

Sygn. akt: KIO 2927/20

WYROK
z dnia 7 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2020 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inter Cars S.A. i Inter Cars Fleet Services Sp. z o.o., ul. Powsińska 64, 02-903 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inter Cars S.A. i Inter Cars Fleet Services Sp. z o.o., ul. Powsińska 64, 02-903 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inter Cars S.A. i Inter Cars Fleet Services Sp. z o.o., ul. Powsińska 64, 02-903 Warszawa** 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 Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Obsługa serwisowa pojazdów samochodowych Spółki w latach 2021 - 2022”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 września 2020 r. pod pozycją 2020/S 180-435603.

W dniu 9 listopada 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Inter Cars S.A. i Inter Cars Fleet Services Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp polegające na nieuzasadnionym unieważnieniu postępowania, w sytuacji, gdy nie było ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem nie zachodziły podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie przywołanego wyżej przepisu, co skutkowało brakiem wyboru oferty złożonej przez Odwołującego i nieudzieleniem zamówienia na rzecz Odwołującego;

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegającego na niezachowaniu wymaganego obiektywizmu przy rozstrzygnięciu postępowania, poprzez (i) brak odpowiedniej weryfikacji okoliczności wskazanych przez spółkę pod firmą R7 Serwis S.A. w treści pisma z 20 października 2020 r., oraz (ii) uczynienie tych niezweryfikowanych okoliczności podstawą decyzji o unieważnieniu postępowania, w konsekwencji czego doszło do naruszenia uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, albowiem na skutek bezpodstawnego unieważnienia postępowania w oparciu o wyżej wspomniane okoliczności, doszło do ujawnienia szczegółów oferty złożonej przez Odwołującego przy jednoczesnym braku udzielenia zamówienia na rzecz Odwołującego.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z korespondencji e-mail prowadzonej pomiędzy przedstawicielem Odwołującego a przedstawicielem Zamawiającego w dniach 3, 4 oraz 6 listopada 2020 r. w celu wykazania faktu: (i) zwrócenia się przez Odwołującego do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie zaistnienia przyczyny unieważnienia postępowania, (ii) braku udzielenia przez Zamawiającego wyjaśnień odnośnie do zaistnienia wad postępowania, (iii) braku zaistnienia wad postępowania, które uzasadniałyby jego unieważnienie przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- dokonania badania i oceny oferty Odwołującego;
- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym według norm przepisanych.

Odwołujący podał, że oferty należało złożyć za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego, dostępnej pod adresem www.platformazakupowa.plk-sa.pl. Termin składania ofert upływał w dniu 19 października 2020 r. o godz. 10.00.

Odwołujący stwierdził, że w dniu 18 października 2020 r. o godz. 18:42 złożył swoją ofertę za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego. Odwołujący oświadczył, że w dniu, w którym doszło do złożenia oferty przez Odwołującego, przedstawiciele Odwołującego nie odnotowali jakichkolwiek problemów technicznych związanych z funkcjonowaniem Platformy Zakupowej Zamawiającego, które mogłyby utrudnić lub uniemożliwić korzystanie z jej funkcjonalności w ramach procedury składania oferty.

W dniu 19 października 2020 r. o godzinie 10:15 nastąpiło otwarcie ofert. Z treści informacji z otwarcia ofert z 19 października 2020 r. wynika, że do upływu terminu składania ofert w postępowaniu wpłynęła wyłącznie oferta złożona przez Odwołującego. W treści informacji z otwarcia ofert zostały opublikowane szczegóły oferty złożonej przez Odwołującego, w tym czynniki cenotwórcze, mające fundamentalny wpływ na konkurencyjność oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że w dniu 28 października 2020 r. Odwołujący został

poinformowany przez Zamawiającego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że miało ono być obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wskazał Odwołujący, w ramach lakonicznego uzasadnienia zawiadomienia wskazano, że w dniu 18 października 2020 r. (tj. w tym samym dniu, w którym Odwołujący złożył swoją ofertę), firma R7 Serwis S.A. zgłosiła Zamawiającemu istnienie rzekomych problemów technicznych ze złożeniem własnej oferty. W wyniku powyższego, Zamawiający udzielił R7 Serwis S.A. niezbędnych informacji oraz skierował potencjalnego wykonawcę na Help Desk w celu uzyskania pomocy technicznej. Niezależnie od tego, Zamawiający podjął decyzję o modyfikacji ogłoszenia i przesunięciu terminu na składanie ofert na godz. 14:00 w dniu 20 października 2020 r. Modyfikacja ogłoszenia przez Zamawiającego skutkować miała tym, że od godz. 09:40 do 10:00 nie było możliwości złożenia nowych ofert przez potencjalnych wykonawców. Ostatecznie, z uwagi na wystąpienie bliżej nieokreślonego błędu na Platformie Zakupowej, nie zdołano zmodyfikować ogłoszenia przed upływem pierwotnie określonego terminu na składanie ofert. W konsekwencji, tego samego dnia o godzinie 10:15 nastąpiło otwarcie ofert.

Odwołujący wskazał ponadto, że w dniu 20 października 2020 r. R7 Serwis S.A. przesała do Zamawiającego pismo, w którym wskazała, że w dniach 18 oraz 19 października 2020 r. nie miała możliwości złożenia oferty w postępowaniu. Dodatkowo, R7 Serwis S.A. poinformowała Zamawiającego, że po zapoznaniu się ze szczegółami oferty złożonej przez Odwołującego stwierdza, że oferta Odwołującego jest o około 10% wyższa niż oferta planowana do złożenia przez R7 Serwis S.A.

Odwołujący zauważył, że na skutek zastrzeżeń złożonych przez R7 Serwis S.A. Zamawiający podjął decyzję o zasadności unieważnienia postępowania, z uwagi na fakt, że czynność złożenia i otwarcia ofert miała zostać obarczona nieusuwalną wadą.

Jak poinformował Odwołujący, w dniu 3 listopada 2020 r. przedstawiciel Odwołującego zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania. Następnie, 4 listopada 2020 r. przedstawiciel Odwołującego, po zapoznaniu się z udostępnionymi materiałami, zwrócił się do Zamawiającego o doprecyzowanie przyczyn unieważnienia postępowania, poprzez wyjaśnienie: (i) na jakiej podstawie oraz w jaki sposób ustalono fakt wystąpienia przyczyny unieważnienia postępowania, (ii) co świadczy o zaistnieniu tej przyczyny, (iii) czy Zamawiający dysponuje niepochożącym od drugiego z oferentów materiałem, świadczącym o zaistnieniu błędu na Platformie Zakupowej, (iv) z jakiego powodu zdecydowano się na podjęcie próby wydłużenia terminu składania ofert, a

jeżeli były nim wskazane przez drugiego z oferentów problemy ze złożeniem oferty - w jaki sposób ustalono, że wina za brak możliwości złożenia oferty leżała po stronie Zamawiającego. W dniu 6 listopada 2020 r. Zamawiający odmówił udzielenia odpowiedzi na zadane pytania informując Odwołującego, że wszystkie informacje odnośnie unieważnienia przedmiotowego postępowania zostały podane w piśmie o unieważnieniu.

Odwołujący podniósł, że analiza okoliczności faktycznych zaistniałych w przedmiotowym postępowaniu, jak również treść udostępnionych przez Zamawiającego materiałów prowadzą do wniosku, że nie doszło do zaktualizowania się przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, unieważnienie postępowania należy uznać za bezpodstawne.

Odwołujący stwierdził, że nie sposób przyjąć, że w toku postępowania doszło do wystąpienia jakiegokolwiek wady. Jak zauważył Odwołujący, poza znajdującym się w treści uzasadnienia zawiadomienia o unieważnieniu postępowania głośnym stwierdzeniem, że „czynność złożenia i otwarcia ofert obarczona została nieusuwalną wadą”, próżno poszukiwać jakiegokolwiek informacji, w czym tak naprawdę Zamawiający upatruje zaistnienia tej wady. W ocenie Odwołującego, brak jest informacji, czy wadę według Zamawiającego, stanowiły rzekome problemy R7 Serwis S.A. z obsługą Platformy Zakupowej, bliżej nieokreślony „zaistniały błąd na Platformie Zakupowej”, nieukończenie przez Zamawiającego procesu przesunięcia pierwotnego terminu na składanie ofert, czy też jakiegokolwiek inne zdarzenie faktyczne. Odwołującemu nie udało się pozyskać tej wiedzy również na prośbę skierowaną bezpośrednio do Zamawiającego w korespondencji e-mail. W efekcie, fundamentalna kwestia dotycząca przyczyny, która legła u podstaw wywołującej daleko idące skutki decyzji Zamawiającego, w dalszym ciągu pozostaje jedynie w sferze domysłów. Powyższe powoduje, jak wskazał Odwołujący, że merytoryczna polemika z rozstrzygnięciem Zamawiającego jest znacznie utrudniona.

Zakładając hipotetycznie, że przyczyną unieważnienia postępowania było bliżej nieokreślone zdarzenie w systemie informatycznym, uniemożliwiające złożenie oferty jednemu z potencjalnych wykonawców, Odwołujący stwierdził, że zaistnienie tego zdarzenia, jak również jego charakter, nie zostały w żaden sposób zweryfikowane przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, od Zamawiającego podejmującego decyzję o unieważnieniu postępowania, która ze swej natury powinna mieć charakter wyjątkowy, należałoby oczekiwać rzetelnego i zgodnego z zasadą obiektywizmu ustalenia i udokumentowania jej podstaw, w tym przynajmniej:

- a. że doszło do nieprawidłowości w systemie informatycznym;

- b. że nieprawidłowość leżała po stronie Zamawiającego oraz udostępnionej przez niego Platformy Zakupowej, a nie wynikała z zaniedbań lub wadliwych zachowań po stronie potencjalnego wykonawcy, w szczególności z nieumiejętnej obsługi systemu, użycia niekompatybilnego sprzętu lub niewłaściwego oprogramowania;
- c. że problemy zgłaszane przez potencjalnego wykonawcę nie były pozorne i nie były nakierowane na instrumentalne doprowadzenie do unieważnienia postępowania w celu ujawnienia szczegółów oferty Odwołującego i wykorzystania tak pozyskanej wiedzy w kolejnym postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zaniechał stosownej i samodzielnej weryfikacji wspomnianych wyżej okoliczności, polegając na zastrzeżeniach złożonych przez potencjalnego wykonawcę. Odwołujący zaznaczył, że w postępowaniu, w ramach którego ścierają się przeciwstawne interesy wykonawców, Zamawiający przyjął za pewnik stanowisko przedstawione przez jednego z nich, bez jego uprzedniej, dogłębnej analizy.

Odwołujący zauważył ponadto, że analiza dokumentacji postępowania prowadzi do wniosku, że brak jest jakiegokolwiek dowodu na to, że ewentualna wada postępowania, polegająca na uniemożliwieniu złożenia oferty potencjalnemu wykonawcy, jeżeli w ogóle wystąpiła, to była wadą nieusuwalną. W ocenie Odwołującego, powyższemu przeczy zachowanie samego Zamawiającego, który w celu wyeliminowania tej przeszkody, podjął decyzję o modyfikacji ogłoszenia i zmianie terminu składania ofert. Obiektywnie rzecz ujmując, istniały zatem środki pozwalające Zamawiającemu na usunięcie rzeczowej wady. Odwołujący wyraził przekonanie, że fakt, że finalnie nie doszło do tego z winy Zamawiającego, który nie zdołał sfinalizować przedmiotowej zmiany, nie może świadczyć o tym, że ewentualna wada miała charakter nieusuwalny.

Odwołującego dziwi również fakt, że do unieważnienia postępowania doszło dopiero po upływie 9 dni od ujawnienia jego rzekomej przyczyny przez Zamawiającego. W sytuacji, gdy o wadzie postępowania Zamawiający wiedział już w dniu jej ewentualnego wystąpienia, należałoby oczekiwać, w opinii Odwołującego, że działając z zachowaniem należytej staranności i spodziewając się, że charakter wady będzie skutkował unieważnieniem postępowania, Zamawiający dokona tego unieważnienia niezwłocznie, tj. jeszcze przed upływem terminu na składanie ofert, nie dopuszczając tym samym do ujawnienia szczegółów oferty Odwołującego. Fakt, że Zamawiający potrzebował aż 9 dni, aby stwierdzić istnienie rzekomo poważnej wady postępowania, nakazuje podać w wątpliwość zarówno rzeczywisty ciężar gatunkowy tej wady, jak i obiektywizm w działaniu Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, uzasadniając unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający, zarówno w uzasadnieniu prawnym, jak i faktycznym podjętej decyzji, nie może pominąć związku pomiędzy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp a art. 146 ust. 1 lub 6 ustawy Pzp. Warunkiem skutecznego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest bowiem wykazanie jego powiązania z co najmniej jedną z przesłanek unieważnienia umowy wymienionych w art. 146 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził także, że z treści przesłanego do Odwołującego zawiadomienia o unieważnieniu postępowania nie wynika, nawet pośrednio, powiązanie podjętej decyzji z którąkolwiek z przesłanek wyszczególnionych w art. 146 ustawy Pzp. Powyższe dodatkowo wzmacnia przekonanie o tym, że w przedmiotowej sprawie brak jest uzasadnionych podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący uznał, że brak było podstaw do unieważnienia postępowania z uwagi na przyczynę opisaną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, dokonując unieważnienia postępowania w oparciu o niezwyfikowane w sposób rzetelny i samodzielny twierdzenia potencjalnego wykonawcy, Zamawiający nie tylko dopuścił się obrazy wskazanego przepisu, ale również doprowadził do naruszenia zasady obiektywizmu oraz równego traktowania wykonawców. Zdaniem Odwołującego, na skutek powyższych działań doszło również do zaburzenia uczciwej konkurencji, albowiem unieważniając postępowanie i upubliczniając w ten sposób szczegóły oferty Odwołującego, Zamawiający stawia zarówno R7 Serwis S.A., jak i innych potencjalnych wykonawców, w uprzywilejowanej pozycji z punktu widzenia powtórnego postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia. W efekcie, daleko idące konsekwencje zaniedbań zaistniałych w toku postępowania, a leżących po stronie Zamawiającego lub potencjalnego wykonawcy, zostały na skutek decyzji o unieważnieniu postępowania przerzucone na Odwołującego.

Odwołujący dodał, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp powinno mieć miejsce w sytuacjach absolutnie wyjątkowych, w których brak jest możliwości zapewnienia ochrony prawnej uczestnikom postępowania w inny sposób. Rolą Zamawiającego nie jest bowiem wyręczanie wykonawców w podejmowaniu działań mających na celu ochronę ich własnych interesów. W opinii Odwołującego, w przedmiotowej sprawie wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej nie pozbawiłby innych wykonawców takiej ochrony, albowiem w dalszym ciągu posiadaliby oni przepisane prawem środki do ewentualnego zakwestionowania takiej decyzji. Jak stwierdził Odwołujący, zakładając, że rzeczywistą intencją R7 Serwis S.A. było złożenie oferty w postępowaniu, lecz na skutek jakiejś formy dysfunkcji Platformy Zakupowej doszło do naruszenia jej interesu, to

inicjatywa w podjęciu działań ochronnych oraz ciężar wykazania relewantnych okoliczności powinny obciążać ten właśnie podmiot. Tymczasem paradoksalnie, na skutek bezpodstawnej decyzji Zamawiającego, do wdrożenia takich środków ochrony został zmuszony Odwołujący, który w sposób prawidłowy złożył swoją ofertę.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że na skutek naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego doznał uszczerbku, albowiem bezpodstawne unieważnienie postępowania po pierwsze, pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. W konsekwencji Odwołujący może doznać szkody w postaci utraty korzyści, jakie niosłoby ze sobą uzyskanie i zrealizowanie przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą, w związku z czym Odwołujący odniósłby korzyść związaną z wykonaniem zamówienia. Powyższe uzasadnia interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Instal-Filter.

Odwołujący złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Rozstrzygając podniesione zarzuty Izba wzięła pod uwagę treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 28 października 2020 r., wydruki korespondencji elektronicznej Odwołującego z Zamawiającym z dni 3-6 listopada 2020 r., pismo R7 Serwis S.A., pismo Marketplanet z dnia 30 listopada

2020 r. oraz oświadczenia Zamawiającego złożone na rozprawie w zakresie sposobu działania Platformy Zakupowej, na której prowadzone było postępowania i działań, jakie podjął Zamawiający w celu przesunięcia terminu składania ofert.

Izba stwierdziła, że okoliczności wskazane przez Zamawiającego w wystarczającym stopniu uzasadniają unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Okolicznością, którą Izba uznała za najistotniejszą w przedmiotowym stanie faktycznym był brak możliwości złożenia oferty w ciągu ostatnich 20 minut terminu na składanie ofert. Powyższe mogło mieć wpływ na wynik postępowania, nie można bowiem wykluczyć, że w ostatnich minutach terminu składania ofert podejmowano próby złożenia oferty. W ten sposób ograniczeniu uległa konkurencja w postępowaniu. Brak jest podstaw, aby z pewnością stwierdzić, że wykonawca, któremu ewentualnie system uniemożliwił złożenie oferty, mógłby złożyć ofertę, która okazałaby się być najkorzystniejszą. Zamawiający zobowiązany jest zapewnić wykonawcom możliwość złożenia oferty w każdym czasie mieszczącym się w terminie składania ofert, zapewnienie możliwości udziału w postępowaniu przetargowym tylko wykonawcom, ilu chce złożyć oferty. Ograniczenie tej możliwości skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji w postępowaniu, tj. naruszeniem jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Potwierdzeniem stanowiska Zamawiającego o braku możliwości złożenia oferty w ciągu ostatnich 20 minut terminu składania ofert są wyjaśnienia złożone na rozprawie w zakresie poszczególnych czynności dokonywanych w celu przesunięcia tego terminu, a także pismo Marketplanet – operatora platformy, na której prowadzone było postępowanie z dnia 30 listopada 2020 r. W piśmie tym operator stwierdził, że „W czasie kiedy postępowanie jest w trybie modyfikacji nie jest możliwe zapisanie lub składanie ofert przez Wykonawców. Wynika to z logiki działania Systemu PZ2.”. Dalej w piśmie tym stwierdzono: „3) Wykonawca jest informowany o braku możliwości zapisania lub złożenia oferty poprzez komunikat o treści: „Postępowanie jest w trakcie modyfikacji przez Zamawiającego. Zapisanie lub złożenie oferty będzie możliwe po zakończeniu procesu modyfikacji.” Komunikat ten jest wyświetlany w sekcji Uwagi na formularzu służącym do składania i modyfikacji ofert. 4) Wykonawca może zapisać lub złożyć ofertę po zakończeniu przez Zamawiającego modyfikacji postępowania.”. Zamawiający wykazał w toku rozprawy, że podjęta przez Zamawiającego próba przesunięcia terminu składania ofert okazała się skuteczna dopiero po upływie tego terminu. W czasie modyfikacji terminu składania ofert brak było możliwości złożenia oferty. Powyższe stanowi o

wadzie postępowania, której nie można usunąć i która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu doszło do otwarcia ofert, które jest czynnością niepowtarzalną. Powyższego nie zmienia korespondencja Odwołującego z Zamawiającym z dni 3-6 listopada 2020 r. Zamawiający nie był zobowiązany dodatkowo uzasadniać dokonanych w dniu 28 października 2020 r. czynności.

Izba przyjęła za swoją argumentację zawartą w wyroku z 14 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2671/18, w którym wskazano, iż abstrahując od stanu faktycznego niniejszej sprawy, należy podnieść, że co do zasady sytuacja, w której wykonawca z powodu wadliwości działania systemu informatycznego nie może złożyć oferty, jest podstawą do tego, aby zamawiający unieważnił postępowanie. Z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wynika, że postępowanie podlega unieważnieniu, jeżeli wystąpiła w nim taka wada, która powoduje, że umowa zawarta w wyniku tego postępowania, podlegałaby unieważnieniu. Przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego przewidziane zostały w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp. Z przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp wynika, że podstawą do unieważnienia umowy jest naruszenie przez zamawiającego przepisu ustawy Pzp w sposób, który miał lub mógł mieć wpływ na wynik postępowania tj. na wybór oferty. W art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp ustawodawca przewidział zatem obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli doszło w nim do takiego naruszenia przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Brak możliwości złożenia oferty z przyczyn wynikających z działania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, może mieć wpływ na wynik tego postępowania, ponieważ zostaje ograniczona uczciwa konkurencja. Ponadto, istnieje możliwość, że wykonawca, któremu system uniemożliwił złożenie oferty, mógłby złożyć ofertę, która mogłaby się okazać najkorzystniejsza. Tym samym w takiej sytuacji co do zasady zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że odpowiedzialność zamawiającego za przygotowanie i prowadzenie postępowania, w tym za zapewnienie wykonawcom dostępu do zamówienia, nie musi być oparta na zasadzie winy. Czynność lub zaniechanie zamawiającego, od których przysługuje odwołanie, nie musi zatem wynikać z winy zamawiającego.

Izba uznała, że brak możliwości złożenia oferty przez firmę R7 Serwis S.A. został w wątpliwy sposób uprawdopodobniony, Zamawiający oparł się bowiem wyłącznie na oświadczeniach R7 Serwis S.A., nie podjął próby weryfikacji tej okoliczności. Izba miała jednak na względzie, że Zamawiający nie miał możliwości zweryfikować tej okoliczności przed upływem terminu składania ofert, a kierowany potrzebą zachowania uczciwej,

szerokiej konkurencji, podjął próbę przesunięcia terminu składania ofert. Próba ta okazała się nieskuteczna i doprowadziła do zaistnienia wady postępowania.

Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy. Podkreślenia wymaga, że do obowiązków zamawiającego należy zapewnienie, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne nie ograniczały wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 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 (Dz.U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: