

Sygn. akt: KIO 2603/19

WYROK
z dnia 14 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowie** w postępowaniu prowadzonym przez **ENERGA – OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Electrical Power Quality Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu** oraz **Przedsiębiorstwa TAURUS – TECHNIC Sp. z o.o. z siedzibą w Osielsku** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2603/19 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **ENERGA – OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego – **ENERGA – OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – ENERGA – OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę magazynu energii o mocy nominalnej nie mniejszej niż 1 MW i pojemności nie mniejszej niż 2 MWh wraz z systemem sterowania i nadzoru magazynu* (znak postępowania: P/1/0106/2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 października 2019 r. pod numerem 2019/S 207 – 506000.

W dniu 23 grudnia 2019 r. wykonawca ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 10b ustawy Pzp poprzez wadliwe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób ograniczający dostęp do zamówienia, przez przygotowanie i udostępnienie wadliwego narzędzia do komunikacji elektronicznej, uniemożliwiającego Odwołującemu złożenie oferty w dacie wyznaczonej na składanie ofert;
2. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji powzięcia informacji, iż Odwołujący nie miał możliwości złożenia oferty wobec problemów technicznych nie leżących po jego stronie, a zaistniałych po stronie Zamawiającego, co spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i uniemożliwiło konkurowanie w ramach prowadzonego postępowania;
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z rażącym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez uniemożliwienie zainteresowanemu wykonawcy złożenia oferty.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w rozdziale X SIWZ określił zasady dotyczące komunikacji z wykonawcami. Zgodnie z dyspozycją Zamawiającego, składanie ofert miało nastąpić za pośrednictwem platformy Marketplanet OnePlace i zostało

wyznaczone na 12.12.2019 r. na godz. 10:00.

W dniu 12 grudnia 2019 r. o godz. 8:50 Odwołujący przystąpił do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu (nastąpiło zalogowanie na konto OnePlace).

Wszelkie czynności odbywały się zgodnie z zapisami SIWZ oraz Instrukcją korzystania z platformy zakupowej w celu złożenia oferty elektronicznej.

Odwołujący przed próbą złożenia oferty dysponował zarejestrowanym na platformie kontem, a także wcześniej skutecznie dokonywał składania ofert (m.in. u tego samego Zamawiającego).

Pomimo spełnienia wszelkich wymagań technicznych, zgodnie z SIWZ oraz Regulaminem Platformy Zakupowej i dysponowania odpowiednim sprzętem oraz zainstalowanym prawidłowo oprogramowaniem, dokonywania wszelkich czynności zgodnie z SIWZ oraz Instrukcją platformy, kilkakrotne próby złożenia oferty zakończyły się niepowodzeniem.

O godzinie 08:58, przy próbie złożenia oferty pojawił się komunikat: „Szanowni Państwo, na platformie zakupowej trwają prace serwisowe. Za utrudnienia przepraszamy, Pion Informatyki i Telekomunikacji”.

O godzinie 9:00 przy dokonywaniu kolejnych prób pojawił się komunikat o braku połączenia z systemem Kupującego. Natomiast o godzinie 09:14, podczas kolejnej próby, znów wyświetliła się informacja o trwających pracach serwisowych.

Odwołujący wskazał, iż z informacji z otwarcia ofert wynika, iż do Zamawiającego skutecznie wpłynęły oferty innych wykonawców, jednak składane one były w dniu 11 grudnia 2019 r., nie zaś 12 grudnia, jak to było w przypadku Odwołującego.

W dniu 12 grudnia 2019 r. Odwołujący zgłosił awarię operatorowi Platformy, wskazując na podniesione wyżej problemy techniczne, wnosząc o przedstawienie logów z próby złożenia oferty i otrzymał odpowiedź: „Nasz dział techniczny nie odnotował żadnych nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu Oneplace. Problem który Państwo opisali w zgłoszeniu leży po stronie zamawiającego którym w tym wypadku jest Energa Operator (ENERGA OPERATOR S.A.). W związku z tym nie możemy Państwu udzielić żadnych informacji. Prosimy o kontakt w tej sprawie z zamawiającym.”

Odwołujący zwracał uwagę, iż w podobnych przypadkach, w innych postępowaniach błąd tego rodzaju wywołany był chwilowym brakiem połączenia platformy z Internetem dostarczanym od zewnętrznego dostawcy, co skutkowało brakiem możliwości weryfikacji certyfikatu podpisu i w konsekwencji złożenia oferty przez wykonawcę. Zaistniała awaria, co wynika ze stanowiska przedstawiciela platformy, zaistniała po stronie Zamawiającego, nie dotyczyła wprost działania platformy, lecz najprawdopodobniej elementu ściśle z nią powiązanego jakim jest brak łącza internetowego.

Mając powyższe na uwadze, w zaistniałej sytuacji niezbędne jest unieważnienie

przedmiotowego postępowania. Obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie możliwości złożenia ofert wszystkim zainteresowanym wykonawcom. Powyższe jest realizacją zasady z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Odnosi się to również do zapewnienia odpowiednich narzędzi i rozwiązań technicznych w taki sposób, żeby każdy zainteresowany mógł w postępowaniu złożyć ofertę w każdym czasie przewidzianym w SIWZ na jej złożenie.

W sytuacji, gdy narzędzie udostępnione przez Zamawiającego jest wadliwe i uniemożliwia uczestnictwo w postępowaniu jednemu z wykonawców, dalsze jego kontynuowanie stałoby w sprzeczności z zasadami wskazanymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od ogólnych zasad, art. 10a i 10b ustawy Pzp obligują Zamawiającego do takiego udostępnienia środków komunikacji elektronicznej, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do przetargu.

ZPUE S.A. jest wiodącą Spółką oferującą dostawy będące przedmiotem zamówienia. Zaistniałe problemy techniczne udaremniły możliwość złożenia oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. O fakcie poważnego zainteresowania postępowaniem świadczy również zapewnienie zabezpieczenia oferty Odwołującego wadium. Odwołujący podejmował wiele prób złożenia oferty i pomimo zachowania należytej staranności, odpowiedniego przygotowania osób, doświadczenia w składaniu ofert na tej samej platformie u innych Zamawiających, oferta nie została skutecznie złożona.

Odwołujący nadmienił, iż UZP w opinii prawnej dotyczącej sposobu postępowania z ofertą elektroniczną, opublikowanej w Informatorze 3/2019 wskazał, iż każdorazowo w sytuacji wystąpienia problemów technicznych Zamawiający jest zobligowany do podjęcia czynności mających na celu wyjaśnienie, jaka jest przyczyna problemów, gdyż ma to kluczowe znaczenie dla dalszego przebiegu postępowania i determinuje dalsze czynności Zamawiającego. Zdaniem UZP, w świetle zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest dopuszczalne zaniechanie dokonania czynności weryfikacyjnych przez Zamawiającego.

W opinii UZP wskazuje, że jeżeli w wyniku przeprowadzonych czynności wyjaśniających okaże się, że przyczyny nieprawidłowego działania wywołane są problemami technicznymi w infrastrukturze informatycznej Zamawiającego, winien on postępowanie unieważnić, z uwagi na fakt, iż uniemożliwienie złożenia oferty zainteresowanemu wykonawcy powoduje obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższe stanowisko uznaje również Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w wyrokach

KIO 2721/19, KIO 268/19 wskazując na zasadność unieważnienia czynności lub postępowania w sytuacji problemów z infrastrukturą informatyczną Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 stycznia 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości, w tym wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z działania infrastruktury informatycznej Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający wniósł o zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego, w tym kosztów zastępstwa procesowego radcy prawnego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 10b ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż brak jest jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby, że przy organizacji postępowania na dostawę magazynu energii doszło do nieprawidłowości, które uniemożliwiły prawidłowe złożenie oferty przez Odwołującego.

W uznaniu Zamawiającego, okoliczność, że w ostatnim dniu składania ofert (ostatniej godzinie) przed upływem terminu Odwołujący był prawidłowo zalogowany do systemu (Platformy) oraz prawidłowo dochodziło do zapisu dokumentów na Platformie w sposób jednoznaczny potwierdza, że łącze internetowe oraz narzędzie internetowe służące do komunikowania się z Wykonawcami działało prawidłowo.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedstawił raporty potwierdzające prawidłowość działania łączy internetowych Zamawiającego w dniu 12 grudnia 2019 r. w godzinach od 7:00 do 14:00.

Odnosząc się do przedstawionych przez Odwołującego dowodów w postaci filmów dokumentujących test złożenia podpisu elektronicznego oraz samą próbę złożenia oferty jakie załączone zostały do pisma kierowanego do Zamawiającego w dniu 16 grudnia 2019 r. Zamawiający wskazał, że w żaden sposób potwierdzają one zarzutów co do nieprawidłowego funkcjonowania Platformy Zakupowej Oneplace. Zamawiający zwracał uwagę, że test wgrywania podpisu dokonywany na kwadrans przed upływem terminu na składanie ofert wypadł prawidłowo i nie ujawnił jakichkolwiek nieprawidłowości.

Jeśli chodzi o samą czynność wgrywania podpisu elektronicznego weryfikowanego ważnym kwalifikowanym certyfikatem Zamawiający zauważył, że od godziny 9:23:40 do godziny 9:59:41 Odwołujący skutecznie dokonywał zapisu szeregu plików, co potwierdza stosowny zrzut z systemu. Po dokonaniu przedmiotowych czynności Odwołujący przystąpił do wgrywania podpisu jednakże nastąpiło to już po upływie terminu. Z tego też powodu pojawił się komunikat o błędzie. Na filmie dokumentującym wgrywanie podpisu w 16 sekundzie jego trwania widać, że termin na złożenie oferty już upłynął. Potwierdza to informacją „Do końca pozostało 2019-12-12 10:00 (Pozostało 0 dni 0 Godzin 0 minut)”, Odwołujący najprawdopodobniej błędnie opierał się w tym wypadku na zegarze „windowsowym” który w istocie wskazywał godzinę 9:59. Komunikat informujący o błędzie (51 sekunda filmu) pojawił

również już po upływie terminu składania ofert przez co system uniemożliwił już wgranie podpisu.

Zamawiający wskazał, że zegar „Windows” może pokazywać dowolną godzinę, co zależne jest od konfiguracji komputera. Czas który używany jest na Platformie Zakupowej jest zgodny z tym, który ustawiony jest na serwerze aplikacyjnym i to ten czas, do którego składający ofertę ma cały czas dostęp i który informuje go o upływie czasu do złożenia oferty jest decydujący przy składaniu oferty.

Zamawiający zwrócił uwagę na wyrok z dnia 22 września 2005 r., IV CK 100/05, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „bardzo późne przystąpienie przez Odwołującego do procesu składania oferty wyczerpuje znamiona co najmniej lekkomyślności. Oceny tej należy dokonywać w odniesieniu do dyspozycji ad. 355 § 2 k.c., tj. zawodowej staranności wykonawcy. Uważa się, że profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności”.

Przewidując możliwość zaistnienia podobnych sytuacji, Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedstawił nie tylko oczekiwane wymagania sprzętowe - dział X „Komunikacja zamawiającego z wykonawcami” - pkt 4 (analogiczny, jak w Instrukcji) ale również zalecenie o wcześniejszym złożeniu oferty - dział X „Komunikacja zamawiającego z wykonawcami” - pkt. 13. Zgodnie z jego treścią zaleca się złożenie oferty z wyprzedzeniem, aby zdążyć przed upływem terminu składania ofert, minimalizując ryzyko niemożliwości złożenia oferty w konsekwencji zjawisk takich jak: brak dostępu do internetu, problemy techniczne związane ze złożeniem podpisu, bądź brak wspieranej przeglądarki, czy też awaria Platformy.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający udostępnił na Platformie wraz z ogłoszeniem oraz wzorami dokumentów także Instrukcję korzystania z Platformy zakupowej w celu złożenia oferty. W jej treści zawarto szereg wyjaśnień dotyczących nie tylko składania ofert ale też składania podpisu elektronicznego - pkt. 10.4.9. „Podpis elektroniczny” (str. 53 - 55), wymagań dotyczących komputera używanego do podpisu (str. 56), procedury podpisania oferty z użyciem podpisu elektronicznego (str. 56) oraz także zalecenie o wcześniejszym złożeniu oferty (str. 57).

W świetle powyższych wyjaśnień nie sposób przyjąć, że Zamawiający nieprawidłowo przygotował i przeprowadził postępowanie powodując brak możliwości złożenia oferty poprzez platformę zakupową udostępnioną przez Zamawiającego jako narzędzie do komunikacji elektronicznej. Odwołujący dokonując logowania na Platformę na 1 h i 10 minut przed upływem terminu na składanie ofert w sposób oczywisty sam nie dochował należytej staranności przy składaniu oferty. Należy zauważyć, że nie jest to pierwszy raz kiedy Odwołujący składał ofertę

u Zamawiającego stąd znane mu są narzędzia stosowane przez Zamawiającego przy tego typu zamówieniach (np. postępowania: P/1/086/2019, P/1/0125/2018).

Zgodnie z oświadczeniem złożonym w odpowiedzi na zastrzeżenia Odwołującego, podmiot zawodowo zajmujący się obsługą systemu zakupowego funkcjonującego u Zamawiającego a więc spółka Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. przekazała Odwołującemu informację że ich „dział techniczny nie odnotował żadnych nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu Oneplace”. Zawarte w ich oświadczeniu dodatkowe stwierdzenie iż „problem który państwo opisali w zgłoszeniu leży po stronie Zamawiającego (EOP)” w żaden sposób nie potwierdza, że taki problem zaistniał. Wprost przeciwnie, przedstawione wyżej raporty w sposób bezsporny potwierdzają, że żadnych zakłóceń w zakresie działania łącza internetowego czy też narzędzia internetowego służącego do komunikowania się z wykonawcami nie stwierdzono.

Przedstawiane przez Odwołującego zrzuty ekranu (print screen) z systemu (Platformy) również jednoznacznie potwierdzają, że Odwołujący był prawidłowo zalogowany do systemu oraz prawidłowo dochodziło do zapisu dokumentów. Powyższe potwierdził również podmiot przystępujący po stronie Zamawiającego, stwierdzając, że w dniu 12 grudnia 2019 r, (a więc w dniu, w którym miało dojść do nieprawidłowości w działaniu systemu) modyfikował złożoną przez siebie wcześniej (11.12.2019 r.) ofertę i nie napotkał przy tym na żadne problemy techniczne.

Zamawiający przywołał wyrok KIO o sygn. akt: KIO 510/19, stwierdzając, że Odwołujący nie udowodnił, iż zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że nie podziela powyższych zarzutów Odwołującego, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co winno skutkować unieważnieniem postępowania.

Zamawiający przygotował i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami prawa. Na każdym etapie postępowania Zamawiający sprawiedliwie traktował uczestników postępowania tj. wykonawcy byli traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także środków dyskryminujących. Zamawiający w sposób obiektywny przedstawił warunki zamówienia, a więc nie wprowadził żadnej nieuzasadnionej bariery, która mogłaby wyeliminować określoną grupę wykonawców z przetargu lub stwarzać określonej grupie uprzywilejowaną pozycję.

Zamawiający wskazał, że nie zostały zdiagnozowane obiektywne przyczyny, które miałyby uniemożliwić złożenie oferty. Wprost przeciwnie, łącza internetowe działały prawidłowo a okoliczność że pozostali Wykonawcy zdołali prawidłowo „zaczytać” składane przez siebie dokumenty na Platformę potwierdza, że udostępnione przez Zamawiającego

narzędzia informatyczne były sprawne i w żaden sposób nie została ograniczona uczciwa konkurencja.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 24 grudnia 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Electrical Power Quality Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu oraz Przedsiębiorstwo TAURUS – TECHNIC Sp. z o.o. z siedzibą w Osielesku zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 27 grudnia 2019 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, informację z otwarcia ofert, protokół z platformy zakupowej wskazujący wykonawców zalogowanych do systemu, protokół z platformy zakupowej wskazujący złożone oferty w systemie, wniosek wykonawcy ENGIE Technika Instalacyjna Sp. z o.o. z dnia 12 grudnia 2019 r., korespondencję elektroniczną Odwołującego z Działem Obsługi Market Planet z dnia 12 grudnia 2019 r., pismo Odwołującego z dnia 16 grudnia 2019 r. o nieprawidłowym funkcjonowaniu platformy OnePlace i uniemożliwieniu złożenia oferty w postępowaniu wraz z załącznikami (film z próby złożenia oferty, film z testu podpisu elektronicznego poprzez Platformę Zamawiającego oraz korespondencja z Platformą Market Planet) oraz pismo Odwołującego z dnia 17 grudnia 2019 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 13 stycznia 2020 r.

Nadto skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. pismo EST Energy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Otwocku z dnia 10 stycznia 2020 r. wraz z 3 załącznikami,
2. wyciąg z połączeń wychodzących od Odwołującego,
3. screeny z filmu dotyczącego testu podpisu,
4. logi.

Izba zaliczyła również do materiału sprawy dowody złożone przez Zamawiającego, tj.:

1. wiadomość elektroniczna z dnia 10 stycznia 2020 r. wraz z załącznikami (Raport dzienny z dostępności usługi „Dostęp do Internetu”, Raport z dostępności usługi „LAN EITE” oraz Raport z dostępności usługi „Utrzymanie sieci LAN – ENERGA Operator”;
2. print screen z filmu obrazującego test wgrywania podpisu z systemu (platformy) z godziny 9.46,
3. wydruki z systemu potwierdzające należyte zapisanie składanych dokumentów,
4. print screeny z filmu obrazującego składanie oferty i wgrywanie podpisu do systemu (Platformy) z godziny 9.59 (Windows).

Na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, który miałby wypowiedzieć się w przedmiocie logów złożonych przez Odwołującego na okoliczność wykazania prawidłowości działania platformy MarketPlanet oraz infrastruktury technicznej Odwołującego. Zgodnie z ww. przepisem, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Ponadto zgodnie z art. 190 ust. 4 ustawy Pzp, Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych.

Skład orzekający Izby doszedł do przekonania, iż istota sporu zawisłego przed Izbą możliwa była na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Ponadto teza dowodowa została sformułowana przez wykonawcę w sposób ogólny i nie dość precyzyjny. Jednocześnie Odwołujący wskazał na możliwość rozważenia przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, trudno zatem tak sformułowanemu wnioskowi przypisać stanowczy charakter.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale X SIWZ Zamawiający określił następujące zasady komunikacji z wykonawcami:

1. W postępowaniu komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się za pośrednictwem Platformy zakupowej zamawiającego, zwanej dalej „Platformą” lub „PZ”, pod adresem: <http://zakupy.energa-operator.pl>, na której postępowanie jest prowadzone pod nazwą wskazaną na stronie tytułowej SIWZ.
2. Wykonawca chcąc przystąpić do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien bezpłatnie założyć konto na Platformie (przekierowanie do strony <https://oneplace.marketplanet.pl>), akceptując warunki korzystania z Platformy oraz Regulamin korzystania z Marketplanet OnePlace.
3. Zamawiający udostępnia „Instrukcję korzystania z platformy zakupowej w celu złożenia oferty elektronicznej”, jako załącznik nr 10 do SIWZ.
4. Dla poprawnego funkcjonowania Platformy konieczne są następujące minimalne wymagania sprzętowe:
 - 4.1. podłączenie do Internetu: min. 512 Kb/s na komputer (zalecane szerokopasmowe łącze internetowe);
 - 4.2. komputer klasy PC/laptop z zainstalowanym systemem operacyjnym Windows 7/ 8/ 10;
 - 4.3. jedna ze wspieranych przeglądarek:
 - 4.3.1. MS Internet Explorer 10.0 (lub nowsza) z obsługą Active X;
 - 4.3.2. Mozilla Firefox (wersja 46 lub nowsza) z obsługą Javy, siła szyfrowania: 128bit;
 - 4.3.3. Google Chrome (wersja 45 lub nowsza);
 - 4.3.4. Opera (wersja 37 lub nowsza);

Uwaga! Przeglądarka Microsoft EDGE nie obsługuje funkcjonalności podpisu elektronicznego i nie jest wspierana w tym zakresie.
 - 4.4. podłączony lub wbudowany do komputera czytnik karty kryptograficznej wydanej przez wystawcę certyfikatu używanego przez Wykonawcę;
 - 4.5. certyfikat kwalifikowany zainstalowany na komputerze, na którym wykonawca będzie się logował do konta (certyfikat musi być widoczny w magazynie certyfikatów systemu Windows (magazynie logicznym o nazwie „Osobisty” certyfikatów systemu Windows);
 - 4.6. zainstalowana najnowsza wersja Java Runtime Environment w wersji:
 - 4.6.1. 32bit - dla systemów operacyjnych 32 bitowych (x86);
 - 4.6.2. 32bit i 64bit – dla systemów operacyjnych 64 bitowych (x64);
 - 4.7. brak blokad wyskakujących okienek w przeglądarce;
 - 4.8. uprawnienia na komputerze do odpalania apletów javy;
 - 4.9. zainstalowany program do otwierania plików .pdf, np. Acrobat Reader.
5. Platforma umożliwia przesyłanie plików o wielkości do 400Mb.
6. Platforma zapewnia funkcję automatycznego szyfrowania składanych ofert w oparciu o hasło wymyślone przez wykonawcę w taki sposób, aby nikt oprócz osoby składającej tę ofertę nie miał do niej wglądu, przed upływem terminu składania ofert.

Uwaga! Wykonawca składający ofertę musi dokładnie zapamiętać lub zapisać hasło do swojej oferty, ponieważ bez tego hasła niemożliwa będzie modyfikacja bądź wycofanie oferty złożonej na Platformie.

7. Złożenie oferty w formie skompresowanej nie wymaga dodatkowego szyfrowania.
8. Oferta oraz załączniki złożone przez wykonawcę na Platformie nie są widoczne dla zamawiającego, w związku z faktem ich zaszyfrowania. Zamawiający ma możliwość ich odszyfrowania i zapoznania się z ich treścią po upływie terminu otwarcia ofert.
9. Wszystkie znaki przetwarzane przez Platformę kodowane są przy użyciu systemu kodowania UTF-8. Połączenie na linii użytkownik – Platforma przebiega w oparciu o format przesyłanych danych HTTPS oraz szyfrowanie TLS.
10. Oznaczenie czasu odbioru danych przez Platformę zakupową jest generowane w oparciu o czas lokalny serwera, synchronizowany z odpowiednim źródłem czasu. Oznaczenie czasu odbioru danych przez Platformę stanowi przypiętą do dokumentu elektronicznego datę oraz dokładny czas (hh:mm:ss) – po lewej stronie dokumentu w kolumnie „Data przesłania”.
11. Formularz oferty generowany przez Platformę służy tylko i wyłącznie wprowadzeniu danych składanej oferty do systemu elektronicznego. Obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wszystkich wymaganych postanowieniami SIWZ dokumentów, w tym formularza ofertowego przygotowanego przez zamawiającego.
Niezałączenie przez wykonawcę formularza ofertowego przygotowanego przez zamawiającego zostanie uznane za niezłożenie oferty i obarczone konsekwencjami wynikającymi z ustawy.
12. Oświadczenie woli w postaci elektronicznej dokonywane online zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych.
13. Zaleca się złożenie oferty z wyprzedzeniem, aby zdążyć przed upływem terminu składania ofert, minimalizując ryzyko niemożliwości złożenia oferty w konsekwencji zjawisk takich jak: brak dostępu do internetu, problemy techniczne związane ze złożeniem podpisu, bądź brak wspieranej przeglądarki, czy też awaria Platformy.
14. W przypadku wystąpienia problemów technicznych z instalacją lub działaniem podpisu elektronicznego na Platformie wykonawcom będzie udzielane, w godzinach 9:00 – 17:00, wsparcie: telefonicznie pod nr: (+48) 22 576 87 90 lub pod adresem e-mail: oneplace@marketplanet.pl.
15. Komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy, w zakładce „Pytania i odpowiedzi”.

16. Osobą uprawnioną do porozumiewania się z wykonawcami jest J. S., e-mail: j.s.@energa.pl, a pod jej nieobecność – S. H., e-mail: s.h.@energa.pl. W tytule wiadomości należy podać numer postępowania.

Termin składania ofert upłynął w dniu 12 grudnia 2019 r. godz. 10.00. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców, tj. ABB Power Grids Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, konsorcjum wykonawców: MY-SOFT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Impact Clean Power Technology S.A. z siedzibą w Warszawie oraz konsorcjum wykonawców: Electrical Power Quality Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu oraz Przedsiębiorstwo TAURUS-TECHNIC Sp. z o.o. z siedzibą w Osielsku, przy czym ww. wykonawcy złożyli oferty za pośrednictwem platformy zakupowej w dniu 11 grudnia 2019 r. Ponadto z dokumentów postępowania przekazanych przez Zamawiającego wynika, że zarejestrowanych w przedmiotowym postępowaniu na platformie zakupowej było 9 wykonawców, w tym m.in. Odwołujący, EST Energy Sp. z o.o. Sp.k. oraz ENGIE Technika Instalacyjna Sp. z o.o., którzy nie złożyli oferty.

W dniu 12 grudnia 2019 r. o godz. 10.50 wykonawca ENGIE Technika Instalacyjna Sp. z o.o. wysłał Zamawiającemu wiadomość elektroniczną o treści: „w związku z brakiem możliwości złożenia oferty w postępowaniu (...) nr P/1/0106/2019 wynikającym z problemu technicznego platformy oneplace.marketplanet.pl niniejszym składamy wniosek o unieważnienie postępowania i wyznaczenie nowego terminu składania ofert”. Wykonawca wskazał, iż „wniosek nasz jest efektem braku możliwości skutecznego złożenia oferty na portalu oneplace.marketplanet.pl na platformie Energa Operator. Wszystkie dokumenty podpisane cyfrowo zostały umieszczone na platformie i wypełnione zostały pola konieczne do złożenia oferty. Platforma odrzucała jednak podpisy elektroniczne konieczne do skutecznego zamknięcia procesu ofertowania. W trakcie składania oferty trwały konsultacje telefoniczne z operatorem platformy oneplace.marketplanet.pl i nie był w stanie skutecznie nam pomóc. Zaznaczamy, że postępowaliśmy zgodnie z instrukcją, a komputery z których wysyłana była oferta posiadają wymagane oprogramowanie. Podpisy cyfrowe zostały sprawdzone przez platformę oneplace.marketplanet.pl również podczas konsultacji z pracownikiem operatora i potwierdzone zostało poprawne ich działanie. Posiadamy zrzuty ekranów, które zostaną wysłane zarówno do Państwa jak i do operatora platformy.”

W dniu 12 grudnia 2019 r. Odwołujący zgłosił MarketPlanet awarię Platformy Zakupowej OnePlace MarketPlanet. W odpowiedzi na zgłoszenie, Operator Platformy w wiadomości elektronicznej z dnia 12 grudnia 2019 r. wskazał, że „nasz dział techniczny nie odnotował żadnych nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu Oneplace. Problem, który Państwo opisali w zgłoszeniu leży po stronie zamawiającego, którym w tym wypadku jest

Energa Operator (ENERGA OPERATOR S.A.). W związku z tym nie możemy Państwu udzielić żadnych informacji. Prosimy o kontakt w tej sprawie z zamawiającym.”

W dniu 16 grudnia 2019 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o nieprawidłowym funkcjonowaniu platformy OnePlace i uniemożliwieniu złożenia oferty w postępowaniu. Do ww. pisma wykonawca załączył film z próby złożenia oferty, film z testu podpisu elektronicznego poprzez Platformę Zamawiającego oraz korespondencję z Platformą Market Planet.

W dniu 17 grudnia 2019 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o przedstawienie logów z systemu, bądź innych dowodów na okoliczność działania infrastruktury Zamawiającego w dniu 12 grudnia 2019 r. w godz. 8.50 – 10.01. W szczególności Odwołujący wniósł o przedstawienie poprawności działania łącza internetowego Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 10b ustawy Pzp polegający na wadliwym przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania w sposób ograniczający dostęp do zamówienia, przez przygotowanie i udostępnienie wadliwego narzędzia do komunikacji elektronicznej, uniemożliwiającego Odwołującemu złożenie oferty w dacie wyznaczonej na składania ofert potwierdził się.

Istotą zawisłego przed Izbą sporu było rozstrzygnięcie, czy trudności w złożeniu oferty za pośrednictwem platformy zakupowej wskazanej przez Zamawiającego, których Odwołujący nie zdołał przezwyciężyć, a które zgłaszał Zamawiającemu oraz operatorowi platformy, wynikały z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 10b ustawy Pzp, zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba wskazuje, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, jakoby wykonawca ZPUE S.A. dokonując logowania na platformę na 1 h i 10 minut przed upływem terminu składania ofert nie dochował należytej staranności w procesie złożenia oferty. Zamawiający poza konstatacją w ww. zakresie, nie przedstawił żadnej argumentacji na potwierdzenie prezentowanego stanowiska, w szczególności nie wskazał czasu, jaki należałoby obiektywnie uznać za

wystarczający dla stwierdzenia zachowania należytej staranności przez wykonawcę podczas wgrwania oferty na platformę zakupową.

Stwierdzić należy, iż czas jaki wykonawca winien poświęcić na proces technicznego złożenia (wgrania) oferty na platformie zakupowej udostępnionej przez zamawiającego warunkowany jest szeregiem czynników, w tym uzależniony jest m.in. od doświadczenia danego wykonawcy w składaniu ofert za pośrednictwem platformy zakupowej, uprzedniego zarejestrowania na platformie, ilości dokumentów niezbędnych do wgrania na platformę, która z kolei może być determinowana tym, czy wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia samodzielnie, czy też wspólnie z innymi wykonawcami.

Izba wskazuje, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy bezsporne między Stronami postępowania odwoławczego było to, iż wykonawca ZPUE S.A. posiadał doświadczenie w sporządzaniu ofert w postaci elektronicznej i opatrywania ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wykonawca ZPUE S.A. przed próbą złożenia oferty w niniejszym postępowaniu był także zarejestrowany na platformie zakupowej, bowiem wcześniej skutecznie składał oferty u Zamawiającego.

Jak ustalono w toku postępowania odwoławczego wykonawca ZPUE S.A. mimo problemów technicznych związanych z funkcjonowaniem platformy, tj. pojawiających się komunikatów o treści „Szanowni Państwo, na platformie zakupowej trwają prace serwisowe. Za utrudnienia przepraszamy, Pion Informatyki i Telekomunikacji” oraz „błąd połączenia z systemem kupującego”, zalogował się na platformę oraz finalnie wgrał wszystkie pliki składające się na ofertę, lecz mimo to podjęta o godzinie 9.23 w dniu 12 grudnia 2019 r. pierwsza próba złożenia oferty nie powiodła się. Odwołujący wyjaśnił, iż zapisaną ofertę opatrzył podpisem elektronicznym, co potwierdza zrzut z ekranu z godziny 9.24 zawierający informację „Podpis złożono prawidłowo”, jednakże klikając następnie „zakończ”, pojawiał się komunikat o treści „wystąpił problem z podpisem elektronicznym. Upewnij się, że podpis jest poprawny i skontaktuj się z Administratorem”. Odwołujący kilkakrotnie powtórzył ww. czynność, jednakże nie przyniosła ona oczekiwanego rezultatu. W tym miejscu wskazać należy, iż ww. problemy ze złożeniem oferty w dniu 12 grudnia 2019 r. napotkał także wykonawca EST Energy Sp. z o.o. Sp.k., co potwierdza treść oświadczenia ww. wykonawcy z dnia 10 stycznia 2020 r. oraz przedstawione zrzuty z ekranu z godziny 9.13 (komunikat o trwających pracach serwisowych na platformie zakupowej) oraz 9.32 (komunikat o problemie z podpisem elektronicznym). Jednocześnie ww. wykonawca wskazał, iż o godzinie 9.25 nie można było zalogować się na platformę Zamawiającego, bowiem pojawiał się komunikat o treści „błąd połączenia z systemem kupującego”, mimo że strona MarketPlanet działała prawidłowo. Również Spółka ENGIE Technika Instalacyjna Sp. z o.o. w piśmie z dnia 12 grudnia 2019 r. wskazywała Zamawiającemu, iż platforma zakupowa odrzucała podpisy elektroniczne konieczne do skutecznego zamknięcia procesu ofertowania.

Dalej wskazać należy, iż nie było sporne między Stronami, iż przeprowadzony przez Odwołującego test wgrywania podpisu wypadł prawidłowo i nie ujawnił jakichkolwiek nieprawidłowości. Na przeprowadzenie testu podpisu i braku nieprawidłowości w tym obszarze wskazywali również wykonawcy EST Energy Sp. z o.o. Sp. k. oraz ENGIE Technika Instalacyjna Sp. z o.o., co też, jak twierdzili, zostało potwierdzone przez dział obsługi technicznej MarketPlanet.

Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania oświadczeń ww. wykonawców, które potwierdzają stanowisko Odwołującego. Okoliczność, iż inni wykonawcy złożyli ofertę w postępowaniu, przy czym uczynili to dzień przed upływem terminu składania ofert (Przystępujący w dniu 12 grudnia 2019 r. zmodyfikował złożoną w dniu 11 grudnia 2019 r. ofertę), nie oznacza, że udostępnione przez Zamawiającego narzędzie umożliwiło złożenie oferty wszystkim zainteresowanym wykonawcom, zapewniając równy dostęp do zamówienia.

Izba wskazuje, iż Zamawiający mimo problemów technicznych związanych z funkcjonowaniem platformy zgłaszanych przez kilku wykonawców, tj. Odwołującego, EST Energy Sp. z o.o. Sp. k. oraz ENGIE Technika Instalacyjna Sp. z o.o., nie podjął żadnych czynności wyjaśniających przyczyny takiego stanu rzeczy, odsyłając wykonawców do MarketPlanet. Z kolei Operator Platformy z uwagi na prawidłowe, w jego ocenie, działanie strony OnePlace, odsyłał wykonawców do Zamawiającego.

Podkreślić należy, iż w świetle naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady jawności i przejrzystości postępowania zamawiający nie może odstąpić do wyjaśnienia przyczyn uniemożliwiających wykonawcom złożenie oferty za pomocą udostępnionego narzędzia, bowiem powyższe ma istotne znaczenie dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia oraz determinuje dalsze czynności zamawiającego w postępowaniu. Zauważyć należy, iż to gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie operator platformy, odpowiada za prawidłowy w świetle przepisów ustawy Pzp przebieg postępowania. Tym samym jeśli w wyniku przeprowadzonych czynności wyjaśniających okaże się, iż brak możliwości złożenia oferty spowodowany był problemami technicznymi w infrastrukturze informatycznej zamawiającego, zamawiający zobowiązany jest do rozważenia zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wskazać również należy, iż zamawiający weryfikując zgłaszane przez wykonawców problemy techniczne związane z działaniem platformy zakupowej jest w stanie podjąć odpowiednie środki zaradcze, które nie doprowadzą do unieważnienia postępowania, dokonując modyfikacji postanowień SIWZ w zakresie terminu składania ofert. Powyższe jednak wymaga zaangażowania ze strony zamawiającego i obiektywnej kooperacji z wykonawcami z poszanowaniem określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad udzielania zamówień publicznych.

Ponadto w świetle ciążącego na zamawiającym obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zamawiający zobowiązany jest zapewnić możliwość złożenia oferty wszystkim zainteresowanym wykonawcom, w tym poprzez udostępnienie odpowiednich narzędzi i rozwiązań technicznych w taki sposób, by każdy zainteresowany mógł w postępowaniu złożyć ofertę w każdym czasie przewidzianym w SIWZ na jej złożenie. Powyższe wprost potwierdza treść art. 10b ustawy Pzp, który obliguje zamawiającego do takiego udostępnienia środków komunikacji elektronicznej, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do zamówienia.

Odnosząc się do stanowiska MarketPlanet wyrażonego w wiadomości elektronicznej z dnia 12 grudnia 2019 r. adresowanej do Odwołującego oraz z dnia 18 grudnia 2019 r. skierowanej do EST Energy Sp. z o.o. Sp. k. wskazującego na brak nieprawidłowości w działaniu systemu Oneplace oraz przyczynę leżącą po stronie Zamawiającego zwrócić należy uwagę, iż to sam oświadczający jest podmiotem zainteresowanym w stwierdzeniu, że żadnych błędów nie było, już choćby ze względu na ewentualne roszczenia odszkodowawcze.

Jednocześnie zauważyć należy, iż Zamawiający nie wyjaśnił stanowiska MarketPlanet, przedstawionego w wiadomości elektronicznej z dnia 18 grudnia 2019 r. adresowanej do EST Energy Sp. z o.o. Sp. k., w której operator platformy wskazał na autonomiczność platformy Zamawiającego.

W kwestii filmu obrazującego czynność wgrzywania podpisu elektronicznego przez Odwołującego Izba wskazuje, że stanowisko Zamawiającego, jakoby ww. czynność nastąpiła już po upływie terminu składania ofert, co też skutkowało komunikatem o błędzie, nie zasługiwało na uznanie. Wskazać należy, iż ww. film nagrany dla celów dowodowych miał obrazować jedną z kilku prób wgrzywania podpisu elektronicznego przez Odwołującego oraz wyświetlający się komunikat o błędzie skutkujący „odrzuconiem” podpisu elektronicznego. Rzeczony film nie stanowił natomiast dowodu na okoliczność, iż wykonawca ZPUE S.A. podjął jedną próbę wgrania podpisu elektronicznego rozpoczętą o godz. 9.58, która zakończyła się niepowodzeniem z uwagi na to, że wgranie podpisu elektronicznego nastąpiło po upływie terminu składania ofert, co miała zdaniem Zamawiającego potwierdzać informacja z systemu o treści: „Do końca pozostało 2019-12-12 10:00 (Pozostało 0 dni 0 Godzin 0 minut”. Zauważyć należy, iż w toku postępowania odwoławczego Zamawiający nie kwestionował stanowiska Odwołującego odnośnie kilkukrotnych prób złożenia oferty, a ponadto nie odniósł się do argumentacji Odwołującego, iż po upływie terminu składania ofert złożenie oferty jest niemożliwe, ponieważ komunikat „złóż ofertę” jest nieaktywny. Ponadto jak

wskazywano już powyżej, brak możliwości skutecznego zamknięcia procesu ofertowania w związku z „odrzucaaniem” podpisu elektronicznego przez platformę, zgłaszali również inni wykonawcy zainteresowani przedmiotowym postępowaniem.

Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, jakoby Zamawiający przedstawił Izbie dowody potwierdzające, iż nie było żadnego problemu technicznego po stronie narzędzia internetowego służącego do komunikowania się z wykonawcami. Złożone przez Zamawiającego dowody potwierdzały jedynie brak przerw w dostępności usługi: Dostęp do Internetu, LAN EITE oraz Utrzymanie sieci LAN – Energa Operator w dniu 12 grudnia 2019 r. godz. 7.00 – 14.00, nie zaś prawidłowość działania platformy zakupowej między godz. 8.50 a 10.00 w dniu 12 grudnia 2019 r., a zatem w czasie, w którym Odwołujący podejmował próby złożenia oferty.

Nie umknęła również uwadze Izby okoliczność, iż Zamawiający nie odniósł się w toku postępowania odwoławczego do komunikatów, które „wyskakiwały” Odwołującemu podczas prób złożenia oferty, tj. że trwają prace serwisowe na platformie zakupowej oraz że występuje błąd połączenia z serwerem kupującego. Wskazać również należy, iż treść ww. komunikatów nawet nie uprawdopodobnia ewentualnych błędów po stronie wykonawcy skutkujących brakiem możliwości złożenia oferty. W tym miejscu podkreślić trzeba, iż w toku rozprawy przed Izbą Zamawiający oraz wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego nie twierdzili, iż brak możliwości złożenia oferty przez Odwołującego wynikał z błędów wykonawcy dotyczących posiadanego oprogramowania, czy wymagań sprzętowych.

Trudno również w ocenie Izby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy czynić Odwołującemu zarzut niedochowania określonej w SIWZ formy komunikacji z Zamawiającym podczas zgłaszania Zamawiającemu w dniu upływu terminu składania ofert problemów technicznych związanych z funkcjonowaniem platformy zakupowej. Jakkolwiek Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż komunikacja z wykonawcami winna odbywać się w sposób przewidziany w specyfikacji (forma elektroniczna za pośrednictwem platformy), to jednak w przedmiotowej sprawie nie sposób wywieść negatywnych skutków wobec wykonawcy, który nie dochował ww. formy, kontaktował się telefonicznie z osobą wskazaną do kontaktów z ramienia Zamawiającego, podejmując wszelkie starania, by złożyć Zamawiającemu przygotowaną i zabezpieczoną wadium ofertę.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Odwołujący uprawdopodobnił fakt, że z przyczyn związanych z funkcjonowaniem platformy został pozbawiony możliwości złożenia oferty. Zdając sobie sprawę z trudności dowodowych po stronie Odwołującego, który nie jest operatorem platformy i nie ma dostępu do historii jej działania, uprawdopodobnienie takie Izba uznała za wystarczające. Wskazać należy, iż zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie

twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Powyższe oznacza, że to obie strony sporu są zobowiązane udowadniać okoliczności, na które się powołują. Tym samym Odwołujący, że nie był w stanie złożyć oferty ze względu na błędne działanie platformy, a Zamawiający, że platforma działała prawidłowo lub że błędy leżały po stronie wykonawcy. W ocenie Izby Odwołujący wykazał poprawność swojego stanowiska – zwłaszcza wobec ustalenia, że także inni wykonawcy doświadczyli trudności technicznych w złożeniu ofert. Z kolei Zamawiający, jak sam przyznał w toku rozprawy, nie podjął żadnych czynności wyjaśniających w odpowiedzi na zgłaszane przez wykonawców problemy techniczne związane z funkcjonowaniem platformy, nie przedstawił dowodów na poprawność działania platformy, a poprzestał na zarzuceniu Odwołującemu braku należytej staranności w złożeniu oferty w związku ze zbyt późnym rozpoczęciem procesu jej wgrywania na platformę zakupową, pomijając jednocześnie kwestię, iż proces złożenia oferty zakończyłby się przy pierwszej próbie (ok. godziny 9.24/9.25), gdyby nie okoliczność, iż podpis elektroniczny konieczny do skutecznego zamknięcia procesu ofertowania był „odrzucony”.

W konsekwencji powyższego stwierdzić należy, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji powzięcia informacji, iż Odwołujący nie miał możliwości złożenia oferty wobec problemów technicznych nieleżących po jego stronie, a zaistniałych po stronie Zamawiającego, co spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i uniemożliwiło konkurowanie w ramach prowadzonego postępowania.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 4 marca 2019 r. sygn. akt: KIO 268/19, 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.

W konsekwencji potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podniesiony w związku z ww. zarzutami.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 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 r. poz. 972 ze zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonej do akt faktury i do wysokości wynikającej z ww. rozporządzenia, stanowiące łącznie kwotę 18 600 zł.

Przewodniczący: