https://gazsvstem.eb2b.com.pl/>. W dniu 3 kwietnia 2020 r. Zamawiający skierował zaproszenia do złożenia ofert w ramach wskazanego postępowania. [Dowód nr 2] - Zaproszenie do składania ofert w Postępowaniu, [Dowód nr 3] - Instrukcja obsługi platformy zakupowej eB2B - podręcznik Oferenta.

Zgodnie z dokumentem Instrukcja obsługi platformy zakupowej eB2B-podręcznik Oferenta (dalej jako: Instrukcja), każde z postępowań organizowanych przy użyciu wyżej wskazanej platformy zakupowej zawiera wskazanie jego etapów i terminu na dokonanie określonych czynności, w tym datę rozpoczęcia etapu, wyznaczającą termin, w którym oferent może dokonać złożenia oferty w postępowaniu oraz datę zakończenia etapu, tj. termin, po upływie którego system zablokuje możliwość składania ofert w postępowaniu (str. 13 Instrukcja obsługi platformy zakupowej eB2B- podręcznik Oferenta).

Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oferty uczestników postępowania miały zostać przesłane za pośrednictwem wymienionego portalu do dnia 30 kwietnia 2020 r. do godziny 10:00, natomiast otwarcie ofert miało nastąpić o godzinie 13:00 tego samego dnia, tym samym godzina 10:00 była terminem, w którym system platformy zakupowej powinien zablokować możliwość wpływu ofert do omawianego postępowania.

Dnia 8 kwietnia 2020 r. Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o Postępowaniu w treści Wyjaśnień i Zmiany Treści SIWZ, a to poprzez zmianę godziny otwarcia ofert na godzinę 13.00. Termin złożenia oferty nie uległ zmianie. [Dowód nr 4] - Wyjaśnienia i Zmiana Treści SIWZ - ogłoszenie o zmianie Zaproszenia do składania ofert w Postępowaniu.

Zgodnie z Instrukcją, oferta w postępowaniu składana jest w formie zaszyfrowanej, a dostęp do niej jest możliwy dopiero po jej odszyfrowaniu przez organizatora postępowania, przy czym podkreślić należy, że system platformy umożliwia dokonywanie modyfikacji złożonej oferty poprzez jej nadpisanie rozumiane jako jej zwiększenie lub zmniejszenie. Omawiana

modyfikacja jest możliwa, jednakże jedynie w trakcie trwania etapu składania ofert, bowiem po jego zakończeniu możliwość nadpisania oferty powinna zostać zablokowana. W ramach postępowania przeprowadzanego z użyciem platformy zakupowej Zamawiający może zdecydować się również na składanie ofert przez wykonawców w formie załączników. Odbywa się to poprzez dodanie pliku na platformę za pomocą interfejsu. Różnica między omawianymi wariantami składania ofert przez platformę zakupową polega zatem na tym, że w przypadku składania oferty w formie załącznika, wykonawca może dokonać jedynie jego usunięcia lub może opatrzyć go komentarzem. W obu wariantach, oferty są zaszyfrowane w momencie ich wprowadzenia do systemu platformy, a ich odczytanie jest możliwe dopiero po wcześniejszym odszyfrowaniu przez organizatora (str. 15 - 16 Instrukcja obsługi platformy zakupowej eB2B-podręcznik Oferenta). [Dowód nr 5] - Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz ze zmianą z dnia 8 kwietnia 2020.

W procedurze otwarcia złożonych ofert oprócz Zamawiającego mogli brać udział uczestnicy postępowania za pośrednictwem transmisji internetowej, udostępnionej przez Zamawiającego zgodnie z wcześniej przesłaną instrukcją podłączenia do pokoju wideokonferencyjnego. [Dowód nr 6] - Instrukcja podłączenia do pokoju wideokonferencyjnego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Instrukcją podłączenia do pokoju wideokonferencji oraz dotychczasową praktyką Zamawiającego w tym zakresie, uczestnicy czynności otwarcia ofert łączą się z pokojem na wideokonferencję na parę minut przed rozpoczęciem transmisji. W tym czasie zwykle również łączy się przewodniczący komisji przetargowej. O godzinie wyznaczonej w dokumentacji przetargowej przewodniczący rozpoczyna procedurę od odczytania jakiego postępowania dotyczy procedura otwarcia. Następnie przełącza się na podgląd pulpitu komputera, z którego działa Zamawiający i udostępnia uczestnikom pulpit platformy zamówieniowej, na którym wyświetlają się złożone w postępowaniu oferty. Pliki, które są okazywane są zaszyfrowane, co jest widoczne poprzez oznaczenie obok nich ikon kłódki jak wskazywano już wyżej, zaszyfrowanie plików następuje w momencie ich wrzucenia na platformę bez względu na to czy oferta składana jest w formacie pdf czy też zip.). Następnie w trakcie procedury przewodniczący rozszyfrowuje pliki oraz pobiera je na pulpit komputera. Po ich pobraniu złożone w ramach Postępowania oferty zostają kolejno otwarte i odczytane (okazywana jest cała treść dokumentu). [Dowód nr 7] - Zeznanie w charakterze świadka: Pana W. K. - adres do ul. Porcelanowa ..., 40-246 Katowice na okoliczność dotychczasowej praktyki Zamawiającego oraz ustalonego przebiegu procedury.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z wyżej oznaczonej Instrukcji oraz wyjaśnień Zamawiającego, których udzielał w ramach innych postępowań przetargowych, od momentu

dodania (załadowania) plików na platformę i ich zaszyfrowania, do daty otwarcia oferty, pliki mają pozostawać zablokowane tj. nie ma możliwości ich pobrania. W przypadku przetargu nr 7 jednak data otwarcia ofert w systemie ustalona była na godzinę pierwotnego otwarcia ofert (godzina 11.00). Zamawiający, jak wyżej wskazano, przesunął tę datę następnie na godzinę 13.00. Tym samym blokada w powyższym okresie nie działała, co dozwalało na pobranie i odszyfrowanie plików jeszcze przed godziną otwarcia ofert. Już sama ta okoliczność, w ocenie Odwołującego, stanowi naruszenie procedury po stronie Zamawiającego, skutkujące powstaniem niemożliwej do usunięcia wady w procedurze przetargowej, nie pozwalającej na zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne. [Dowód nr 8] - Zeznania w charakterze świadka Pana W. K. - adres do ul. Porcelanowa ..., 40-246 Katowice na okoliczność: przebiegu procedury otwarcia ofert w dniu 30 kwietnia 2020 r., w tym naruszenia jawności procedury otwarcia ofert, polegające na uprzednim ich rozszyfrowaniu i otworzeniu przez Zamawiającego przed wyznaczonym terminem otwarcia ofert, uniemożliwiając pełny i niezakłócony udział podmiotów zainteresowanych w tej czynności.

Dalej Odwołujący wskazał, że procedura otwarcia ofert różniła się w przypadku Postępowania od wyżej oznaczonego, standardowego jej przebiegu, w tym odbiegała w sposób znaczący od określonych w Instrukcjach Zamawiającego procedur. W przypadku tego Postępowania przewodniczący podłączył się do pokoju wideokonferencji dopiero po godzinie 13.00 tj. po wyznaczonej przez siebie godzinie otwarcia ofert. Udostępniony przez Zamawiającego pulpit zawierał odblokowane pliki (brak ikony kłódki) a czynność ich odszyfrowania nie została przeprowadzona przy uczestnikach. Musiała nastąpić zatem przed godziną otwarcia ofert. Uczestnikom udostępniono podgląd wyłącznie na pliki pdf (rozpakowane i odszyfrowane). Dodatkowo około godziny 13:06-13:13 pulpit Zamawiającego „zamroził się” i nie były widoczne dokonywane czynności. Przewodniczący poinformował, że złożono w postępowaniu 3 oferty - pulpit zamawiającego w tym czasie pozostawał jednak zamrożony. Po zgłoszeniu tej okoliczności dokonano kilku prób resetu projekcji i po godzinie 13:13 wyświetlany ekran zrównał się z godziną faktyczną. Następnie odczytano oferty złożone przez trzech wykonawców tj.:

- 1) Ofertę Odwołującego
- 2) Ofertę Wykonawcy
- 3) Ofertę Izostal S.A. z siedzibą w Kolonowskim

[Dowód nr 9]:

Odwołujący wskazał, że przy otwieraniu pliku z ofertą Wykonawcy pojawiła się informacja o zmodyfikowaniu pliku o godzinie 11.27. [Dowód 10] - Zdjęcie z wideokonferencji obrazujące ekran Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że dnia 7 maja 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. [Dowód nr 11] - Ogłoszenie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 7 maja 2020 r.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z informacjami uzyskanymi od innego uczestnika postępowania, spółki Izostal S.A. z siedzibą w Kolonowskiem, oferta złożona przez ten podmiot nie została uwzględniona w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku zawartych umów ramowych na dostawy izolowanych rur stalowych dla zadań towarzyszących gazociągowi Baltic Pipe zamówienie 2 (postępowanie wykonawcze nr 7) o numerze: ZP/2020/04/0059/PI, a w jej miejsce do niniejszego postępowania została zaliczona oferta złożona przez Izostal S.A. w ramach poprzedniego postępowania wykonawczego o numerze 6. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że podobna sytuacja miała miejsce również w przypadku jego oferty złożonej w toku postępowania wykonawczego nr 6 - w tym wypadku organizator uwzględnił poprzednią ofertę Odwołującego tj. wprowadzoną do systemu platformy zakupowej w ramach postępowania wykonawczego nr 5, w miejsce oferty dotyczącej postępowania wykonawczego nr 5. [Dowód nr 12]: Zeznania świadków: Pana M. P. (P.) - adres do doręczeń: Izostal S.A., ul. Opolska 29, 47-1113 Kolonowskie, Pana M. M. (M.) - adres do doręczeń: Izostal S.A., ul. Opolska 29, 47-1113 Kolonowskie - na okoliczność wprowadzenia przez Izostal S.A. do portalu Platforma Zakupowa eB2B w okresie od 29.04.2020 r do upływu terminu składania ofert tj. godz. 10.00 w dniu 30.04.2020 r. plików, o których mowa w pkt II powyżej, odmiennych od treści oferty Izostal S.A. odczytanej w trakcie otwarcia ofert w Postępowaniu.

Zarzut naruszenie art. 10a p.z.p. oraz 10b p.z.p. w zw. z art. 10g p.z.p. w związku z paragrafem 3 ust. 2 i paragrafem 6 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępnienia i przechowywania dokumentów elektronicznych (dalej jako „Rozporządzenie”) w zw. z art. 7 p.z.p.

W ocenie Odwołującego z uwagi na okoliczności faktycznych sprawy, Zamawiający zaniechał dochowania zasad prowadzenia postępowania elektronicznego, które określają obowiązki związane z uniemożliwieniem dostępu do treści ofert przed datą ich otwarcia. Zgodnie z paragrafem 3 ust. 2 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępnienie i przechowywanie dokumentów elektronicznych (dalej jako:

„Rozporządzenie”), przekazanie ofert następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej, których użycie zapewnia dodatkowo:

- 1) identyfikację podmiotów przekazujących, ustalenie dokładnego czasu i daty przekazania tych dokumentów, oraz rozliczalność innych działań podejmowanych przez podmioty przekazujące;
- 2) ochronę przed dostępem do treści tych dokumentów przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia (...).

Zgodnie bowiem z regulacją paragrafu 3 ust. 2 powołanego Rozporządzenia: „2. Przekazanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wniosków, o których mowa w art. 134c ustawy, oraz prac konkursowych, następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej, których użycie zapewnia dodatkowo:

- 1) identyfikację podmiotów przekazujących, ustalenie dokładnego czasu i daty przekazania tych dokumentów, oraz rozliczalność innych działań podejmowanych przez podmioty przekazujące;
- 2) ochronę przed dostępem do treści tych dokumentów przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia;
- 3) wyłącznie osobom uprawnionym możliwość ustalania oraz zmiany terminów składania i otwarcia tych dokumentów;
- 4) podczas poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu możliwość udostępniania wyłącznie osobom uprawnionym całości lub części danych zawartych w tych dokumentach;
- 5) możliwość praktycznego zagwarantowania jednoznacznego wykrycia ewentualnego naruszenia lub próby naruszenia wymogów, o których mowa w pkt 2-4;
- 6) możliwość usunięcia oferty albo wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ich odzyskanie i zapoznanie się przez użytkowników z ich treścią - w przypadku zwrócenia przez zamawiającego oferty albo wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ich wycofania."

Powyższe potwierdza również obowiązująca u Zamawiającego instrukcja. Zgodnie z jej treścią każde z postępowań organizowanych przy użyciu tego urządzenia zawiera wskazanie jego etapów i terminu na dokonanie określonych czynności, w tym datę rozpoczęcia etapu, wyznaczającą termin, w którym oferent może dokonać złożenia oferty w postępowaniu oraz datę zakończenia etapu, tj. termin, po upływie którego system zablokuje możliwość składania ofert w postępowaniu (str. 13 Instrukcja obsługi platformy zakupowej eB2B-podręcznik Oferenta), zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oferty uczestników postępowania miały zostać przesłane za pośrednictwem wymienionego portalu do dnia 30

kwietnia 2020 r. do godziny 10:00, natomiast otwarcie ofert miało nastąpić o godzinie 13:00 (godzina zmieniona następczo) tego samego dnia, tym samym godzina 10:00 była terminem, w którym system platformy zakupowej powinien zablokować możliwość wpływu ofert do omawianego postępowania. Zgodnie z wymienioną instrukcją, oferta w postępowaniu składana jest w formie zaszyfrowanej, a dostęp do niej jest możliwy dopiero po ich odszyfrowaniu przez organizatora postępowania, aczkolwiek system platformy umożliwia dokonywanie modyfikacji złożonej oferty poprzez jej nadpisanie rozumiane, jako jej zwiększenie lub zmniejszenie. Omawiana modyfikacja jest możliwa jedynie w trakcie trwania etapu składania ofert, bowiem po jego zakończeniu możliwość nadpisania oferty powinna zostać zablokowana. W ramach postępowania przeprowadzanego z użyciem platformy zakupowej organizator może zdecydować się również na składanie ofert przez wykonawców w formie załączników. Odbywa się to poprzez dodania pliku na platformę za pomocą interfejsu. Różnica między omawianymi wariantami składania ofert przez platformą zakupową polega na tym, że w przypadku składania oferty w formie załącznika, wykonawca może dokonać jedynie jego usunięcia lub może opatrzyć go komentarzem. W obu wariantach, oferty są zaszyfrowane w momencie ich wprowadzenia do systemu platformy, a ich odczytanie jest możliwe dopiero po wcześniejszym odszyfrowaniu przez organizatora (str. 15 - 16 Instrukcja obsługi platformy zakupowej eB2B-podręcznik Oferenta).

Odwołujący wskazał, że pomimo należytego uregulowania procedur w treści Instrukcji, o których mowa powyżej, Zamawiający w ramach Postępowania zaniechał i stosowania, czym naruszył wyżej wskazane regulacje ustawy p.z.p. oraz Rozporządzenia. Jak bowiem jasno wynika z wyżej przedstawionego opisu okoliczności faktycznych, co najmniej przez okres czasu pomiędzy pierwotnym terminem otwarcia ofert, a zmienioną godziną dokonania tej czynności, Zamawiający musiał mieć dostęp do złożonych w ramach Postępowania ofert, konsekwencją czego było ich wcześniejsze w stosunku do godziny otwarcia ofert ich odszyfrowanie. Powyższe zaś stanowi niedopuszczalne i niemożliwe do usunięcia naruszenie procedury przetargowej, prowadzące wprost do dalszych naruszeń przepisów p.z.p. tj. w szczególności art. 86 ust. 1 i 2 p.z.p.

Zarzut naruszenia art. 86 ust. 1 ustawy p.z.p. oraz art. 7 p.z.p., a także naruszenia art. 86 ust. 2 ustawy p.z.p. w związku z art. 7 i 8 ust. 1 ustawy p.z.p.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszając zasady związane z zachowaniem poufności treści złożonych w Postępowaniu ofert do momentu upływu terminu do ich otwarcia, dopuścił się dalszych naruszeń ustawy p.z.p. tj. art. 86 ust. 1 i 2 p.z.p.

W ocenie Odwołującego naruszenie powyższych zasad prowadzi w zasadzie nie tylko do naruszenia proceduralnego, ale co za tym idzie co najmniej do potencjalnego naruszenia podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do których należą zasada przejrzystości, zasada jawności, ale również zasady uczciwej konkurencji. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może powstać wątpliwość, co do możliwości wcześniejszego zapoznania się z ofertami wykonawców biorących udział w postępowaniu. Powyższa zasada podlega zaś kontroli, w tym samym wykonawców, która wyraża się m.in. w publicznym otwarciu ofert. Brak takiej kontroli nie pozwala stwierdzić, że zamawiający dochował warunków i zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym postępowanie takie nie może prowadzić do zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający miał możliwość wcześniejszego, w stosunku do ustalenia godziny otwarcia ofert, zapoznania się z ich treścią. Co więcej, z treścią tą z dużą dozą prawdopodobieństwa zapoznał się, gdyż odkodował właściwe pliki i dokonał ich rozpakowania jeszcze przed godziną 13.00. Co więcej nie zapewnił jawności tej czynności, uniemożliwiając udział w niej zainteresowanym podmiotów, w tym Odwołującego. Podkreślić należy bowiem, że przebieg transmisji rozpoczął się w momencie, w którym każda z ofert miała już postać odszyfrowanych plików o formacie .pdf. Czynność otwarcia ofert jedynie w części była zatem objęta jawną procedurą, a co więcej z uwagi na szereg błędów technicznych i ta ujawniona jej część nie pozwalała na pełny udział w czynnościach. Uczestnicy postępowania nie mieli zatem wglądu w cały proces, wobec czego nie mogli dokonać weryfikacji, czy Zamawiający w wykonaniu ustawowych obowiązków zapewnił nienaruszalność złożonych ofert, a ich treść nie została udostępniona przed otwarciem, jak również, że nie zostały złożone po terminie określonym w SIWZ, co skutkowałoby obowiązkiem zwrotu tak złożonej oferty. Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający niewątpliwie dopuścił się naruszenia procedury udzielania zamówienia publicznego, tj. w szczególności art. 86 ust. 1 i 2 p.z.p. co czyni zarzuty art. 2 i 3 niniejszego odwołania w pełni uzasadnionymi i zasługującymi na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7) p.z.p. w zw. z art. 10 a i 10 b p.z.p. w zw. z art. 10g p.z.p. w zw. z paragrafem 3 ust. 2 oraz paragrafem 6 Rozporządzenia w zw. z art. 86 ust. 1 i 2 oraz art. 7 i 8 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący wskazał, że mając na względzie wyżej wskazane uzasadnienie zarzutów ad. 1-3) niniejszego odwołania wskazać należy, iż niewątpliwie zarówno ilość jak i waga błędów proceduralnych, których w ramach Postępowania dopuścił się Zamawiający, uniemożliwia mu

zawarcie w niniejszym postępowaniu niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. W konsekwencji, zasady jest, w ocenie Odwołującego, wnioski o unieważnienie przez Zamawiającego postępowania, której to czynności, pomimo ewidentnych przesłanek ku temu, Zamawiający zaniechał.

Zarzut naruszenia art. 84 ust. 2 zd. 2 p.z.p.

Niezależnie, od zarzutów podniesionych w ramach punktów 1-4) niniejszego odwołania, Odwołujący wskazał, że w jego ocenie Zamawiający dopuścił się dalszych naruszeń procedury przetargowej, a to poprzez zaniechanie poinformowania Wykonawcy, że jego oferta została złożona z przekroczeniem terminu do składania ofert oznaczonego przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz zaniechania zwrotu oferty złożonej po terminie. W ocenie Odwołującego jak wynika z wyżej oznaczonego stanu faktycznego, w trakcie procedury otwarcia ofert, przy dokonywaniu otwarcia oferty złożonej przez Wykonawcę okazała się data modyfikacji pliku, która to data oznaczała godzinę 11.27. W Postępowaniu Zamawiający oznaczył godzinę składania ofert na 10.00. Tym samym uznać należy, iż ofert zmodyfikowana o godzinie 11.27 oznacza, że Wykonawca, co najmniej złożył ją po ustalonym przez Zamawiającego terminie do jej składania. Zauważyć należy bowiem, że wyżej oznaczona godzina modyfikacji pliku dotyczy pliku, który został rozpakowany przez Zamawiającego z tzw. pliku „Zip”, a tym samym przyjąć należy, iż jest to data z jaką plik ten został zapakowany, zaszyfrowany i załadowany na platformę Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, pomimo okoliczności, iż oferta Wykonawcy musiała, zgodnie z wyświetloną datą jej modyfikacji, zostać złożona po upływie oznaczonego dla Postępowania, terminu do złożenia ofert, Zamawiający zaniechał poinformowania Wykonawcy o tej okoliczności, do której to czynności obowiązany jest zgodnie z wyżej oznaczoną regulacją prawną, a w konsekwencji zaniechał zwrotu tejsze oferty Wykonawcy i dokonał jej oceny w ramach postępowania. Odwołujący powoła orzeczenie KIO o sygn. akt: KIO 15/20, o sygn. akt KIO 2277/19, sygn. akt 1501/19, o sygn. akt KIO 922/17.

W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie zaś niewątpliwie plik z ofertą Wykonawcy został oznaczony jako zmodyfikowany z godziną 11.27, co stanowi o złożeniu tejsze oferty po upływie oznaczonego ku temu terminu do jej złożenia. W tym stanie rzeczy zarzut uznać należy za w pełni uzasadniony i zasługujący na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1) p.z.p. w zw. z art. 84 ust. 1 i 2 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z ustawą

Niezależnie od powyższego Odwołujący, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 540/13) wskazał, że oferta Wykonawcy, jako złożona po terminie oznaczonym przez Zamawiającego winna zostać uznana za ofertę niezgodną z ustawą. Jak bowiem wskazała KIO w powołanym orzeczeniu: „Niezgodność oferty z ustawą może wynikać z faktu jej zmiany po terminie składania ofert.”. Tym samym, z daleko idącej ostrożności, tj. na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż w niniejszej sprawie brak jest podstaw do zwrotu oferty Wykonawcy, Odwołujący, jak w petitum wnosi o jej odrzucenie, a to na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1) p.z.p.

Zarzut naruszenie art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 84 p.z.p. w zw. z art. 7 p.z.p.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze powyższe, Zamawiający dopuścił się dalszego naruszenia tj. poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy Wykonawca ten złożył ofertę po terminie składania ofert oznaczonym przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieni. Oferta Wykonawcy, która została złożona po ustalonym dla danego postępowania terminie, jako podlegająca zwrotowi, nie może podlegać ocenie przez Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający nie tylko ocenił ofertę Wykonawcy, ale na skutek jej oceny dokonał jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej w ramach Postępowania. Czynności te niewątpliwie są wadliwie, co uzasadnia w pełni wniosek Odwołania, w zakresie, w jakim obejmują one wnioski o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła co następuje:

Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092).

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) umowę ramową, zaproszenie do składania ofert w Postępowaniu, Instrukcja obsługi platformy zakupowej eB2B - podręcznik Oferenta, Instrukcja podłączenia do pokoju wideokonferencyjnego, zdjęcie z wideokonferencji obrazujące ekran Zamawiającego – dokumenty na okoliczność ustalenia przebiegu procedury przetargowej na platformie eB2B (dalej „**Platforma Zakupowa**”); (ii) oświadczenie pana W. K. z dnia 3 czerwca 2020 r, oświadczenie pana M. P. oraz Pana S. M. z dnia 3 czerwca 2020 r. – na okoliczność wykazania nieuprawnionej modyfikacji oferty wykonawcy Borusan oraz wadliwości działania Platformy

Zakupowej; (iii) zrzut ekranu komputera Przystępującego oraz zdjęcia z przebiegu wideokonferencji złożone przez Przystępującego na okoliczność wykazania, iż doszło do nieuprawnionej modyfikacji oferty wykonawcy Borusan o godzinie 11:27 oraz, że doszło do „zamrożenia” wizji przez 5 minut; (iv) zrzut ekranu z Platformy Zakupowej – „Zakończenie etapu składania ofert” oraz zrzut ekranu Platformy Zakupowej - „Składanie ofert” – na okoliczność ustalenia dnia i godziny złożenia ofert w Postępowaniu; (v) Dziennik aktywności Platformy Zakupowej (dalej „**Wykaz logów**”) zawierający historię czynności dokonywanych na Platformie Zakupowej na okoliczność ustalenia czynności wykonanych w trakcie Postępowania; (vi) Notatkę z otwarcia ofert na okoliczność ustalenia przebiegu procesu otwarcia ofert na Platformie Zakupowej.

Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku o przesłuchanie w charakterze świadka pana W. K. na okoliczności wskazane w treści odwołania. W ocenie Izby, dotychczasowa praktyka Zamawiającego w przebiegu procedury otwarcia ofert nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia zasadności podniesionych zarzutów. Procedura otwarcia ofert w Postępowaniu została uregulowana w SIWZ i jej postanowienia wyznaczają procedurę otwarcia ofert w przedmiotowym Postępowaniu przetargowym. Również, w ocenie Izby, dowód z zeznania świadka na okoliczność uprzedniego rozszyfrowania ofert i otworzenia przez Zamawiającego nie jest adekwatnym środkiem dowodowym, z uwagi na treść dokumentów złożonych do akt sprawy. Okoliczności, na które Odwołujący wnioskował o przesłuchanie świadka Izba uznała za wystarczająco wyjaśnione za pomocą dokumentów złożonych do akt sprawy. Wskazać również należy, że Odwołujący złożył do akt sprawy oświadczenie pana K. dotyczące procedury otwarcia ofert, które Izba wzięła pod uwagę rozstrzygając o zasadności zarzutów wskazanych w treści odwołania. Ponadto, Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku o przesłuchanie w charakterze świadka Pana M. P. oraz Pana M. M. na okoliczności wskazane w odwołaniu. W ocenie Izby dokumenty złożone do akt sprawy stanowiły wystarczający materiał dowodowy do ustalenia okoliczności związanych z ofertą Przystępującego Izostal. Wskazać również należy, że Przystępujący Izostal złożył do akt sprawy oświadczenie Pana P. oraz Pana M., które Izba wzięła pod uwagę rozstrzygając o zasadności zarzutów wskazanych w treści odwołania

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 16.08.2019 r. w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Postępowanie w celu zawarcia umów ramowych na dostawę rur dla zadań inwestycyjnych realizowanych przez Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. Numer referencyjny: ZP/2018/11/0101/PI Spółka Operator Gazociągów Przemysłowych GAZ - SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie – Zamawiający zawarł z Ferrum S.A. z siedzibą w

Katowicach - Odwołującym umowę ramowa nr 1000033751 z dnia 16.08.2019 (dalej jako: „Umowa ramowa”).

W związku z zawartą Umową ramową Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku zawartych umów ramowych na dostawy izolowanych rur stalowych dla zadań towarzyszących gazociągowi Baltic Pipe zamówienie 2 (postępowanie wykonawcze nr 7) o numerze: ZP/2020/04/0059/PI. Organizacja postępowania przebiega z wykorzystaniem portalu zakupowego udostępnionego pod następującym adresem internetowym: <https://gazsystem.eb2b.com.pl/>.

Zgodnie z zapisem pkt 2 Rozdział VIII SIWZ komunikacja pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności składanie ofert oraz oświadczeń, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 o świadczeniu usług drogą elektroniczną, z uwzględnieniem wymogów ustanowionych w SIWZ. W pkt 3 Zamawiający wskazał, że w Postępowaniu środkiem komunikacji elektronicznej jest Portal Zakupowy. W pkt 5 Zamawiający wskazał, że wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych, elektronicznych kopii dokumentów i oświadczeń oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu za pośrednictwem Portalu Zakupowego opisane zostały w „Instrukcji obsługi platformy zakupowej eB2B – podręcznik Oferenta”, dostępnej w menu Regulacje i procedury.

W Rozdziale XV SWIZ Zamawiający opisał szczegółowe informacje dotyczące procesu przygotowania ofert. W pkt 14 Zamawiający wskazał, że szczegółowy opis składania ofert został zawarty w „Instrukcji obsługi platformy zakupowej eB2B – podręcznik oferenta”.

W Rozdziale XVI SIWZ Zamawiający zawarł informację co do miejsca składania i otwarcia ofert. Termin składania ofert upływa w dniu 30 kwietnia 2020 r., godzina 10:00. Oferty zostaną otwarte w dniu 30 kwietnia 2020 r. o godzinie 11:00 poprzez transmisje on – line. W celu uczestnictwa w transmisji należy połączyć się z wirtualnym pokojem konferencyjnym, do którego Zamawiającego przekazał wymagany identyfikator i kod dostępu. Zamawiający wskazał, że otwarcie jest jawne. Wykonawcy mogą uczestniczyć w sesji otwarcia ofert.

Zamawiający udostępnił wykonawcom Instrukcję podłączania się do pokoju wideokonferencji, zawierającej opis poszczególnych kroków jakie należy wykonać, aby uczestniczyć w wideokonferencji.

Izba ustaliła, że w dniu 3 kwietnia 2020 r. Zamawiający skierował zaproszenia do złożenia ofert w ramach wskazanego postępowania.

Dnia 8 kwietnia 2020 r. Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o Postępowaniu w treści Wyjaśnień i Zmiany Treści SIWZ poprzez zmianę godziny otwarcia ofert na godzinę 13.00. Termin złożenia oferty nie uległ zmianie.

Izba ustaliła, że w postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców – wykonawca Borusan, Przystępujący Izostal oraz Odwołujący. Izba ustaliła, że wykonawca Borusan złożył ofertę poprzez Platformę Zakupową wraz z wymaganymi dokumentami w dniu 29 kwietnia w godzinach od 21:16:38 – 21:18:05 (zrzut ekranu – „Zakończenie etapu składania ofert”).

W dniu 30 kwietnia Zamawiający dokonał otwarcia ofert złożonych w Postępowaniu. Izba ustaliła, że Zamawiający sporządził Notatkę z otwarcia ofert. Według informacji zawartych w Notatce procedura otwarcia ofert rozpoczęła się punktualnie o godzinie 13:00. W treści Notatki zostały zamieszczone zrzuty ekranów Zamawiającego, zawierające informacje o godzinie otwarcia ofert: tj. 13:00, uczestnikach – 3 zewnętrznych wykonawców” Przystępujący Izostal, Odwołujący oraz wykonawca Borusan, który dołączył do spotkania później. Notatka zawiera zrzuty ekranów, udostępnionych zdalnie przez Zamawiającego. Na zrzutów w dolnym prawym rogu widnieje odpowiednio następujące godziny: 11:21, 11:22, 11:30, 11:39. Notatka zawiera informację, iż w trakcie procedury wystąpiły problemy techniczne w trakcie czytania ofert. Jak wskazano, nastąpiła zmiana osoby odczytującej oferty, która upewniała się czy nie należy powtórzyć jakichś czynności czy wszyscy uczestnicy słyszą i widzą czynności wykonywane przez Zamawiającego. Notata zawiera informację, że Przystępujący Izostal złożył ofertę na nieprawidłowym formularzu oferty – z postępowania wykonawczego nr 6. Notatka zawiera również informację, iż wykonawca Borusan dołączył do wideokonferencji z opóźnieniem i na jego prośbę odczytano raz jeszcze oferty złożone w postępowaniu.

Izba ustaliła ponadto, iż z zrzutów ekranów złożonych przez Przystępującego Izostal oraz zdjęć z wideokonferencji wynika, że na pulpicie komputera Przystępującego widniała godzina 13:27 (zrzut ekranu załączony do Przystąpienia) oraz na godzina 13:06 i 13:11 na złożonych zrzutach obrazów wideokonferencji.

Stosownie do zestawienia ofert objętego informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 7 maja 2020 r. ranking ofert w postępowaniu przetargowym wyglądał następująco:

- 1) Oferta wykonawcy Borusan z ceną całkowitą brutto 100.289.119.91 zł -100 punktów;
- 2) Oferta Odwołującego z ceną całkowitą brutto 125.664.536,00 zł - 98,16 punktów;

3) Oferta Przystępującego Izostal – odrzucona.

Ponadto Izba ustaliła na podstawie Zestawienia logów, iż w dniu 30 kwietnia 2020 r. o godzinie 13:07:36 oraz o godzinie 13:08:03 w systemie odnotowane czynność opisaną jako: „Odszyfrowanie danych ofert przez uprawnionego uczestnika”.

Izba ustaliła, że przytoczone w treści odwołania przez Odwołującego zapisy Instrukcji obsługi platformy zakupowej eB2B odpowiadają rzeczywistym zapisów Instrukcji i nie były kwestionowane przez żadną ze stron. Tym samym ponowne przytaczanie zapisów w treści ustaleń faktycznych Izba uznała za zbędne.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nie uzyskaniu zamówienia. W wyniku ewentualnego uznania przez Izbę, że Zamawiającego dokonał niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oferta Odwołującego ma szansę na wybór jako oferta najkorzystniejsza i Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty podniesione przez Odwołującego w odwołaniu, co skutkowało jego oddaleniem przez Izbę.

Należy wskazać, iż istota zarzutów Odwołującego sprowadzała się do twierdzenia, iż: (i) czynność otwarcia, w tym odszyfrowania ofert, nie była jawna, gdyż na udostępnionym zdalnie przez Zamawiającego pulpicie Platformy Zakupowej podczas wideokonferencji oferty złożone przez wykonawców były już odszyfrowane, co uniemożliwiło jakiegokolwiek kontrolę prawidłowości procedury otwarcia ofert; (ii) doszło do nieuprawnionego otwarcia/modyfikacji oferty wykonawcy Borusan przed upływem wyznaczonego terminu do otwarcia ofert; (iii) Platforma Zakupowa działała w sposób wadliwy, co skutkowało brakiem możliwości pełnego i jawnego śledzenia czynności dokonywanych przez Zamawiającego w procedurze otwarcia ofert.

Odnosząc się do pierwszego z ww. zarzutów, a mianowicie zarzutu dotyczącego odszyfrowania ofert przed rozpoczęciem procedury ich otwarcia, to wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 86 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z zawartością wniosków o dopuszczenie do

udziału w postępowaniu lub ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu, odpowiednio do ich złożenia lub otwarcia. Otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia. Jak wynika z przywołanej regulacji otwarcie ofert ma charakter jawny nie tylko w stosunku do wykonawców, ale *erga omnes*. W otwarciu ofert uczestniczyć mogą dowolne osoby i podmioty (przedstawiciele mediów, konkurujących wykonawców nie będących uczestnikami danego postępowania, wszystkie osoby zainteresowane). Czynność otwarcia ofert ma doniosłe znaczenie dla uczestników postępowania - pozwala wykonawcom na ustalenie kręgu podmiotów, z którymi konkurować będą o udzielenie zamówienia, oraz o potencjalnych szansach na uzyskanie zamówienia. Z prawidłowym dokonaniem czynności otwarcia ofert ustawodawca wiąże dwa skutki. Po pierwsze: wynikające z art. 86 ust. 1 ustawy Pzp, iż nie nastąpiło zapoznanie się z zawartością ofert przed terminem ich składania. Po drugie: wynikające z art. 84 ust. 2 ustawy Pzp, że wszystkie oferty, których ceny zostały odczytane, złożone zostały w terminie wyznaczonym przez zamawiającego i nie zachodzi konieczność ich zwrotu, skutkująca pominięciem przy dalszych czynnościach w postępowaniu. Ww. przepisy ustawy Pzp stanowią jedno z narzędzi służących do realizacji zasady uczciwej konkurencji poprzez zminimalizowanie ryzyka zapoznania się przez kogokolwiek z ofertami przed terminem ich otwarcia.

Niewątpliwe składanie ofert w postaci elektronicznej może powodować szereg nieznanych wcześniej postępowaniom w formie tradycyjnej/papierowej problemów technicznych, związanych z ich otwarciem przez zamawiającego oraz zachowaniem zasady jawności i nienaruszalności ofert przed upływem terminu wyznaczonego na ich otworzenie. Zamawiający prowadząc postępowanie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej jest zobowiązany do zorganizowania postępowania w sposób umożliwiający realizację zasad wynikających z art. 86 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Innymi słowy, stosowane przez zamawiającego platformy zakupowe muszą gwarantować nienaruszalność złożonych ofert przed wyznaczonymi terminami oraz umożliwiać pełną realizację zasady jawności procedur związanych z otwarciem ofert. Okolicznością, która może uzasadniać nieprawidłowość otwarcia ofert elektronicznych jest przede wszystkim błąd tkwiący w systemie, który uniemożliwia przeprowadzenie procedury otwarcia ofert w sposób jawny czy też umożliwia modyfikacje/zmianę treści ofert po upływie terminu na jej złożenie. Konieczne przy tym jest ustalenie oraz wykazanie przez wykonawcę powołujące się na nieprawidłowości w działaniu systemu, że system – określona platforma zakupowa, przy prawidłowym postępowaniu użytkownika, nie działa prawidłowo, co stwarza domniemanie faktyczne istnienia błędu w tym systemie.

W analizowanym stanie faktycznym, Odwołujący dążył do wykazania, iż doszło do naruszenia art. 86 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez rozpoczęcie transmisji procedury otwarcia ofert w momencie kiedy każda z ofert miała już postać odszyfrowanych plików o formacie pdf. W ocenie Izby, Odwołujący jednak nie wykazał, iż doszło do nieuprawnionego odszyfrowania ofert przed upływem terminu ich otwarcia, jak również nie wykazał, iż procedura otwarcia ofert, w tym procedura ich odszyfrowania nie miała charakteru jawnego. Wskazać należy po pierwsze, że procedura otwarcia ofert, co potwierdził Odwołujący w treści odwołania, przebiegała w ten sposób, że Zamawiający podczas wideokonferencji udostępnił zdalnie pulpit Platformy Zakupowej, na którym wyświetliły się złożone w postępowaniu oferty. Po drugie, nie było sporne pomiędzy stronami, że wyświetlone przez Zamawiającego oferty nie były opatrzone ikoną kłódki. Co jednak było sporne pomiędzy stronami to konsekwencje jakie każda z nich wywodziła z braku oznaczenia plików ofert ikoną kłódki. Odwołujący bowiem wnioskował na tej podstawie, iż oferty były już uprzednio odszyfrowane przez Zamawiającego i w takiej odszyfrowanej formie zostały udostępnione w momencie rozpoczęcia procedury otwarcia ofert. Z kolei Zamawiający prezentował odmienne stanowisko wskazując, iż ikona kłódki widoczna jest wyłącznie u danego wykonawcy w momencie zaszyfrowania oferty przez wykonawcę na Platformie Zakupowej, nie jest zaś widoczna u Zamawiającego w momencie pobierania ofert z Platformy Zakupowej. Izba w tym zakresie dała wiarę twierdzeniom Zamawiającego. Wskazać bowiem należy, że Odwołujący nie przywołał żadnego postanowienia z Instrukcji obsługi platformy zakupowej eB2B, na podstawie którego zasadne byłoby przyjęcie twierdzenia, iż brak ikony kłódki przy plikach ofert jest potwierdzeniem ich wcześniejszego odszyfrowania przez Zamawiającego. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że ikona kłódki symbolizującej zaszyfrowanie plików jest widoczna na pulpicie wykonawcy w momencie zaszyfrowania przez wykonawcę dokumentów na Platformie Zakupowej. Jest to informacja dla wykonawcy, że pliki zostały zaszyfrowane za pomocą odpowiedniego klucza. Pliki zaś jakie widoczne są u Zamawiającego nie zawierają ikony kłódki. Stąd też, gdy Zamawiający udostępnił wykonawcom podczas wideokonferencji swój pulpit Platformy Zakupowej widoczne były pliki bez kłódki. Podkreślić raz jeszcze należy, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie zasadności swojego twierdzenia, iż brak ikony kłódki przy plikach ofert na pulpicie udostępnionym przez Zamawiającego świadczy o tym, iż Zamawiający dokonał uprzedniej, niedozwolonej deszyfryzacji ofert.

Dalej wskazać należy, że Zamawiający złożył w poczet materiału dowodowego Wykaz logów, zawierający historię operacji dokonywanych w przedmiotowym Postępowaniu od 4 kwietnia 2020 r. do dnia 3 czerwca 2020, z wyszczególnieniem typu operacji, użytkownika, jego adresu e-mailowego i danych kontaktowych. Wykaz logów zawiera m.in. informacji typach czynności,

jakie były dokonywane na Platformie Zakupowej w dniu otwarcia ofert. Z przedłożonego Wykazu wynika, iż po upływie terminu składania ofert do wyznaczonego dnia na ich otwarcie tj. 30 kwietnia 2020 r. godzina 13 nie były wykonywane czynności skutkujące zmianą/modyfikacją treści złożonych ofert. Jak wynika z Wykazu o godzinie 13:07:36 Zamawiający rozpoczął proces odszyfrowywania ofert. Przy czym Zamawiający wyjaśnił, czemu Izba dała wiarę, iż polecenie odszyfrowania ofert może zostać wydane przez uprawnionego pracownika kilkakrotnie, co miało miejsce w przedmiotowym Postępowaniu i jest widoczne w Wykazie logów. Jak wyjaśnił Zamawiający, jego pracownik wydając pierwsze polecenie odszyfrowania ofert o godzinie 13:07:36 nie miał pewności czy system zareagował na wydane polecenie. Stąd też w Wykazie logów uwidocznione jest drugie polecenie odszyfrowania ofert przesłane przez pracownika Zamawiającego o godzinie 13:08:03. Nie zostały Izbie przedłożone żadne dowody, na podstawie których zasadne byłoby przyjęcie, iż doszło do naruszenia w jakikolwiek sposób art. 86 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp poprzez dwukrotne wydanie przez pracownika Zamawiającego polecenia odszyfrowania ofert, w sytuacji, gdy pierwsze polecenie nie zakończyło się sukcesem tj. odszyfrowaniem ofert. Nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, iż wydanie dwa razy polecenia odszyfrowania ofert stanowiło naruszenie w jakikolwiek sposób jawności procedury otwarcia ofert.

Zdaniem Izby nie ma żadnego dowodu potwierdzającego, iż brak ikony kłódki przy plikach ofert w momencie zdalnego udostępnienia przez Zamawiającego pulpitu Platformy Zakupowej świadczy o ich uprzednim odszyfrowaniu przez Zamawiającego. Złożony zaś do akt sprawy Wykaz logów potwierdza, iż procedura odszyfrowania ofert została rozpoczęta w dniu 30 kwietnia 2020 r., o godzinie 13:07:36, a więc terminie określonym w SIWZ. Jeśli Odwołujący miał wątpliwości co do wizualizacji zaszyfrowania ofert na pulpicie Platformy Zakupowej widocznym u Zamawiającego, to mógł w tym zakresie wystąpić do operatora Platformy Zakupowej o stosowane informacje. Nie podjął jednak inicjatywy dowodowej w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż pomiędzy godziną 13:06 – 13:13 pulpit Zamawiającego „zamroził się” i nie były widoczne czynności dokonywane przez Zamawiającego, to wskazać należy, po pierwsze, iż Odwołujący nie wykazał, iż przyczyna problemów technicznych w odbiorze wizji i fonii leżała po stronie Zamawiającego. W tej kwestii, Odwołujący żadnych dowodów nie przedstawił na uprawdopodobnienie własnych twierdzeń. Odwołujący nie wykazał również, iż doszło do „zamrożenia” wizji w godzinach przez niego określonych. Nie można przecież wykluczyć, że uczestnik później włączył się do wirtualnego pokoju. Po drugie, wskazać należy, że podczas rozprawy, na pytanie Izby czy podnoszone w treści odwołania problemy techniczne były adresowane do Zamawiającego na bieżąco w trakcie wideokonferencji Odwołujący wskazał, że nie ma wiedzy w tym zakresie. Tym samym

stawianie w treści odwołania zarzutu naruszenia zasady jawności procesu otwarcia ofert z uwagi na problemy techniczne, w sytuacji, gdy wykonawca nie jest w stanie wykazać, że zgłaszał Zamawiającemu na bieżąco takie problemy techniczne w trakcie procedury otwarcia ofert, jest w ocenie Izby nieuprawnione. Wskazać również należy, że zgodnie z informacjami zawartymi w Notatce z otwarcia ofert prowadzący czynność otwarcia ofert pracownicy Zamawiający upewniali się kilkakrotnie czy każdy z uczestników wideokonferencji w sposób niezakłócony obiera przekaz procedury otwarcia ofert prowadzony przez Zamawiającego.

Odnosząc się do tez o rzekomych opóźnieniach w rozpoczęciu procedury otwarcia ofert, to Izba wskazuje, że zgodnie z Notatką z otwarcia ofert, proces otwarcia ofert został rozpoczęty punktualnie o godzinie 13:00. W treści odwołania, Odwołujący nie kwestionuje punktualnego rozpoczęcia procesu otwarcia ofert o godzinie 13:00. Wskazuje wyłącznie, iż przewodniczący podłączył się do pokoju wideokonferencji dopiero po godzinie 13:00. Okoliczność ta jest jednak, w ocenie Izby, nieistotna w punktu widzenia podnoszonych zrzutów, a ponadto Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że przewodniczący komisji przetargowej podłączył się do pokoju wideokonferencji po godzinie 13:00. Z kolei z treści oświadczenia pana W. K., złożonego do akt sprawy przez Przystępującego Izostał wynika, że rozpoczęcie czynności otwarcia ofert wyznaczone na godzinę 13:00 rozpoczęło się ze znacznym opóźnieniem. W ocenie Izby, niejednorodność stanowisk wykonawców co do godziny rozpoczęcia procedury otwarcia ofert, jak również wobec braku przedłożenia jakichkolwiek dowodów na okoliczność wykazania ewentualnych opóźnień w rozpoczęciu procedury otwarcia ofert, uzasadnia przyjęcie stanowiska Zamawiającego o punktualnym rozpoczęciu procedury otwarcia ofert za wiarygodne.

Odnosząc się do wskazanego w odwołaniu zarzutu o nieuprawnionym zmodyfikowaniu o godz. 11:27 oferty wykonawcy Borusan, Izba w tym zakresie dała wiarę twierdzeniom Zamawiającego oraz dowodom złożonym przez Zamawiającego podczas rozprawy. Jak wyjaśnił Zamawiający, informacja o modyfikacji danego pliku pojawia się w chwili pobrania każdego pliku załączonego na Platformie Zakupowej i oznacza jedynie tyle, że dany plik został pobrany o wskazanej godzinie. Nie można jednak temu znacznikowi czasu przypisać charakteru pewnego. Jest on generowany nie przez Platformę Zakupową, lecz przez program, przy użyciu którego dany plik jest pobierany, a następnie otwierany po ściągnięciu na komputer. Pobranie pliku z ofertą wykonawcy Borusan dokonywane było przy użyciu programu Win Zip, w którym w sposób domyślny ustawiony był czas uniwersalny (tzw. czas UTC). Czas ten różni się od obowiązującego w Polsce czasu letniego o 2 godziny. Oznacza to, że wskazana przez Odwołującego „modyfikacja” (tj. *de facto* pobranie oferty Borusan przy użyciu programu Win Zip), nastąpiła o godz. 11:27 czasu UTC, czyli o godz. 13:27 czasu polskiego

— a więc w trakcie procedury otwarcia ofert. Jako że otwarcie to było transmitowane „na żywo”, wszyscy uczestnicy wideokonferencji mogli zapoznać się z treścią oferty Borusan w czasie rzeczywistym. Zarzuty ekranów złożone do akt sprawy zawierają w swojej treści dwa znaczniki czasu – jeden obrazujący „modyfikację” o 11:27 – czyli pobranie oferty wykonawcy Borusan przy użyciu programu Win Zip (co wykonawcy uczestniczący w procedurze otwarcia ofert mogli widzieć poprzez zdalne udostępnienie pulpitu Platformy Zakupowej przez Zamawiającego) oraz drugi znacznik czasu widoczny już na pulpicie własnym wykonawcy tj. godzina 13:27. W Wykazie logów, również odnotowana jest czynność Zamawiającego z godziny 13:27 – Pobranie paczki załączników do postępowania. Należy również wskazać, że znajdująca się w aktach sprawy Notatka z otwarcia ofert potwierdza twierdzenia Zamawiającego o odmiennych strefach czasowych. Zarzuty ekranów obrazujące poszczególne czynności dokonywane przez Zamawiającego wskazują konsekwentnie czas UTC – 11:21, 11:22, 11:30, 11:39. Gdyby więc przyjąć twierdzenie Odwołującego za prawdziwe, to uznać należałoby, iż cała procedura otwarcia ofert rozpoczęła się o godzinie 11:00 i konsekwentnie była prowadzona przez Zamawiającego, o czym świadczą poszczególne zarzuty ekranów. To z kolei stałoby w sprzeczności z faktem, iż procedura otwarcia ofert rozpoczęła się około godziny 13:00, zaś kolejne czynności podejmowane przez Zamawiającego odbywały się pomiędzy godziną 13:07 – 14:28. Zarówno zaś Odwołujący jak i Przystępujący potwierdzili udział w procedurze otwarcia ofert w godzinach wynikających z Wykazu logów. Ze złożonych zaś przez Przystępującego zrzutów ekranów Izostal oraz zdjęć z wideokonferencji wynika, że na pulpicie komputera Przystępującego widniała godzina 13:27 oraz godzina 13:06 i 13:11 na złożonych zrzutach obrazów wideokonferencji. Dodać również należy, że przedłożony do akt sprawy zrzut ekranu Platformy Zakupowej potwierdza, iż wykonawca Borusan złożył ofertę w dniu 29 kwietnia 2020 r. pomiędzy godziną 21:16:38, a 21:18:05.

W ocenie Izby powyższe okoliczności uwiarygodniają twierdzenia Zamawiającego o odmiennej strefie czasowej ustawionej w programie Win Zip widocznej na udostępnionym zdalnie pulpicie Platformy Zakupowej. Podkreślić należy, że na Odwołującym ciążył ciężar dowodu wykazania zasadności stawianych Zamawiającemu zarzutów. Uznanie zasadności zarzutu wyłącznie na podstawie jednego zrzutu ekranu przedłożonego przez Odwołującego, w sytuacji, w której Zamawiający w sposób logiczny i wiarygodny uzasadnił różnice czasowe pomiędzy tym co widniało na pulpicie Platformy Zakupowej udostępnionej zdalnie przez Zamawiającego, co zostało potwierdzone w Wykazie logów oraz w treści pozostałych zrzutów ekranów zawartych w Notatce z otwarcia ofert, byłoby nieuprawnione. Okoliczności faktyczne sprawy uzasadniają przyjęcie, iż nie doszło do naruszenia art. 84 ust. 2 zd 2 ustawy Pzp. Nie zostało bowiem wykazane, iż oferta wykonawcy Borusan została zmodyfikowana o godzinie 11:27, a w konsekwencji, iż wykonawca ten złożył ofertę po wyznaczonym przez

Zamawiającego terminie. Tym samym brak jest podstaw do przyjęcia, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 84 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Borsuan jako złożonej po terminie.

Odnosząc się do oświadczeń złożonych do akt sprawy, to Izba wskazuje co następuje. Oświadczenie złożone przez Pana W. K. nie stanowi, w ocenie Izby, potwierdzenia, że doszło do nieuprawnionej modyfikacji oferty wykonawcy Borusan, nie stanowi również wiarygodnego dowodu na wykazanie nieprawidłowości w działaniu Platformy Zakupowej. Wskazać należy, po pierwsze, że na pierwszej stronie oświadczenia zawarta jest informacja, iż procedura rozpoczęcia czynności otwarcia ofert rozpoczęła się ze cyt. „znacznym opóźnieniem”. Jednakże z dalszej części oświadczenia wynika, że Pan K. uczestniczył w wideokonferencji co najmniej od godziny 13:06, skoro problemy techniczne wg autora oświadczenia rozpoczęły się właśnie o tej godzinie. Logiczne jest zatem przyjęcie, iż Zamawiający rozpoczął procedurę otwarcia ofert przed godziną 13:06 udostępniając w ramach wideokonferencji pulpit Platformy Zakupowej. Tym samym twierdzenia, iż procedura otwarcia ofert rozpoczęła się ze znacznym opóźnieniem uznać należy za niewiarygodne. Co więcej, w oświadczeniach złożonych przez Przystępującego (tj. oświadczeniach Pana M. P. i Pana S. M.) nie zostały zawarte żadne informacje mówiące o rzekomym „znaczącym opóźnieniu” rozpoczęcia procedury otwarcia ofert. Dalej Pan K. wskazuje, że zostały udostępnione na pulpicie odblokowane pliki ofert. W tym zakresie, Izba wypowiedziała się powyżej. Nie ma żadnego obiektywnego dowodu (choćby zapisów z Instrukcji obsługi Platformy Zakupowej) na wykazanie, iż brak ikony kłódki przy plikach ofert na pulpicie Platformy Zakupowej udostępnionym przez Zamawiającego oznacza wcześniejsze odszyfrowanie ofert. W dalszej kolejności, Pan K. przywołuje problemy techniczne. Budzi zdziwienie Izby, że Pan K. tak precyzyjnie odnotował czas w jakim nastąpiło tzw. „zamrożenie ekranu”, a tak nieprecyzyjnie określił długość „znaczącego opóźnienia” w rozpoczęciu procesu otwarcia ofert. Co więcej, ani Odwołujący ani Przystępujący nie złożyli żadnych dowodów na wykazanie, że problemy techniczne były spowodowane uchybieniami po stronie Zamawiającego. Również z treści oświadczenia nie wynika czy Pan K. zgłaszał owe problemy techniczne Zamawiającemu. Treść oświadczenia jest powieleniem argumentacji zawartej w treści odwołania, którą Izba uznała powyżej za niezasadną.

Argumentacja przedstawiona powyższej odnosi się również do oświadczeń złożonych przez Przystępującego do akt sprawy. Co do argumentów zawartych w oświadczeniach w zakresie nieuprawnionego odszyfrowania ofert i braku ikony kłódki, Izba wypowiedziała się powyższej w tej kwestii. Podobnie, w zakresie tzw. „zamrożenia wizji”. Co więcej z treści oświadczenia

pana P. i Pana M. wynika, że na czas problemów technicznych, czynność odczytywania ofert została wstrzymana przez Zamawiającego do czasu odmrożenia wizji.

Podkreślić należy, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący stawiają z jednej strony tezę, że Zamawiający podczas procedury otwarcia ofert udostępnił pulpit Platformy Zakupowej na której widniały pliki ofert już odszyfrowane. Z drugiej zaś strony, podnoszą zarzut, iż pomiędzy godziną 13:06 – 13:13 nastąpiła „zamrożenie” pulpitu Zamawiającego i nie było możliwości jawnego śledzenia czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Z Wykazu logów wynika zaś, że właśnie w tym czasie tj. pomiędzy godziną 13:06 – 13:13 Zamawiający dokonywał odszyfrowywania ofert. W ocenie Izby, stanowisko Odwołującego i Przystępującego uznać należy za niewiarygodną próbę podważenia wszelkich czynności dokonanych przez Zamawiającego związanych z odszyfrowaniem ofert, próbę, która nie znajduje potwierdzenia w żadnych obiektywnych dowodach. Wykonawcy przyjęli strategię, że nawet gdyby Izba uznała, że pliki udostępnione na zdalnym pulpicie Zamawiającego były zaszyfrowane, to i tak nie doszło do ich jawnego odszyfrowania, gdyż były problemy techniczne. Tyle tylko, że żadnych z powyższych okoliczności Odwołujący nie wykazał. Nie wykazał, że problemy techniczne leżały po stronie Zamawiającego, nie wykazał, że zgłaszał Zamawiającemu w trakcie wideokonferencji problemy z wizją/fonią, nie wykazał jakie czynności dokonane przez Zamawiającego nie były jawne wobec uczestników postępowania.

W ocenie Izby nie ma żadnych dowodów potwierdzających zarzut o nieuprawnionym działaniu, czy to ze strony Zamawiającego, czy też wykonawcy Borusan, ani też o błędzie Platformy Zakupowej. Oferta wykonawcy Borusan została złożona (zamieszczona na platformie) w dniu 29.04.2020 r., a od momentu jej złożenia nie miała miejsca żadna modyfikacja jej treści. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby oferty złożone w Postępowaniu od momentu ich złożenia aż do godz. 13:07:36 w dniu 30.04.2020 r. nie były zaszyfrowane. W konsekwencji, w ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania, iż doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 10a ustawy Pzp oraz 10b ustawy Pzp w zw. z art. 10g ustawy Pzp w związku z paragrafem 3 ust. 2 i paragrafem 6 Rozporządzenia w zw. z art. 86 ust. 1 i 2 oraz art. 7 i 8 ust. 1 ustawy Pzp. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty Odwołującego dotyczące nieuprawnionego odszyfrowania ofert czy modyfikacji oferty wykonawcy Borusan, a tym samym nie ziściły się wskazane przez Odwołującego przesłanki do unieważnienia postępowania.

Odnosząc się do zarzut Odwołującego o wystąpieniu zdarzenia świadczącego o wadliwości działania Platformy Zakupowej poprzez otwarcie w Postępowaniu oferty złożonej przez Przystępującego Izostal z postępowania wykonawczego nr 6, to Izba uznała zarzut za

niezasadny, oparty wyłącznie na informacjach otrzymanych od Przystępującego Izostal, nie zaś na dowodach potwierdzających rzekome wadliwe działanie Platformy Zakupowej. Jak wyjaśniła Zamawiająca, czemu Izba dała wiarę, nie ma technicznej możliwości, aby Platforma Zakupowa „pomyliła” zamieszczone na niej załączniki i w jakikolwiek sposób pobrała załącznik (tu: ofertę) złożoną w innym, wcześniejszym postępowaniu. Dowodem nieprawdziwego twierdzenia Odwołującego, jakoby Zamawiająca omyłkowo uznała za złożoną w Postępowaniu ofertę Izostal z postępowania wykonawczego nr 6 jest choćby objętość pliku tej oferty, która jest identyczna z objętością oferty złożonej w postępowaniu wykonawczym nr 6, i wynosi 228 KB. Tymczasem z oświadczenia złożonego przez Przystępującego podczas rozprawy wynika, iż oferta miała wielkość 219 KB. W ocenie Izby, jedynym racjonalnym i możliwym wytłumaczeniem tej okoliczności jest pomyłka Przystępującego Izostal w wyniku której na Platformę Zakupową załączony został niewłaściwy plik oferty. Uznanie wadliwości działania Platformy Zakupowej w oparciu o twierdzenia wykonawcy próbującego usprawiedliwić własną omyłkę w działaniu jest, w ocenie Izby, niedopuszczalne. Na Odwołującym ciążył ciężar wykazania nieprawidłowości w działaniu Platformy Zakupowej. Dowodami na wykazanie takiej okoliczności było przytoczenie twierdzeń innego wykonawcy, który złożył ofertę na błędnym formularzu oraz złożone przez Przystępującego Izostal oświadczenia Pana P. oraz Pana M., którzy składali ofertę w Postępowaniu na Platformie Zakupowej. Dowody te Izba uznała za niewiarygodne, stanowiące wyłącznie subiektywną próbę usprawiedliwienia błędu popełnionego przez Przystępującego Izostal podczas składania oferty na Platformie Zakupowej. Nie ma żadnego obiektywnego dowodu w sprawie na wykazanie błędów w działaniu systemu Platformy Zakupowej. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, iż doszło do naruszenia art. 10a ustawy Pzp oraz 10b ustawy Pzp w zw. z art. 10g ustawy Pzp w związku z paragrafem 3 ust. 2 i paragrafem 6 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępnienia i przechowywania dokumentów elektronicznych. Nie zostały wykazane żadne okoliczności, na podstawie których należałoby uznać, iż doszło do naruszenia dostępności i integralności oraz przechowywania, udostępnienia i archiwizacji plików oferty złożonej w niniejszym Postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972 z zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....