

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Członkowie: **Irmina Pawlik**
Katarzyna Poprawa

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2019 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2019 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Egis Projects S.A. z siedzibą we Francji, Egis Projects Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Smart Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, Gmina Radzymin, Gmina Miasto Marki, Miasto Ząbki, Gmina Miejska Legionowo, Gmina Miasto Pruszków

orzeka

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Egis Projects S.A. z siedzibą we Francji, Egis Projects Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Smart Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 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 zamówienie Egis Projects S.A. z siedzibą we Francji, Egis Projects Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie, Smart Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Egis Projects S.A. z siedzibą we Francji, Egis Projects Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Smart Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, Gmina Radzymin, Gmina Miasto Marki, Miasto Ząbki, Gmina Miejska Legionowo, Gmina Miasto Pruszków kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) 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

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, Gmina Radzymin, Gmina Miasto Marki, Miasto Ząbki, Gmina Miejska Legionowo, Gmina Miasto Pruszków (Zarząd Dróg Miejskich działając na podstawie pełnomocnictwa nr GP-OR.0052.582.2018 Prezydenta m.st. Warszawy upoważniony jest do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia jako wspólny Zamawiający) – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego pod nazwą: *Dostawca i operator systemu e-parkowanie - nawigacji i odnajdywania wolnych miejsc parkingowych wraz z zaprojektowaniem i budową systemu integracji baz danych i aplikacjami dziedzinowymi.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 kwietnia 2019 roku pod numerem 2019/S 072-170671.

18 lipca 2019 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu tj.:

- 1) zaniechania zaproszenia Odwołujących do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu, w sytuacji, gdy Odwołujący skutecznie złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co zostało udowodnione przez Odwołujących za pomocą potwierdzeń złożenia wniosku w systemie informatycznym obsługującym postępowanie - co stanowiło naruszenie art. 60d ust. 1, 2 oraz 4 ustawy oraz art. 10a ust. 1 i 10b ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy;
- 2) zaniechania unieważnienia postępowania na skutek nieprawidłowego działania narzędzia informatycznego przeznaczonego do obsługi postępowania, w sytuacji, gdy Odwołujący skutecznie złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co zostało udowodnione przez Odwołujących za pomocą potwierdzeń złożenia wniosku w systemie informatycznym obsługującym postępowanie - co stanowiło naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy;
- 3) niezapewnienia przez Zamawiającego, 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, tj. sprawnej platformy zakupowej działającej prawidłowo, za pomocą której, do upływu terminu składania wniosków możliwe było skuteczne złożenie wniosku przez wszystkie zainteresowane podmioty i jednocześnie odszyfrowanie i otworzenie złożonych wniosków, co uniemożliwiło Odwołującym bez ich winy, z przyczyn leżących po stronie ww. platformy zakupowej, skuteczne złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - co stanowiło naruszenie art. 10b w zw. z art. 10a ust. 1 i 5 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy;

- 4) zaproszenia do udziału w postępowaniu i w przyszłości umożliwienie złożenia ofert wykonawcom, którzy do uczestnictwa w dialogu konkurencyjnym nie zostali wybrani zgodnie z przepisami ustawy, z uwagi na fakt, że Odwołujący również skutecznie złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ale na skutek niezgodnych z przepisami ustawy działań i zaniechań Zamawiającego nie zostali zaproszenie do udziału w postępowaniu, tym samym więc krąg podmiotów zaproszonych do dalszego etapu postępowania nie został wybrany w sposób konkurencyjny - co stanowiło naruszenie art. 60d ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust.3 pkt 1 ustawy unieważnienia postępowania, ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zawiadomienia Odwołujących o złożeniu nieprawidłowego wniosku i niezaproszenia do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu oraz unieważnienia czynności zawiadomienia pozostałych wykonawców o zaproszeniu do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu i jednocześnie o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności i wyznaczenia nowego terminu na składanie przez wszystkich wykonawców wniosków o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu.

Odwołujący wniósł również o:

- a) dopuszczenie i przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowania, która zostanie dostarczona przez Zamawiającego,
- b) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów oraz plików elektronicznych zawartych na nośnikach danych wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu,
- c) nakazanie Zamawiającemu przedstawienia i wyjaśnienia na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą kolejnych czynności, które były podejmowane przez Zamawiającego w celu odszyfrowania i otworzenia Wniosku Odwołujących,
- d) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki

na następujące okoliczności:

- ustalenia, czy plik "WNIOSEK.zip" przesłany przez Odwołujących do Zamawiającego za pośrednictwem dedykowanej platformy do obsługi postępowania został zaszyfrowany dwa razy tym samym kluczem i czy skutkiem tego jest wystąpienie błędu podczas próby odszyfrowania tego pliku,
- ustalenia czy możliwe jest odszyfrowanie i otworenie pliku "WNIOSEK.zip" przesłanego przez Odwołujących do Zamawiającego za pośrednictwem platformy dedykowanej do obsługi postępowania, a jeżeli tak, to wskazanie sposobu i nazwy oprogramowania, które pozwala odszyfrować i otworzyć plik "WNIOSEK.zip",
- ustalenia, czy prawidłowe jest twierdzenie Zamawiającego, że: "Ze względu na użycie algorytmów szyfrowania przez narzędzie "Aplikacja wspierająca szyfrowanie/deszyfrowanie Mini Portal UZP" nie jest możliwe odtworzenie zawartości pierwotnej pliku "WNIOSEK.zip". Wynika to z aspektów pryncypialnych algorytmów użytych do szyfrowania, które powodują, że jakkolwiek szyfrowanie wielokrotne jest możliwe to odszyfrowanie wielokrotne już nie." (twierdzenie z pisma Zamawiającego datowanego na 8.07.2019),
- ustalenia, czy Zamawiający odszyfrował i czy otworzył plik "WNIOSEK.zip" przesłany przez Odwołujących do Zamawiającego za pośrednictwem platformy dedykowanej do obsługi postępowania, a jeżeli tak, to kiedy to nastąpiło.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do udostępnienia biegłemu systemów informatycznych i platformy zakupowej w siedzibie Zamawiającego, w celu sprawdzenia funkcjonowania portalu dedykowanego do obsługi postępowania oraz o umożliwienie biegłemu spotkania z pracownikami Zamawiającego, w celu zadania pytań i uzyskania wyjaśnień dotyczących działań personelu Zamawiającego w zakresie obsługi portalu dedykowanego do obsługi postępowania. Powyższe dotyczy w szczególności podjętych działań odnośnie próby odszyfrowania i otworzenia pliku zawierającego wniosek Odwołujących o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto wnoszę o udostępnienie biegłemu całości dokumentacji postępowania w postaci elektronicznej, dla celów sporządzenia opinii.

Odwołujący wnieśli o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołujących kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą VAT, która zostanie przedstawiona na rozprawie.

Odwołujący wskazali, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem posiadają interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, ponieważ złożyli w postępowaniu

ważny i spełniający wymagania Zamawiającego wniosek o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego (dalej: "Wniosek"). Odmowa zaproszenia Odwołujących do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu pozbawia ich szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący mają duże doświadczenie w realizacji projektów z zakresu, którego dotyczy postępowanie i w toku dalszego postępowania, w swojej ofercie, byliby w stanie przedstawić optymalne propozycje i konkurencyjne wynagrodzenie za realizację zlecenia. Uwzględnienie odwołania przywróciłoby Odwołującym szansę uzyskania zamówienia, gdyż Odwołujący mieliby możliwość uczestniczenia w dalszym etapie postępowania i na późniejszym etapie złożenia oferty, która mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Niemożliwość uczestniczenia w kolejnym etapie postępowania, spowodowana naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy, wiąże się więc z ryzykiem poniesienia szkody przez Odwołujących w postaci pozbawienia Odwołujących możliwości zawarcia umowy i uzyskania zysku z realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący przedstawili streszczenie stanu sprawy - postępowanie, którego dotyczy odwołanie, związane jest z zakupem przez Zamawiającego usług w zakresie dostarczenia i pełnienia funkcji operatora systemu e-parkowanie - nawigacji i odnajdywania wolnych miejsc parkingowych wraz z zaprojektowaniem i budową systemu integracji baz danych i aplikacjami dziedzinowymi. Postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Ogłoszenie o postępowaniu zostało wysłane w dniu 9.04.2019 i było dwukrotnie zmieniane, dowód: - ogłoszenie o zamówieniu (Polska-Warszawa: Usługi w zakresie obsługi parkingów) wraz z dwiema zmianami [załącznik nr 5 do odwołania].

Zakres zamówienia i opis założeń systemu zostały opisane w udostępnionym wykonawcom dokumencie *Opis Potrzeb i Wymagań Zamawiającego*,

dowód: Opis Potrzeb i Wymagań Zamawiającego (bez załącznika nr 1 dotyczącego opisu systemu integracyjnego miejskich baz danych SIMBAD) [załącznik nr 6 do odwołania].

Instrukcja dotycząca postępowania, w tym instrukcja dotycząca komunikacji pomiędzy wykonawcami a Zamawiającym oraz sposobu złożenia wniosku o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego została zamieszczona w dokumencie *Instrukcja dotycząca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego na: Dostawcę i operatora systemu e-parkowanie - nawigacji i odnajdywania wolnych miejsc parkingowych wraz z zaprojektowaniem i budową systemu integracji baz danych i aplikacjami dziedzinowymi*,

dowód: Instrukcja dotycząca postępowania [załącznik nr 7 do odwołania].

W toku postępowania Zamawiający trzykrotnie udzielał odpowiedzi na pytania wykonawców do treści ogłoszenia o zamówieniu,

dowód: Odpowiedzi Zamawiającego z dnia 9.05.2019, 28.05.2019 oraz z 4.06.2019 na pytania wykonawców [załącznik nr 8 do odwołania].

Odwołujący złożyli Wniosek w terminie, co nie jest kwestionowane przez Zamawiającego. Wniosek znajduje się na obsługiwanej przez Zamawiającego platformie dedykowanej do obsługi postępowania.

dowód: Wniosek złożony przez Odwołujących (w postaci elektronicznej na nośniku danych i jednocześnie w postaci papierowej) [załącznik nr 9 do odwołania], dokumenty potwierdzające wysłanie i skuteczne złożenie Wniosku w postępowaniu: UPP - Urzędowe Poświadczenie Przedłożenia, potwierdzenie zgłoszenia oferty/wniosku oraz cztery zdjęcia ekranu komputera z etapu wypełniania formularza i wysyłania Wniosku [załącznik nr 10 do odwołania].

W dniu 17 czerwca 2019 roku na stronie internetowej ZDM zamieszczona została informacja, zgodnie z którą Zamawiający dokonał czynności otwarcia wniosków. Zamawiający potwierdził, że w postępowaniu złożono osiem wniosków. Jednym z nich był wniosek złożony przez Pana M. J., który jest pełnomocnikiem Odwołujących (wniosek wskazany w pkt 4 tabeli zamieszczonej w piśmie ZDM z 17 czerwca 2019 roku),

dowód: pismo ZDM z 17.06.2019 zawierające informację o złożonych wnioskach [załącznik nr 11 do odwołania].

W dniu 18 czerwca 2019 roku pełnomocnik Odwołujących (Pan M. J.) przesłał do Zamawiającego pismo wskazujące, że w dniu 17 czerwca 2019 uzyskał informację potwierdzającą otrzymanie przez Zamawiającego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz jednocześnie informację, że Zamawiający miał problemy z otwarciem pliku wysłanego przez Odwołujących za pośrednictwem portalu dedykowanego do obsługi postępowania. Pismo Odwołujących z 18 czerwca 2019 roku zostało wysłane zarówno za pośrednictwem ePUAP, jak również na adres internetowy Zamawiającego. W piśmie tym wyjaśnione zostało, że Wniosek został wysłany i doręczony do Zamawiającego w sposób prawidłowy, na dowód czego złożone zostały dwa potwierdzenia wygenerowane przez platformę obsługującą postępowanie. Z powodu informacji o występujących po stronie Zamawiającego problemach technicznych z otwarciem pliku z wnioskiem Odwołujących, Pan M. J. do pisma z 18 czerwca 2019 roku dołączył pełnomocnictwa od trzech wykonawców, których reprezentuje, w celu uzasadnienia i wykazania w imieniu jakich wykonawców działa, dowód: pismo Odwołujących z dnia 18 czerwca 2019 roku wraz z załączonymi dowodami wysłania i doręczenia Wniosku do Zamawiającego [załącznik nr 12 do odwołania].

Pełnomocnik Odwoływających, w dniu 18 czerwca 2019 roku, zwrócił się z pytaniem do administratora platformy miniPortal (na adres: miniPortal@uzp.gov.pl) w celu wyjaśnienia informacji podanej przez Zamawiającego o rzekomym podwójnie zaszyfrowanym pliku. Jednocześnie pełnomocnik Odwoływających zapytał, czy jest możliwość, że plik zaszyfrował się podwójnie w systemie Zamawiającego,

dowód: email Pana M. J. z dnia 18 czerwca 2019 roku (godz. 13:23) (Problem z otwarciem pliku przez Zamawiającego ZDM Warszawa) [załącznik nr 13 do odwołania].

Administrator systemu miniPortal odpowiedział w dniu 19 czerwca 2019 roku jedynie parafrazując pytanie zadane przez Odwoływających i nie podjął nawet próby zbadania sprawy, dowód: email od Pani M. P. z dnia 19 czerwca 2019 roku (RE: Problem z otwarciem pliku przez Zamawiającego ZDM Warszawa) [załącznik nr 14 do odwołania].

Odwoływający podał, że ponieważ do dnia 19 czerwca 2019 roku jedyną informację jaką posiadali Odwoływający były zastrzeżenia dotyczące rzekomego podwójnego zaszyfrowania Wniosku, to zwrócili się z pytaniem do Zamawiającego, czy kwestii podwójnego zaszyfrowania Wniosku dotyczy Instrukcja użytkownika miniPortalu, która znajduje się pod adresem: https://obywatel.gov.pl/nforms/e-zamowienia/zalaczniki/Instrukcja_dla_Zamawiajacych_i_Wykonawcow.pdf

W powyższej instrukcji dla użytkowników miniPortalu na str. 25 zamieszczona jest następująca informacja:

"UWAGA!!!

W przypadku konieczności złożenia w ofercie kilku dokumentów, np. Oferta, pełnomocnictwo i tajemnica przedsiębiorstwa użytkownik powinien te dokumenty zapisać jako .zip i dopiero zaszyfrować Aplikacja do szyfrowania także jako .zip."

Z treści pisma Zamawiającego z dnia 17 czerwca 2019 roku, które zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego, wynika, że wniosek Wykonawców pojawia się w systemie Zamawiającego jako "WNIOSEK.zip". Z tego powodu Odwoływający w dniu 19 czerwca 2019 roku poprosili ZDM o wyjaśnienie sprawy, w szczególności mając na uwadze brzmienie ww. fragmentu instrukcji użytkownika systemu miniPortal (str. 25 instrukcji). Zamawiający nigdy nie udzielił odpowiedzi na powyższe pytanie Odwoływających,

dowód: email Odwoływających z dnia 19 czerwca 2019 roku (Dotyczy: DPZ/21/DK/1/19 Problem z otwarciem wniosku Wykonawcy za pośrednictwem oprogramowania oraz narzędzi programistycznych wskazanych przez Zamawiającego) wraz z załączoną Instrukcją użytkownika systemu miniPortal [załącznik nr 15 do odwołania].

W dniu 21 czerwca 2019 roku Zamawiający, działając w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, zwrócił się do pełnomocnika Odwoływających z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień odnośnie możliwości otworzenia/odszyfrowania złożonego Wniosku,

dowód: pismo ZDM z dnia 21 czerwca 2019 roku (wniosek o udzielenie wyjaśnień) [załącznik nr 16 do odwołania].

Odwołujący udzielili wyjaśnień w piśmie z dnia 24 czerwca 2019 roku i wskazali, że Wykonawcy postępując zgodnie z procedurami obowiązującymi w postępowaniu, w tym również w oparciu o wszystkie wytyczne i instrukcje dotyczące ePUAP oraz miniPortalu, złożyli w terminie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zostało to potwierdzone dokumentami załączonymi do wcześniejszego pisma z 18 czerwca 2019 roku. Odwołujący oświadczyli, że nie dokonali podwójnego zaszyfrowania wniosku. Odwołujący wskazali, że zaistniały problemy natury technicznej powoduje, że postępowanie obarczone jest "niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego" w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy i w ich ocenie istnieją podstawy do unieważnienia postępowania, dowód: pismo Odwołujących z 24.06.2019 z wyjaśnieniami [załącznik nr 17 do odwołania].

W dniu 9 lipca 2019 roku Odwołującym doręczona została informacja o niezaprośzeniu Odwołujących do udziału w postępowaniu,

dowód: email Pani M. S. - Zastępca Naczelnika ZDM - Wydział Zamówień Publicznych z dnia 9 lipca 2019 roku wraz z załączonym dokumentem adresowanym do Odwołujących [załącznik nr 18 do odwołania].

Odwołujący podał następujące okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie Odwołania oraz uzasadnienie zarzutów:

Odwołujący podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza dotychczas nie orzekała w sprawie, której stan faktyczny byłby podobny do sytuacji opisanej w niniejszym odwołaniu. Istnieje co prawda kilka wyroków Izby, które odnoszą się do kwestii związanych z trudnościami technicznymi odnośnie komunikacji pomiędzy wykonawcami a zamawiającym przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, ale dotyczą one innych sytuacji. W sprawie będącej przedmiotem odwołania Zamawiający twierdzi, że narzędzia techniczne, którymi dysponował jako organizator postępowania, nie dawały możliwości otworzenia i odszyfrowania pliku elektronicznego zawierającego dokumenty składające się na Wniosek Odwołujących. Jednocześnie Odwołujący posiadają dowody na fakt wysłania Wniosku do Zamawiającego - platforma obsługująca postępowanie wytworzyła oficjalne potwierdzenie, że faktycznie Wniosek został złożony. Zamawiający wprost przyznał, że otrzymał Wniosek. Problem, który pojawił się w postępowaniu różni się od sytuacji objętej wyrokiem KIO z dnia 14 czerwca 2019 (sygn. KIO 994/19). W sprawie, której dotyczy powyższy wyrok, Izba ustaliła, że "nie jest możliwe otworzenie plików składających się na ofertę przesłanych przez Odwołującego, znajdujących się w dokumentacji postępowania z uwagi na błędne wskazanie

w pliku numeru ID postępowania. Stan ten powoduje brak możliwości odszyfrowania oferty za pomocą klucza prywatnego". Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego stwierdzono, że Odwołujący prawdopodobnie wpisał ręcznie błędny numer postępowania i zamienił w nim cyfry lub skopiował błędny numer postępowania. Izba okoliczność tę ustaliła bardzo precyzyjnie podając dokładnie, że błąd wykonawcy polegał na niewpisaniu ostatniej cyfry numeru postępowania. Sytuacja ta różni się więc istotnie od niniejszej sprawy, gdyż w ww. wyroku w toku postępowania dowodowego ustalono na podstawie konkretnych dowodów, że błąd przy wypełnianiu formularza popełnił wykonawca i wpisał zły numer postępowania. W tej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca. Odwołujący dopełnili wszystkich formalności, prawidłowo złożyli Wniosek i otrzymali informację od Zamawiającego, że ZDM rzekomo nie mógł otworzyć Wniosku. Powoływanie się przez Zamawiającego w piśmie z datą 8 lipca 2019 roku na okoliczność, że rzekomo problem z odszyfrowania wniosku był konsultowany z Wydziałem Informatyki ZDM nie ma żadnego znaczenia, gdyż jest to jednostka Zamawiającego. Również okoliczność, że podobno Zamawiający konsultował sprawę z Urzędem Zamówień Publicznych jest bez znaczenia, gdyż Urząd Zamówień Publicznych nie pełni roli niezależnego biegłego w sprawie. Co więcej, Urząd Zamówień Publicznych jest, podobnie jak Zamawiający, instytucją publiczną. Również z tego względu nie może pełnić roli arbitra w sprawie, gdyż stanowiłoby to naruszenie podstawowych zasad postępowania.

Odwołujący podniósł, że jedynym dowodem, który będzie pozwalał Izbie rozstrzygnąć, czy faktycznie nie było możliwości otworzenia pliku wysłanego przez Odwołujących jest dowód z opinii biegłego. W systemie obsługującym postępowanie (u Zamawiającego) znajduje się przesłany przez Odwołujących plik "WNIOSEK.zip", którego Zamawiający rzekomo nie mógł otworzyć. Kluczowa kwestia, która ma być przedmiotem orzeczenia Izby wymaga więc wiadomości specjalnych z zakresu informatyki. Dopuszczeni i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego wydaje się w tej sprawie niezwykle istotne, gdyż oceniana okoliczność dotyczy działania platformy zakupowej i systemu informatycznego znajdujących się w siedzibie Zamawiającego. Wykonawca nie ma wiedzy na temat szczegółów technicznych działania tej platformy oraz systemu. Bezcelowe były więc wnioski kierowane przez Zamawiającego do Odwołujących z prośbą o wyjaśnienie jak Zamawiający powinien postępować, aby odszyfrować lub otworzyć przesłany plik. W prowadzonej korespondencji Odwołujący zwracali uwagę Zamawiającego na tę okoliczność, wskazując, że wyjaśnienie sprawy wymagałoby udzielenia Odwołującym dostępu do platformy zakupowej Zamawiającego, co z wiadomych względów nie jest możliwe.

Odwołujący wskazał w oparciu o orzecznictwo Izby, że zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W tej

sprawie należy zwrócić uwagę na istotny aspekt dostrzeżony również w orzecznictwie Izby. W uzasadnieniu wyroku z dnia 4 marca 2019 roku (sygn. KIO 268/19) Izba uznała, że zdaje sobie sprawę z trudności dowodowych po stronie Odwołującego, który nie jest operatorem platformy i nie ma dostępu do historii jej działania. Nie można więc oczekiwać od odwołujących w sprawach dotyczących problemów technicznych z platformami zakupowymi, aby przedstawiali dowody, które dostępne są wyłącznie Zamawiającym, którzy mają dostęp do tych platform. Wobec tego w stanie faktycznym tej sprawy jedynym dowodem, który pozwoliłby ocenić kluczową okoliczność sporną jest właśnie wnioskowany przez Odwołujących dowód z opinii biegłego z zakresu informatyki.

Odwołujący w dniu 18 czerwca 2019 roku zwrócili się z pytaniem do administratora miniPortal w celu wyjaśnienia informacji podanej przez Zamawiającego o rzekomym podwójnie zaszyfrowanym pliku. Administrator portalu udzielił odpowiedzi, która stanowiła jedynie parafrazę zadanego pytania i nic nie zmieniła w sprawie. W ocenie Odwołującego uznać więc należy, że w toku dotychczasowych czynności Odwołujący dochowali należytej staranności i podjęli wszystkie możliwe działania w celu wyjaśnienia zaistniałej sytuacji. Odnosząc się do informacji rzekomo przekazanej Zamawiającemu przez Urząd Zamówień Publicznych, jakoby Odwołujący błędnie podwójnie zaszyfrowali wniosek i jakoby z tego powodu nie było możliwości odszyfrowania i odczytania wniosku, Odwołujący wyjaśnił, że nie dokonali podwójnego zaszyfrowania Wniosku. Odwołujący postępowali zgodnie z procedurami obowiązującymi w postępowaniu, w tym również w oparciu o wszystkie wytyczne i instrukcje dotyczące ePUAP oraz miniPortalu. Świadczy o tym fakt, że system obsługujący postępowanie wygenerował potwierdzenia złożenia wniosku przez Wykonawców w dniu 9 czerwca 2019 roku. Na tej podstawie Odwołujący uważają, że skutecznie złożyli Wniosek. Odwołujący podał, że pomimo tego, że Odwołujący skutecznie złożyli wniosek, to błędy dotyczące platformy dedykowanej do obsługi postępowania ujawniły się również na etapie wysyłania Wniosku. Fakt ten potwierdza dowód w postaci zdjęcia ekranu komputera z etapu składania Wniosku przez Odwołujących (dowód nr 10). Na zdjęciu dotyczącym kroku nr 2 (Formularz do złożenia...), wyraźnie widać komunikat na górze ekranu, zgodnie z którym "Wystąpił problem komunikacji z serwerem, spróbuj ponownie później". Fakt ten stanowi dodatkowy dowód na okoliczność, że w działaniu platformy dedykowanej do obsługi postępowania wystąpiły błędy.

Odwołujący podał, że elektroniczne prowadzenie procedur zakupowych zostało wprowadzone do polskich zamówień publicznych zaledwie 10 miesięcy temu i - jak wynika z publicznie dostępnych źródeł - podczas odszyfrowywania plików w platformach obsługujących postępowania pojawiają się trudności związane z wadami w systemach obsługujących procedury zakupowe. Zamawiający, jako podmiot organizujący i prowadzący

postępowanie, ma obowiązek działać zgodnie z prawem, tak, aby zachować zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zastosowanie negatywnych konsekwencji wobec Odwołujących w postaci odmowy zaproszenia do udziału w postępowaniu skutkowało naruszeniem podstawowych zasad systemu udzielania zamówień publicznych. Odwołujący, którzy działali zgodnie z procedurami obowiązującymi w postępowaniu i na dowód tego posiadają potwierdzenia złożenia wniosku w terminie (dowód nr 10) nie mogą być wykluczeni z dalszego toku postępowania. Odmowa zaproszenia Odwołujących do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu stanowi naruszenie art. art. 60d ust. 1, 2 oraz 4 PZP oraz art. 10a ust. 1 i 10b w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy.

W ocenie wykonawców zaistniały problem natury technicznej powoduje, że postępowanie obarczone jest "niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego" w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, wada, o której mowa w tym przepisie, powinna mieć charakter trwały i istotny. Trwałość wady uzasadnia fakt, że - co Zamawiający przyznał w swoim piśmie z 21 czerwca 2019 roku - Zamawiający nie jest w stanie usunąć tej wady. Istotność wady polega na tym, że wykluczenie Odwołujących z udziału w postępowaniu z powodu technicznego problemu z otwarciem Wniosku powoduje, że prowadzenie dalszego postępowania i ewentualne zawarcie umowy byłoby niezgodne z przepisami ustawy i naruszałoby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy). Odwołujący wskazali, że istnienie błędów w miniPortalu oraz wynikających z tego kłopotów dla użytkowników zostało wprost przyznane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Pana Huberta Nowaka w wywiadzie ze stycznia 2019 roku dla magazynu "Radca Prawny" (dwumiesięcznik Samorządu Radców Prawnych). Odwołujący zwrócili uwagę na następujący fragment wypowiedzi Pana Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: *Samo więc wprowadzenie miniPortalu spowodowało obniżenie cen narzędzi komercyjnych kilkunastokrotnie. Myślę też, że okoliczność istnienia pluralizmu takich narzędzi wpływa bardzo dobrze na podniesienie ich jakości. Praktyka dowodzi, iż początek działania każdego systemu informatycznego wiąże się z błędami i wpadkami. Tak naprawdę wszyscy musimy nauczyć się obsługi elektronicznych zamówień publicznych i zmienić filozofię w tym zakresie. (...) Wszystkie narzędzia mają swoje kłopoty. My o tych kłopotach miniPortalu mówimy otwarcie i pracujemy nad ich minimalizacją i zmianami w tym zakresie. Natomiast siłą rzeczy wiemy też o kłopotach innych portali komercyjnych czy narzędzi.*

Dowód: wydruk wywiadu z Panem Prezesem UZP z magazynu "Radca Prawny" z dnia 16 stycznia 2019 roku "Od elektroniczności nie ma odwrotu" [załącznik nr 19 do odwołania].

Elektronizacja zamówień publicznych stanowi niewątpliwie istotny krok w kierunku usprawnienia działania systemu zakupów przez jednostki stosujące ustawę, ale błędy systemów, które pojawiają się na początku ich funkcjonowania, nie mogą być powodem wykluczania z przetargów wykonawców, którzy dopełnili wszelkich możliwych aktów staranności i skutecznie złożyli wnioski o dopuszczenie do postępowań lub oferty.

Odwołujący podsumowując podnieśli, że wskazane w odwołaniu uchybienia Zamawiającego naruszyły naczelną zasadę zamówień publicznych, wynikająca z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, albowiem postępowanie nie zostało przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co skutkowało naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy, gdyż już na obecnym etapie oczywiste jest, że zamówienie nie będzie udzielone wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wskazywane naruszenia wpisują się w dyspozycję przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, który nakazuje unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

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

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 lipca 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba oddaliła na posiedzeniu z udziałem stron wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy. W ocenie Izby pismo Zamawiającego z dnia 17 czerwca 2019 roku (w aktach sprawy) to jedynie informacja o działaniach Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czemu dał wyraz sam Zamawiający. Zamawiający podał informację o wnioskach jakie zostały złożone do godziny 10:00 w dniu 10 czerwca 2019 roku oraz, że w dniu 10 czerwca 2019 roku nastąpiło ich otwarcie przy użyciu aplikacji do deszyfrowania dostępnej na miniPortalu. Zamawiający podał również informację, że „Plik o nazwie „WNIOSEK.zip”

złożony przez Pana M. J. jest podwójnie zaszyfrowany i nie ma możliwości jego otwarcia". W ocenie Izby pismo z dnia 17 czerwca 2019 roku nie jest dokumentem wyrażającym informację o jakiegokolwiek innej czynności niż tylko o czynności otwarcia wniosków wraz z podaniem informacji o okolicznościach jakie zaistniały. Z treści tego dokumentu nie można w sposób oczywisty wywieść, że Zamawiający dokonał w stosunku do wniosku Odwołujących jakiejś konkretnej czynności, bowiem w ocenie Izby ww. pismo zawierało jedynie informację na temat danego stanu, a nie oceny Zamawiającego. Zamawiający, mimo faktycznie przeprowadzonych analiz i badania przyczyn nieotwarcia wniosku nie wykazał tego stanu rzeczy w ww. piśmie, a dopiero w piśmie z dnia 8 lipca 2019 roku (w aktach sprawy) upublicznił, że w wyniku przeprowadzonych działań – zarówno tych przed 17 czerwca 2019 roku jak i po 17 czerwca 2019 roku wniosek złożony przez Odwołujących, którego nie można odszyfrować z powodu podwójnego szyfrowania, stanowi podstawę do niezaproszenia wykonawcy do dialogu konkurencyjnego. Tym samym dopiero w dniu 9 lipca 2019 roku Odwołujący pozyskali informację na temat czynności Zamawiającego odnoszącej się do oceny wniosku Odwołujących. Do czasu upublicznienia czynności Zamawiającego z dnia 8 lipca 2019 roku nie istniał dla wykonawcy żaden skutek, w skonkretyzowanej decyzji Zamawiającego. Niewątpliwie, gdyby Zamawiający zawarł wszystkie informacje – z pominięciem tych pozyskanych po 17 czerwca 2019 roku – w piśmie z dnia 17 czerwca 2019 roku i stwierdził, że w efekcie poczynionych ustaleń nie zaprosi wykonawcy do dialogu konkurencyjnego, to wykonawcy otwierałby się termin na wniesienie odwołania o czynności Zamawiającego. Jednakże przy takiej konstrukcji informacji zawartych w piśmie Zamawiającego z dnia 17 czerwca 2019 roku nie można przyjąć, że informacje te stanowiły wyraz czynności Zamawiającego o niezaproszeniu wykonawcy do dalszego etapu postępowania. Odrzucenie odwołania to bardzo dotkliwa w skutkach decyzja procesowa Izby, tym samym podstawy odrzucenia muszą być bardzo jednoznaczne i oczywiste. W rozpoznawanym stanie faktycznym Izba uznała, że brak było w piśmie z dnia 17 czerwca 2019 roku wskazania czynności Zamawiającego, która stanowiłaby skutek dla Odwołującego podanych w tym piśmie informacji, dlatego też niemożliwym było skuteczne wniesienie odwołania na tamtym etapie postępowania.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izba stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych

działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 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) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu jak również stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 29 lipca 2019 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”.

Izba dopuściła dowód nr 1 zawnioskowany i złożony na rozprawie przez Zamawiającego – wydruk z ePUAP – Skrzynka Zamawiającego (1 karta).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołujących i załączone do Odwołania.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania:

(1)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 60d ust. 1, 2 oraz 4 ustawy oraz art. 10a ust. 1 i 10b ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy przez zaniechania zaproszenia Odwołujących do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu, w sytuacji, gdy Odwołujący skutecznie złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co zostało udowodnione przez Odwołujących za pomocą potwierdzeń złożenia wniosku w systemie informatycznym obsługującym postępowanie – Izba zarzutu nie uwzględniła.

Zamawiający pismem z dnia 8 lipca 2019 roku, przesłanym w dniu 9 lipca 2019 roku powiadomił Odwołujących, że nie zostaną oni zaproszeni do dialogu konkurencyjnego oraz podał szczegółowe uzasadnienie swojej decyzji. Zamawiający wskazał, że *z uwagi na podwójne zaszyfrowanie wniosku i obiektywny brak możliwości jego odszyfrowania, otwarcia*

oraz zapoznania się z jego treścią, wniosek został złożony nieskutecznie oraz nie może wywołać skutków prawnych, jakie ustawa Pzp wiąże z wniesieniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Następnie Zamawiający szczegółowo w tym samym piśmie uzasadnił swoje stanowisko.

Zaznaczenia wymaga w tym miejscu również, że Odwołujący złożyli wniosek za pośrednictwem platformy miniPortal, na której prowadzone jest przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika ze zgromadzonych w sprawie akt postępowania, jak również z załączonych do odwołania dokumentów (Urzędowe Poświadczenie Przedłożenia). Izba wskazuje również, że wymienione wcześniej poświadczenie potwierdza jedynie, że został złożony formularz ePUAP. Wniosek, który został złożony przez Odwołujących – sama czynność złożenia wniosku za pośrednictwem miniPortalu nie była sporna między stronami postępowania – nie został przez Zamawiającego odszyfrowany, otwarty.

Izba podkreśla w tym miejscu, że potwierdzenia (Urzędowe Poświadczenie Przedłożenia) złożenia wniosku w systemie informatycznym obsługującym postępowanie, do których odnosili się Odwołujący i które również znajdują się w aktach sprawy poza tym, że potwierdzają złożenie wniosku to jednocześnie potwierdzają prawidłowość działania systemu informatycznego – platformy, za pomocą której prowadzone jest przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący w trakcie rozprawy sam również potwierdził, że *nie było żadnych problemów z platformą zakupową, gdy wysyłał wniosek do Zamawiającego*. Tym samym powoływane w odwołaniu przez Odwołujących okoliczności odnoszącej się do problemów komunikacji z serwerem, które miały miejsce w innym czasie, pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy, bowiem w trakcie składania wniosku – jak oświadczył sam Odwołujący – platforma działała poprawnie. Dowód złożony przez Zamawiającego w trakcie rozprawy potwierdzający godzinę (01:26 dnia 09.06.2019) złożenia wniosku przez Odwołujących nie dowodzi w ocenie Izby braku staranności w działaniu składającego wniosek, bowiem nie istnieją żadne reguły nakazujące składania wniosków o jedynie określonych godzinach. Natomiast dowodzi tego, że wniosek został złożony do Zamawiającego. Jednocześnie uwzględniając dowód (nr 10) załączony do odwołania, zrzuty ekranu komputera, wskazując na problemy z komunikacją z serwerem we wcześniejszym czasie oraz stanowisko Odwołującego, który w trakcie rozprawy zaznaczył, że właśnie te wcześniejsze problemy z komunikacją były przyczyną składania wniosku późno w nocy, kiedy to platforma działała prawidłowo oraz fakt, że Zamawiający nie zaprzeczył nieprawidłowości działania platformy we wcześniejszych godzinach pozwalają jednoznacznie stwierdzić, że złożenie wniosku w późnych godzinach stanowiło okoliczność wynikającą z sytuacji faktycznej jaka miała

miejsce w danym dniu. Wykazanie złożenia wniosku w późnych godzinach nocnych, w ocenie Izby nie dowodzi niczego innego niż tylko tego, że wniosek został złożony do Zamawiającego na platformie miniPortal oraz tego, że w czasie składania wniosku w tych godzinach platforma działała poprawnie.

Nieprawidłowości w działaniu platformy we wcześniejszym czasie nie mogą w ocenie Izby wpływać na ocenę czynności złożenia wniosku w godzinach nocnych, bowiem dopuszczając takie rozumowanie należałoby uznać, że każde wcześniejsze problemy w działaniu platformy mogły mieć wpływ na złożenie wniosku, a takie podejście jest zwyczajnie nielogiczne i niewłaściwe. Wcześniejsze problemy w działaniu platformy mogłyby być oceniane w sytuacji, gdyby właśnie one stanowiły o niemożliwości złożenia wniosku w postępowaniu, w tym przypadku wniosek został złożony, a platforma w trakcie jego składania działała prawidłowo, co oświadczył również sam Odwołujący.

Problem jaki zaistniał w przedmiotowym postępowaniu dotyczy niemożliwości otwarcia/odszyfrowania wniosku przez Zamawiającego, który to wniosek został złożony do Zamawiającego na ePUAP w miniPortalu.

Zamawiający w sposób bardzo szczegółowy uzasadnił swoje stanowisko w piśmie z dnia 8 lipca 2019 roku, gdzie między innymi wskazał, że „nie kwestionuje wysłania wniosku przez wykonawcę, natomiast brak możliwości otwarcia wniosku z powodu jego podwójnego zaszyfrowania został potwierdzony przez UZP, jak również przez Informatyków ZDM, a tym samym ma charakter potwierdzony przez podmioty / osoby merytoryczne”. W ocenie Izby podjęte przez Zamawiającego czynności mające na celu wyjaśnienie sytuacji niemożliwości otwarcia/odszyfrowania wniosku Odwołujących dowodzą dochowania należytej staranności w postępowaniu Zamawiającego oraz podjęcia wszechstronnych działań mających na celu sprawdzenie wszystkich okoliczności jakie zaistniały. Zamawiający - po pierwsze - skierował wniosek o złożenie wyjaśnień do Odwołujących (pismo z dnia 11 czerwca 2019 roku – w aktach sprawy), w którym w sposób jednoznaczny podał, że „przy próbie otwarcia, odszyfrowania za pomocą programu do szyfrowania udostępnionego na miniPortalu, przekazanego na ePUAP pliku o nazwie „WNIOSEK.zip” pojawia się komunikat: Błąd folderów skompensowany (zip)/ System Windows nie może otworzyć folderu/ Folder skompensowany (zip) jest nieprawidłowy”. Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że ww. pismo zostało przekazane pełnomocnikowi Odwołujących za pomocą platformy, na której prowadzone jest postępowanie. W ocenie Izby nie bez znaczenia dla rozpoznania tej sprawy pozostaje fakt, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień w tym zakresie, nie odpowiedział na wniosek Zamawiającego.

Zamawiający – po drugie – skierował zapytania w związku z niemożliwością

otwarcia/odszyfrowania wniosku zarówno do Wydziału Informatyki ZDM oraz Urzędu Zamówień Publicznych (administratora miniPortalu). W ocenie Izby za nieuzasadnione należy uznać dezawuowanie przez Odwołujących informacji pozyskanych z tych instytucji jedynie dlatego, że jednostki do których zostały skierowane zapytania są częścią podmiotu publicznego. W ocenie Izby Zamawiający w sposób należyty i staranny prowadził wszechstronnie działania mające na celu ustalenie niemożliwości otwarcia/odszyfrowania wniosku złożonego przez Odwołujących nie poprzestając jedynie na oparciu swojej decyzji na komunikacie jaki wygenerował system odnoszącym się do niemożliwości otwarcia wniosku. Zamawiający skierował w dniu 11 czerwca 2019 roku pisma do ww. jednostek i instytucji (pisma z dnia 11 czerwca 2019 roku do Wydziału Informatyki ZDM oraz Urzędu Zamówień Publicznych (administratora miniPortalu) – w aktach sprawy) oraz uzyskał informacje (odpowiednio pismo z dnia 12 czerwca 2019 roku oraz e-mail z dnia 13 czerwca 2019 roku), że otwarcie pliku jest niemożliwe z uwagi na jego podwójne zaszyfrowanie – zaszyfrowanie pliku dwa razy tym samym kluczem, co powoduje, że Zamawiający nie ma możliwości jej odszyfrowania. Zamawiający ponownie (pismo z dnia 25 czerwca 2019 roku oraz email z dnia 26 czerwca 2019 roku – w aktach sprawy) skierował pisma do ww. jednostek i instytucji po tym jak swoje stanowisko przedstawili Odwołujący (pisma Odwołujących z dnia 18 czerwca 2019 roku, pismo z dnia 24 czerwca 2019 roku – w aktach sprawy). Ze stanowisk Wydziału Informatyki ZDM oraz Urzędu Zamówień Publicznych (pismo z dnia 25 czerwca 2019 roku i email z dnia 3 lipca 2019 roku – w aktach sprawy) przedstawionych Zamawiającemu, z uwzględnieniem wskazanych wyżej stanowisk Odwołujących, nadal wynikało, że plik został podwójnie zaszyfrowany i nie ma możliwości odszyfrowania i odczytania zawartości tego pliku.

Izba zaznacza w tym miejscu, że również Odwołujący zwrócili się do administratora miniPortalu z prośbą o informację co może być powodem podwójnie zaszyfrowanego pliku i czy takie szyfrowanie mogło nastąpić w systemie (email z dnia 18 czerwca 2019 roku – w aktach sprawy przy odwołaniu). W odpowiedzi (email z dnia 19 czerwca 2019 roku – w aktach sprawy przy odwołaniu) uzyskał informację, że zgodnie z Instrukcją szyfrować należy wysyłany do Zamawiającego folder, jeśli wewnątrz znajduje się plik, który został również zaszyfrowany, to Zamawiający nie będzie mógł odszyfrować odczytać jego zawartości. Podano również w odpowiedzi, że formularze ePUAP i aplikacja do szyfrowania nie weryfikują zawartości przekazywanych folderów. W ocenie Izby nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego zawartym w uzasadnieniu odwołania, że udzielona przez administratora miniPortalu odpowiedź stanowi „parafrazę zadanego pytania”. Informacja od administratora miniPortalu wskazuje bowiem, że „formularze ePUAP i aplikacja do szyfrowania nie weryfikują zawartości przekazywanych folderów”, do czego nie odniósł się w żaden sposób Odwołujący, który powołał się na przekazane informacje. Brak

weryfikacji zawartości przekazywanych folderów świadczy o braku ingerencji w przekazywane foldery, a co za tym idzie również świadczy o tym, że szyfrowanie nie mogło nastąpić w systemie bez udziału wykonawcy składającego wniosek.

Izba zaznacza w tym miejscu, że zgodnie z „Instrukcją użytkownika systemu”, do której referował w uzasadnieniu Odwołania Odwołujący, przy prawidłowym zaszyfrowaniu pliku użytkownik otrzymuje komunikat „plik zaszyfrowany poprawnie”. Odwołujący ani w treści uzasadnienia odwołania ani w trakcie rozprawy ani raz nie wskazał, że taki komunikat otrzymał. Co więcej, w ocenie Izby skoro Odwołujący dysponował zrzutami z ekranów z czasu przed wysłaniem wniosku (załącznik nr 10 do odwołania), to tym bardziej wykazując, że w sposób prawidłowy zaszyfrował wniosek mógł i powinien był przedstawić taką informację w odwołaniu, w trakcie rozprawy czy też na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 czerwca 2019 roku bądź późniejsze – ale tego nie uczynił. Mając na uwadze również odwołanie się Odwołujących do wywiadu z Prezesem UZP w uzasadnieniu odwołania, co potwierdza szerokie zainteresowane Odwołującego przedmiotową problematyką, niewątpliwie również nie należy pomijać i informacji przedstawionej przez Zamawiającego przy piśmie z dnia 29 lipca 2019 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie” tj. stanowiska Prezesa UZP z dnia 17 stycznia 2019 roku jakie przedstawił w odpowiedzi Marszałkowi Senatu, a odnoszące się do podwójnego szyfrowania przez wykonawców ofert, których następnie nie można otworzyć. W piśmie tym Prezes UZP jednoznacznie podał, że „wskazana sytuacja nie wynika z nieprawidłowości działania systemu, lecz z wykonywania poszczególnych kroków niezgodnie z instrukcją użytkownika”. Zestawiając te informacje Prezesa UZP problem podwójnego szyfrowania ofert, wniosków czy innych dokumentów nie jest wynikiem nieprawidłowości w działaniu systemu, lecz wynikiem nieprawidłowo, niezgodnie z instrukcją podejmowanych działań wykonawcy. To po stronie Odwołujących leży ciężar dowodu w tym postępowaniu, bowiem - uwzględniając fakt prawidłowości działania platformy, który w trakcie rozprawy potwierdził sam Odwołujący - to Odwołujący powinni byli wykazać, że podejmowane przez nich czynności w trakcie składania wniosku były wykonane zgodnie z „Instrukcją użytkownika systemu”. Odwołujący poza wskazaniem w odwołaniu, że „odwołujący wyjaśniają, że nie dokonali podwójnego zaszyfrowania wniosku” nie przedstawili jakiegokolwiek argumentacji wskazującej, że do tego podwójnego szyfrowania nie doszło. Jednocześnie przeprowadzone przez Zamawiającego czynności mające na celu wyjaśnienie niemożliwości otwarcia/odszyfrowania złożonego przez Odwołujących wniosku potwierdzają w ocenie Izby, że wniosek został zaszyfrowany podwójnie i to stanowiło przyczynę niemożliwości jego odszyfrowania. Zaznaczyć należy, że dwa zupełnie niezależne od siebie podmioty stwierdziły ten sam błąd w działaniu Odwołujących wskazując na podwójne szyfrowanie. Z wyjaśnień z dnia 18 czerwca 2019 roku jakie pozyskali Odwołujący od operatora miniPortalu wynikało, że „formularze ePUAP i

aplikacja do szyfrowania nie weryfikują zawartości przekazywanych folderów”, co oznacza, że wykonawca może przekazać nawet podwójnie zaszyfrowane pliki, a system wniosek przyjmie. Potwierdza to również stanowisko Prezesa UZP wyrażone w ww. piśmie z dnia 17 stycznia 2019 roku (w aktach sprawy przy piśmie Zamawiającego z dnia 29 lipca 2019 roku). Odwołujący mając te informacje od administratora miniPortalu nie odnieśli się do nich w trakcie rozprawy. Podnoszone natomiast w odwołaniu wcześniejsze problemy z komunikacją z serwerem nie uzasadniają w żaden sposób w ocenie Izby, że skutek podwójnego zaszyfrowania wniosku wynikał właśnie z tych problemów. Pamiętać bowiem należy, że wniosek został złożony Zamawiającemu dużo później w czasie gdy platforma funkcjonowała prawidłowo, co potwierdził sam Odwołujący.

Odwołującym znane było szczegółowe stanowisko Zamawiającego jakie zawarł on w piśmie z dnia 8 lipca 2019 roku i co do tej argumentacji Odwołujący również nie odnieśli się poprzestając na stwierdzeniu, że uzyskane przez nich potwierdzenie wygenerowania złożenia wniosku w dniu 9 czerwca 2019 roku uważają za skuteczne złożenie wniosku. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że przyczyną niemożliwości odszyfrowania wniosku było działanie platformy, w zasadzie Odwołujący nie podjęli żadnej próby wykazania tego (natomiast oświadczyli Odwołujący, że w trakcie składania wniosków platforma działała poprawnie), jednocześnie nie wykazali, że działania jakie podejmowali były zgodne z „Instrukcją użytkownika systemu”. Odwołujący nie podjęli nawet próby wskazania w odwołaniu jak wyglądał czynności jakie składały się na proces złożenia w postępowaniu wniosku, jak również nie przedstawił ich na rozprawie. Nie odnieśli się również do argumentacji Zamawiającego z pisma z dnia 8 lipca 2019 roku, a w szczególności do komunikatów jakie generowała platforma przy próbach odszyfrowania złożonego przez Odwołujących wniosku. Odwołujący nie wyjaśnili z jakimi czynnościami podejmowanymi przez Zamawiającego w celu odszyfrowania wniosku wskazanymi w uzasadnieniu ww. pisma nie zgadza się oraz nie uprawdopodobnił, nie podjął próby wykazania, że te czynności są nieprawidłowe, niewłaściwe bowiem działania jakie podejmował przeczą temu – nie wykazali Odwołujący jakie podejmowali działania przy składaniu wniosku. Izba zaznacza w tym miejscu, że fakt, że Zamawiający poparł swoje stanowisko informacjami od niezależnych od siebie wzajemnie podmiotów tj. do Wydziału Informatyki ZDM oraz Urzędu Zamówień Publicznych (administratora miniPortalu) – czyli instytucji publicznych – nie stanowi podstawy do podważania wiarygodności tych informacji.

Wnioskowany dowód z opinii biegłego – który Izba oddaliła – w zasadzie prowadziłby do przeniesienia ciężaru dowodzenia na inny podmiot niż Odwołujących, przy jednoczesnym braku aktywności Odwołujących w wykazaniu, że działania podejmowane z ich strony przy złożeniu wniosku były prawidłowe. Stan faktyczny w sprawie pozwolił Izbie na jednoznaczną ocenę i stwierdzenie, że wniosek Odwołujących został zaszyfrowany podwójnie,

co przedstawionymi dokumentami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawartą w aktach sprawy wykazał Zamawiający. Stwierdzenie Odwołujących, że nie zaszyfrował podwójnie wniosku, przy braku jakiegokolwiek argumentacji z ich strony, braku próby uprawdopodobnienia tego faktu np.: zrzutami z ekranu oraz braku argumentacji w odniesieniu do bardzo szczegółowo przedstawionych przez Zamawiającego powodów braku możliwości odszyfrowania wniosku powoduje, że nie istnieje sprzeczność w materiale dowodowym, która wymagała by przedstawienia dodatkowych wiadomości specjalnych. Dodatkowo, Odwołujący w zasadzie niespójni są w swoim stanowisku, bowiem oświadczając, że platforma działała prawidłowo podczas złożenia wniosku do Zamawiającego jednocześnie w żaden sposób nie wyjaśnili, nie wykazali, że wniosek został złożony zgodnie z procedurą jaka jest zawarta w „Instrukcji użytkownika systemu” miniPortal, do której to instrukcji Odwołujący sami referowali w odwołaniu.

Zgodnie z art. 190 ust. 4 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza może powołać w sprawie biegłego sądowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych, jednocześnie zgodnie z art. 190 ust. 6 ustawy Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. W orzecznictwie wskazuje się (porównaj wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 19 stycznia 2016 roku sygn. akt II Ca 1601/15), że przepis art. 190 ust. 4 ustawy w połączeniu z przepisem ust. 1 tegoż artykułu należy interpretować w ten sposób, że powołanie biegłego jest niezbędne tylko wtedy, gdy strony za pomocą wiarygodnych dowodów wykażą, iż prezentowe przez nich stanowiska w sprawie są zasadne, a Izba stwierdzi iż powoduje to sprzeczność w sensie dowodowym, uniemożliwiającym przyznanie racji tylko jednej ze stron. W rozpoznawanej sprawie sytuacja taka nie miała miejsca, bowiem jedynie Zamawiający wykazał zebrany w sprawie materiałem dowodowym zasadność podejmowanych czynności, w tym stanowisku administratora miniPortalu. Odwołujący nie przedstawili żadnych dowodów, które chociażby uprawdopodobniły podnoszone twierdzenie, że nie zaszyfrowali wniosku podwójnie.

W ocenie Izby działania podjęte przez Zamawiającego były prawidłowe, nie naruszały zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców, a czynność Zamawiającego z dnia 8 lipca 2019 roku zakomunikowana Odwołującym w dniu 9 lipca 2019 roku była prawidłowa. Wymaga również w tym miejscu zaznaczenia, że Zamawiający w postępowaniu przewidział zaproszenie do dialogu konkurencyjnego wykonawców w licznie 8, co jak uzasadniał rozszerzało krąg wykonawców mogących brać udział w postępowaniu, przez co postępowanie to stało się bardzo konkurencyjne dla zainteresowanych podmiotów.

(2)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania na skutek nieprawidłowego działania narzędzia informatycznego przeznaczonego do obsługi postępowania, w sytuacji, gdy Odwołujący skutecznie złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co zostało udowodnione przez Odwołujących za pomocą potwierdzeń złożenia wniosku w systemie informatycznym obsługującym postępowanie – Izba zarzutu nie uwzględniła.

Izba, mając na uwadze całą argumentację przedstawioną przy rozpoznaniu pierwszego (1) z zarzutów odwołania, którą uznaje również za zasadną przy rozpoznaniu tego zarzutu, uznała zarzut zaniechania unieważnienia postępowania za niezasadny i zarzutu tego nie uwzględniła. Należy mieć na uwadze w szczególności, że w trakcie rozprawy Odwołujący złożyli oświadczenie, że nie było żadnych problemów z platformą w czasie, gdy wysyłali wniosek. Podkreślenia wymaga również, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazali nieprawidłowości działania narzędzia informatycznego przeznaczonego do obsługi przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie co zostało już wyartykułowane w rozpoznaniu pierwszego z zarzutów samo złożenie wniosku za pomocą formularza ePUAP i uzyskanie Urzędowego Poświadczenia Przedłożenia nie potwierdza wskazywanej „skuteczności” złożenia wniosku. Izba uznała prawidłowość czynności Zamawiającego wyartykułowanej w piśmie z dnia 8 lipca 2019 roku, gdzie Zamawiający zawiadomił Odwołujących o obiektywnym barku możliwości odszyfrowania, otwarcia oraz zapoznania się z wnioskiem z uwagi na podwójne zaszyfrowanie wniosku, a w konsekwencji powiadomienia, że wykonawca nie zostanie zaproszony do dialogu konkurencyjnego (rozpoznanie pierwszego z zarzutów). Odwołujący w żaden sposób nie wykazali na czym miałyby polegać niepoprawność działania systemu jednocześnie dowodząc, że wniosek złożyli i że w tym czasie platforma działała prawidłowo. Fakt podwójnego zaszyfrowania wniosku przez Odwołujących, który w ocenie Izby został wykazany i udowodniony przez Zamawiającego, nie jest wynikiem nieprawidłowego działania narzędzi informatycznego – miniPortalu na którym prowadzone było przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, lecz wynikiem czynności podjętych przez Odwołujących w trakcie składania wniosku, co też wykazał Zamawiający, a Odwołujący nie przeprowadzili i nie przedstawili w tym zakresie choćby argumentacji, która uprawdopodobniłaby ich stanowisko, że wynikało to nieprawidłowego działania narzędzia informatycznego. Odwołujący swoje stanowisko oparł na tym, że wniosek został złożony, lecz w zupełności pominął informacje jakie uzyskał w odpowiedzi na własne pytanie z Urzędu Zamówień Publicznych (e-mail z dnia 19 czerwca 2019 roku – w aktach sprawy przy odwołaniu), że formularze ePUAP i aplikacja do szyfrowania nie weryfikują zawartości przekazanych folderów. Odwołujący również nie odnieśli się do informacji z weryfikacji

przeprowadzonej przez informatyków ZDM czy też UZP, a pozyskanych przez Zamawiającego, natomiast opierając się o to, że są to jednostki publiczne, które nie mogą pełnić „roli arbitra w sprawie, gdyż stanowiłoby to naruszenie zasad postępowania” wskazują, że informacje te pozostają bez znaczenia dla rozpoznania sprawy. Nie sposób uznać stanowiska Odwoływających za zasadne, bowiem Urząd Zamówień Publicznych jest administratorem miniPortalu, tym samym podmiotem, który w sposób najpełniejszy jest w stanie wyjaśnić zaistniały problem. Natomiast fakt, że Wydział Informatyki ZDM, będący niewątpliwie jednostką Zamawiającego, nie powoduje z tego powodu, że informacje jakie zostały przedstawione w postępowaniu mają mniejszą wagę. Odwołujący uznając, w ocenie Izby niezasadnie, że pozyskane przez Zamawiającego informacje, które zostały przez Zamawiającego udokumentowane i przedstawione w pismach i na rozprawie pozostają bez znaczenia dla rozpoznania sprawy nie podjęli próby wykazania, że złożony przez niego wniosek został sporządzony zgodnie z „Instrukcją użytkownika systemu”, którą powołał w odwołaniu.

Odwołujący nie kwestionowali również wynikających z obowiązujących przepisów prawa obowiązków Zamawiającego co do przekazania wykonawcom informacji na temat specyfikacji połączenia, formatu przesyłanych danych oraz kodowania i oznaczania czasu przekazywania danych. Nie kwestionowała również postanowień informacji zawartych w dokumentacji postępowania, natomiast odwołując się do „Instrukcją użytkownika systemu” oraz posiadanego doświadczenia potwierdził, że znane były mu wszystkie wymagania odnoszące się do złożenia wniosku i to nie tylko co do jego skutecznego przesłania ale również sposobu szyfrowania opisanego w ww. Instrukcji.

Odwołujący nie złożyli w postępowaniu wniosku, który mógł zostać odszyfrowany przez Zamawiającego przy użyciu narzędzia informatycznego, na którym prowadzone jest postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, a brak możliwości odszyfrowania wniosku nie jest wynikiem nieprawidłowego działania tego narzędzia informatycznego miniPortalu, lecz – co wykazał Zamawiający – błędnym podwójnym zaszyfrowaniem wniosku przez Odwoływających. Tym samym nie zaistniała podstawa do unieważnienia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego z powodu obarczenia postępowania wadą niemożliwą do usunięcia uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w konsekwencji nie doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

(3)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 10b w zw. z art. 10a ust. 1 i 5 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez niezapewnienie przez Zamawiającego, 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, tj. sprawnej platformy zakupowej działającej prawidłowo, za pomocą której, do upływu terminu składania wniosków możliwe było skuteczne złożenie wniosku przez wszystkie zainteresowane podmioty i jednocześnie odszyfrowanie i otwarcie złożonych wniosków, co uniemożliwiło Odwołującym bez ich winy, z przyczyn leżących po stronie ww. platformy zakupowej, skuteczne złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – Izba zarzutu nie uwzględniła.

W odniesieniu do przedmiotowego zarzutu Izba, mając na uwadze argumentację poczynioną w zakresie wyżej rozpoznanych zarzutów (1 i 2), które są ściśle powiązane z tym zarzutem uznała, że Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający nie zapewnił, 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.

Odwołujący, co należy ponownie podkreślić w tym miejscu, oświadczył w trakcie rozprawy, że miniPortal, czyli narzędzie informatyczne przy pomocy którego składał wniosek do Zamawiającego działał prawidłowo w czasie składania wniosku 9 czerwca 2019 roku w godzinach nocnych (01:26). Tym samym zarzut postawiony w odwołaniu jest sprzeczny ze stanowiskiem prezentowanym na rozprawie, do tego złożenie do Zamawiającego wniosku przez Odwołujących zostało potwierdzone Urzędowym Poświadczeniem Przedłożenia. Izba uznała, mając na uwadze brak jakiegokolwiek argumentacji Odwołującego odnoszącej się do nieprawidłowego działania narzędzia informatycznego przy składaniu wniosku oraz złożonego na rozprawie oświadczenia o prawidłowości działania narzędzia informatycznego postawiony zarzut za niezasadny. Tym samym narzędzia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne nie ograniczały wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia oraz złożenia wniosków.

W odniesieniu do tej części zarzutu, która wskazuje na zapewnienie przez Zamawiającego narzędzia informatycznego pozwalającego na odszyfrowanie i otwarcie wniosków Izba, uwzględniając argumentację powyżej zamieszczoną (zarzut nr 1 i 2) wskazuje, że Zamawiający wykazał, że wniosek Odwołujących złożony w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego został podwójnie zaszyfrowany, a tym samym niemożliwe było jego odszyfrowanie, otwarcie i zapoznanie się z tym wnioskiem. Ponownie należy podkreślić, że wcześniejsze problemy z komunikacją z serwerem jakie wskazywali w odwołaniu Odwołujący, nie uzasadniają twierdzeń Odwołujących co do przesyłanego wniosku w terminie późniejszym, gdy jak sami to stwierdził Odwołujący platforma działała prawidłowo. Potwierdza to również fakt złożenia wniosku Zamawiającemu

potwierdzony Urzędowym Poświadczeniem Przedłożenia. Odwołujący stawiający przedmiotowy zarzut nie wykazali, że nie zaszyfrowali wniosku podwójnie, co jak dowiódł Zamawiający stanowiło przyczynę niemożliwości odszyfrowania wniosku. Odwołujący w zasadzie pominęli szeroką argumentację Zamawiającego w piśmie z dnia 8 lipca 2019 roku, przy czym jednocześnie nie wykazali, że ich działania w złożeniu wniosku były właściwe. Izba nadmienia w tym miejscu, że z 8 wniosków złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia 7 zostało skutecznie odszyfrowanych, co pozwala na stwierdzenie, że narzędzie informatyczne jakiego używa Zamawiający do prowadzenia postępowania tj. miniPortal działało poprawnie. Podkreślenia wymaga również, że wskazywana przez Odwołujących w odwołaniu „Instrukcja użytkownika systemu” w sposób szczegółowy określa zasady i wskazuje jakie czynności musi wykonać wykonawca aby prawidłowo zaszyfrować wniosek, co pozwoli na jego odszyfrowanie przez Zamawiającego. To na odwołującym ciąży obowiązek wykazania prawidłowo podjętych czynności w składaniu wniosku, jednakże Odwołujący dezawuuując czynność Zamawiającego oraz podjęte przez niego czynności w celu ustalenia przyczyn niemożliwości deszyfrowania wniosku, nie przedstawiają w tym zakresie żadnej argumentacji – nie podjął nawet próby wykazania jakie czynności składały się na złożenie wniosku. Problem podwójnego szyfrowania dokumentów został dostrzeżony również przez Prezesa UZP (pismo z dnia 17 stycznia 2019 roku przy piśmie Zamawiającego z dnia 29 lipca 2019 roku), gdzie jednoznacznie zostało podane, że podwójne szyfrowanie ofert nie wynika z nieprawidłowego działania systemu lecz z wykonywania przez wykonawców poszczególnych kroków niezgodnie z instrukcją. Tym samym, chcąc uprawdopodobnić, że problem z odszyfrowaniem wniosku wynikał z niepoprawnego działania narzędzia informatycznego Odwołujący winien był wykazać prawidłowość podejmowanych czynności zgodnie z „Instrukcją użytkownika systemu”. Nie można uznać za nadmiarowe takiego obowiązku dowodowego w obliczu przedstawienia przez Odwołującego zrzutów z ekranu (załącznik nr 10 do odwołania), z czasu, gdy występowały problemy z komunikacją z serwerem wcześniej przed wysłaniem wniosku.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, nawet nie uprawdopodobnił, że Zamawiający nie zapewnił sprawnego narzędzia informatycznego do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, jednocześnie w prezentowanym na rozprawie stanowisku oświadczył, że w czasie składania wniosku platforma działała poprawnie. Tym samym w ocenie Izby nie doszło do naruszenia zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców.

(4)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 60d ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 oraz 3

ustawy przez zaproszenie do udziału w postępowaniu i w przyszłości umożliwienie złożenia ofert wykonawcom, którzy do uczestnictwa w dialogu konkurencyjnym nie zostali wybrani zgodnie z przepisami ustawy, z uwagi na fakt, że Odwołujący również skutecznie złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ale na skutek niezgodnych z przepisami ustawy działań i zaniechań Zamawiającego nie zostali zaproszeni do udziału w postępowaniu, tym samym więc krąg podmiotów zaproszonych do dalszego etapu postępowania nie został wybrany w sposób konkurencyjny – Izba zarzutu nie uwzględniła.

Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego, na dzień rozpoznania sprawy, Zamawiający nie zaprosił żadnego z wykonawców, którzy złożyli wnioski w postępowaniu, do dialogu konkurencyjnego. Zamawiający pismem z dnia 8 lipca 2019 roku, przesłanym w dniu 9 lipca 2019 roku powiadomił Odwołujących, że nie zostaną oni zaproszeni do dialogu, co nie oznacza, że inni wykonawcy zostali zaproszeni. Fakt niezaproszenia do udziału w dialogu żadnego wykonawcy na dzień rozpoznawania sprawy, tym samym i na dzień wniesienia odwołania potwierdza dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym Protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego, z którymi Odwołujący mogli się zapoznać. Fakt ten również w trakcie rozprawy potwierdził pełnomocnik Zamawiającego składając oświadczenie do protokołu rozprawy.

Zamawiający na moment rozpoznawania przedmiotowej sprawy odwoławczej nadal dokonuje weryfikacji złożonych w postępowaniu wniosków, co również oświadczył na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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)

Przewodniczący:

Członkowie:

.....