

**Sygn. akt KIO 1192/12**

**WYROK**  
**z dnia 21 czerwca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członek: Małgorzata Stręciwilk**  
**Paweł Trojan**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 czerwca 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **DB Schenker Rail Polska SA, ul. Wolności 337, 41-800 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy SA, ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm: 1) CTL Maczki-Bór SA (Lider), 2) CTL Service sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Długa 90, 41-208 Sosnowiec** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1192/12** po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę DB Schenker Rail Polska SA, ul. Wolności 337, 41-800 Zabrze i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **DB Schenker Rail Polska SA, ul. Wolności 337, 41-800 Zabrze** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członek:**

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie usług w zakresie przewozu masy towarowej oraz pełnej obsługi infrastruktury bocznic kolejowych wraz z podciąganiem wagonów kołowrotami podczas załadunku pod Zakładem Mechanicznej Przeróbki Węgla KWK „Mysłowice - Wesola” w Mysłowicach z wykorzystaniem składników majątkowych Zamawiającego” (Nr postępowania: ZP/793/2012), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 47-077715 z 08.03.2012 r. przez Katowicki Holding Węglowy SA, ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 29.05.2012 r. Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną na platformie operatora – podmiotu trzeciego (Soldesa s.j.).

W dniu 08.06.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) DB Schenker Rail Polska SA, ul. Wolności 337, 41-800 Zabrze zwane dalej: „DB Schenker Rail Polska SA” albo „Odwołującym” na podstawie art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” wniosło odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 29.05.2012 r., tzn. sposobu przeprowadzenia ww. aukcji. Kopię odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 08.06.2012 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Nadto, od zaniechania czynności przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na nie zaakceptowaniu przez formularz aukcji oferty Odwołującego w trakcie aukcji elektronicznej, nie poinformowanie o tym Odwołującego oraz nie dokonanie powtórzenia aukcji elektronicznej, a tym samym istnienie wady postępowania mającej wpływ na wynik postępowania. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 91c Pzp, ze względu na przeprowadzenie aukcji elektronicznej w sposób, który uniemożliwiał zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na nie zapewnienie możliwości złożenia przez odwołującego oferty (postąpienia) korzystniejszej od oferty w danej chwili najkorzystniejszej, nie poinformowanie o takiej sytuacji Odwołującego w trakcie aukcji, a tym samym brak możliwości pełnego i właściwego korzystania z formularzy elektronicznych na stronie platformy aukcyjnej wybranej przez Zamawiającego.

Wobec powyższego wnosił o:

1. unieważnienie wszystkich czynności zamawiającego od momentu zaproszenia do udziału w aukcji, tj. czynności przeprowadzenia aukcji, a w konsekwencji o ponowne zaproszenie do aukcji i wyznaczenie nowego terminu otwarcia aukcji elektronicznej,
2. dopuszczenie dowodu z dokumentacji i oświadczeń dotyczących okoliczności

zaistniałych w trakcie aukcji, wskazujących na nieprawidłowe działanie systemu aukcyjnego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,

3. dopuszczenie dowodu z innych dowodów w szczególności zabezpieczonych materiałów odwołującego oraz ekspertyzy prywatnej dotyczącej analizy przebiegu aukcji, które odwołujący dostarczy w terminie wynikającym z art. 190 ust. 1 Pzp.

Wskazał, że Zamawiający w dniu 23.05.2012 r. zaprosił Odwołującego do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej na platformie aukcyjnej podmiotu trzeciego - Soldea s.j. w dniu 29.05.2012r. Do zaproszenie dołączone były dodatkowe informacje dotyczące w szczególności przebiegu aukcji oraz wymogów technicznych sprzętu komputerowego potrzebnego do wzięcia w niej udziału. W dniu 25.05.2012 r. Odwołujący przygotował odpowiedni komputer na potrzeby aukcji testowej, która odbyła się bez jakichkolwiek problemów, (aukcję przeprowadzano z wykorzystaniem komputera HP Probook 4710S, system operacyjny Windows 7 Professional, wersja 32-bit.) W dniu 29.05.2012r., na który zaplanowano aukcję (mającą numer PE/2012/62/epp/), w siedzibie odwołującego w Zabrze w pokoju, w którym znajdował się komputer przeznaczony do prowadzenia aukcji stawilo się 5 osób:

1. Zbigniew Pucek - Członek Zarządu DBSRP
2. Barbara Sajak - Dyrektor Działu Sprzedaży/Koleje Przemysłowe
3. Łukasz Łosoń - starszy specjalista w Dziale Wsparcia Sprzedaży (prowadzący aukcję).
4. Mariusz Badora - informatyk zabezpieczający prawidłowość działania systemu
5. Barbara Solarska - Dyrektor Biura Koordynacja, Procesy

Zasady aukcji przewidywały, że zasadniczo czas jej trwania wynosił 15 minut - od godz. 09.00 do godz. 09.15, przy czym złożenie oferty w ostatnich pięciu minutach jej trwania skutkowało jej przedłużeniem o kolejne pięć minut. W trakcie aukcji, która rozpoczęła się o godz. 09.00 doszło do kilkudziesięciu postąpień (ofert) do ok godz. 10.19 (na co wskazuje wydruk znajdujący się w aktach postępowania Zamawiającego), a w trakcie aukcji zaobserwowano jedynie okresowe spowolnienie odświeżania zegara platformy aukcyjnej, które trwało nie dłużej niż 1-2 sekund. Około godz. 10.19 (czasu systemowego platformy aukcyjnej) po wykonaniu przez Odwołującego postąpienia i osiągnięciu najlepszej oferty, a tym samym uplasowaniu się na pozycji nr 1 wśród uczestników aukcji, osoby biorące udział w aukcji po stronie odwołującego oczekiwały na spodziewane postąpienie pozostałych uczestników aukcji. Pierwszym objawem niesprawności systemu i platformy aukcyjnej było zniknięcie górnego panelu, na którym był wyświetlany czas aukcji. Zaniepokojeni tą sytuacją uczestnicy aukcji, zgodnie z Regulaminem Przeprowadzania Aukcji, kilkakrotnie próbowali odświeżyć stronę aukcji (poprzez użycie klawisza F5-„odśwież”). Te próby nie przyniosły jednak żadnego rezultatu i uczestniczący w aukcji informatyk Odwołującego próbował zdiagnozować problem. Poprzez sprawdzenie opóźnienia łącza (PING) oraz załadowanie

strony portalu Onet.pl, została wykluczona usterka sieci po stronie Odwołującego. Natychmiast wykonano połączenie telefoniczne do operatora aukcji na numer wskazany w Regulaminie Przeprowadzania Aukcji (tj. + 42 632 33 17). Rozmowę telefoniczną z przedstawicielem platformy Soldea Panem Wiśniewskim, rozpoczął prowadzący aukcję Pan Łukasz Łosoń, komunikując stwierdzony problem, a szczegółowych informacji technicznych udzielił Pan Mariusz Badora oraz zastosował się do poleceń wydanych przez operatora aukcji. Przedmiotowymi zaleceniami były:

- wykonanie „zrzutu ekranu” oraz wysłanie zrzutu pocztą elektroniczną.
- odświeżenie strony platformy.

Wyżej wskazane przez Pana Wiśniewskiego czynności wykonane przez Pana Mariusza Badorę, zostały – według Odwołującego - dokonane zgodnie z zaleceniem (zrzut ekranu z błędem dokonany o godz. 10.25 czasu lokalnego komputera). O godz. 10.28 z konta służbowego Pani Dyrektor Sajak ([barbara.sajak@dbschenker.pl](mailto:barbara.sajak@dbschenker.pl)) został wysłany e-mail (na adres: [wiśniewskie@soldea.pl](mailto:wiśniewskie@soldea.pl)), którego załącznik stanowił „zrzut ekranu”, o następującej treści: *„Przesyłamy rzut ekranu jako dowód braku dostępu do platformy aukcyjnej”*. W tym czasie strona platformy *„zniknęła”* i w jej miejsce w oknie przeglądarki pojawiła się tzw. *„biała karta”*. Wobec tego faktu, dokonano w nowo otwartym oknie przeglądarki ponownego logowania do portalu, które przebiegło pomyślnie. Po zalogowaniu stwierdzono, iż przedmiotowa aukcja została już zakończona. Pan Łukasz Łosoń ponownie wykonał połączenie telefoniczne do operatora aukcji (numer jak wyżej), oczekując właściwej interwencji operatora, co do stwierdzonych problemów z aktywnym i właściwym uczestnictwem w aukcji przez odwołującego. Uczestnicy aukcji ze strony odwołującego spodziewali się, iż wobec zgłoszenia problemów technicznych, aukcja zostanie zawieszona do czasu rozwiązania problemów technicznych. (załączono jak dowód: protokół zdarzenia z 29.05.2012 r.; zrzut ekranu w postaci pliku na płycie CD). W związku z powyższymi podjętymi przez Odwołującego próbami wyjaśnienia sytuacji, nie doszło jednak do jakichkolwiek działań ze strony Zamawiającego mających na celu dokonanie wyjaśnienia sytuacji. Podobnie ze strony właściciela platformy aukcyjnej można było zauważyć raczej bierne podejście do kwestii udzielania Odwołującemu konkretnych informacji o zdarzeniu.

Odwołujący w dniu 29.05.2012 r. wysłał zarówno do Zamawiającego, jak również do właściciela platformy aukcyjnej, pisma z opisem sytuacji i prośbą o zajęcie stanowiska. Odwołujący otrzymał od właściciela platformy jedynie emaila, który w żaden sposób nie wyjaśniał sytuacji, a co więcej ponawiał pytania, na które odpowiedzi były wskazane w piśmie Odwołującego. Ze względu na brak odpowiedzi ze strony operatora platformy aukcyjnej, Odwołujący w dniu 05.06.2012r. skierował kolejne pismo, w którym zażądał podania konkretnych informacji które umożliwiałyby wykluczenie winy Zamawiającego w zakresie sposobu działania platformy aukcyjnej, jednakże otrzymał odpowiedź, powołującą

się na rzekome nie wyjaśnienie stanu faktycznego sprawy przez Odwołującego.

(załączono jako dowody: pismo Odwołującego do KHW S.A. z dnia 29.05.2012, pismo Odwołującego do Soldea sp. j. z dnia 29.05.2012, mail Soldea z dnia 29.05.2012, pismo Odwołującego do Soldea z dnia 05.06.2012, mail Soldea z dnia 05.06.2012 r.)

W trakcie wyjaśnienia sytuacji Odwołujący musiał korzystać z dostępnych po jego stronie informacji, w związku z czym dokonał zabezpieczenia następujących materiałów:

- Zapis wyglądu ekranu z komputera, który był używany do prowadzenia aukcji. Zrzut ten przedstawia kartę przeglądarki Internet Explorer w trakcie trwania aukcji. Został on wykonany przez pracownika IT Mariusza Badora dnia 29.05.2012r. o godzinie 10:25 i zapisany do pliku o nazwie blad.jpg Ekran wskazuje na niedostępność strony internetowej. (Plik nagrany na płycie CD jest dołączony do niniejszego odwołania)
- Kopia dysku twardego notebooka ProBook 4710s, na którym przeprowadzono transakcje związane z udziałem w aukcji w dniu 29.05.2012, o numerze seryjnym CNU9348T80, zawierająca wszystkie dane znajdujące się na tym komputerze. Kopia została opatrzona sumą kontrolną MD5: 433E22B1FEAE04D6A67A11734BD03DA1, pozwalającą na weryfikację autentyczności materiału. Kopia została zabezpieczona do celów analizy pod kontem potwierdzenia operacji wykonywanych w trakcie trwania przetargu oraz historii internetowej. Został również utworzony protokół potwierdzający utworzenia obrazu dysku, podpisany przez dwóch pracowników IT: Paweł Juniewicz i Tomasz Nawrat.
- Zapisy dziennika (logi) serwera Active Directory domeny, w której był załogowany komputer, używany do prowadzenia aukcji. Został również utworzony protokół potwierdzający zapisanie logów Active Directory na płycie CD, podpisany przez dwóch pracowników IT: Łukasz Jędrusik i Michał Labocha.
- Dziennik (logi) serwera Proxy, odpowiedzialnego za dostęp do stron WWW oraz rejestrujący ten dostęp. Został również utworzony protokół potwierdzający zapisanie logów serwera Proxy na płycie CD, podpisany przez dwóch pracowników IT: Łukasz Jędrusik i Michał Labocha. Zapisy dzienników wskazują na niezakłócony dostęp do Internetu. Dziennik (logi) urządzenia firewall ASA5520, odpowiedzialnego za połączenie sieci wewnętrznej DB z Internetem. Powyższe materiały, ze względu na ich znaczną objętość – jak podniósł Odwołujący - są w trakcie analizy, po której zakończeniu odwołujący przekaże ich treść, jak i wnioski z analizy w celu uzupełnienia materiału dowodowego sprawy. Do niniejszego odwołania dołączona została jednakże od razu płyta CD z nagraniem plikiem zrzutu ekranu.

W związku z zaistniałą sytuacją w dniu 29.05.2012 r., tj. braku akceptacji oferty Odwołującego, a tym samym faktyczne uniemożliwienia odwołującemu złożenie najkorzystniejszej oferty w aukcji elektronicznej zamawiający naruszył przepisy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - art. 7 w zw. z art. 91 c Pzp. Zgodnie

z art. 91 c ust. 1 Pzp w toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Natomiast zgodnie z art. 91 c ust. 3 Pzp w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. W aukcji, której przebieg opisano powyżej Zamawiający – zdaniem Odwołującego - naruszył przepisy postępowania, gdyż formularz umieszczony na platformie aukcyjnej nie zapewnił, aby odwołujący w taki sam sposób jak pozostali wykonawcy mógł wprowadzić niezbędne dane w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną. Odwołujący zgodnie z procedurą wprowadził swoją ofertę do systemu aukcyjnego, natomiast w związku z nienależytym funkcjonowaniem platformy aukcyjnej nie została zapewniona przez zamawiającego zarówno akceptacja oferty w systemie przez platformę aukcyjną, jak również możliwość *"bieżącego przekazania informacji o pozycji"* złożonej przez odwołującego. Odwołujący otrzymał więc informację ze strony platformy aukcyjnej o tym, że jego oferta nie została zaakceptowana i nie jest najkorzystniejsza dopiero po zakończeniu aukcji. Odwołujący podkreślił, że nie tylko niewątpliwie zachował najwyższą staranność w trakcie prowadzonej aukcji, ale wręcz, w świetle przedstawionych dowodów istnieje całkowita pewność, iż po jego stronie nie występowały jakiegokolwiek problemy natury technicznej, przyczyny braku możliwości skutecznego złożenia postąpienia/oferty nie leżały po jego stronie, a po stronie platformy aukcyjnej. Postępowanie Zamawiającego, jak również operatora platformy aukcyjnej w postaci nie udzielania odpowiedzi na pytania odwołującego oraz brak współpracy przy wyjaśnianiu sytuacji dodatkowo w sposób pośredni wskazują, że zarówno operator platformy aukcyjnej, jak i Zamawiający milcząco potwierdzają nieprawidłowości istniejące po ich stronie. W tego względu, w związku ze stwierdzonym naruszeniem przepisów Pzp przez Zamawiającego w trakcie aukcji w dniu 29.05.2012r., uzasadnione jest żądanie unieważnienia czynności Zamawiającego od chwili wystosowania zaproszenia do udziału w aukcji przez wykonawców, a tym samym powtórzenie aukcji elektronicznej w sposób zapewniający zachowanie wymogów Pzp. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że w związku z całkowitym brakiem współpracy Zamawiającego, jak i operatora platformy aukcyjnej w zakresie wyjaśniania przebiegu zdarzenia z dnia 29.05.2012 r. i ze względu na krótkie terminy do wniesienia odwołania, Odwołujący, zastrzegł, iż po przedstawieniu przez Zamawiającego żądanych informacji bądź wskazania ich w odpowiedzi na odwołanie, odwołujący uzupełni przedstawioną w odwołaniu argumentację, a także zgodnie z art. 190 ust. 1 zdanie drugie Pzp, zamierza przedstawić dalsze dowody potwierdzające, iż zamawiający naruszył przepisy Pzp, w tym także przedstawiając ekspertyzę - opinię podmiotu który posiada techniczne możliwości dokonania analizy

wszelkich dostępnych danych elektronicznych w związku z przebiegiem aukcji.

Zamawiający w dniu 11.06.2012 r. wezwał e-mailem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13.06.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Konsorcjum firm: 1) CTL Maczki-Bór SA (Lider), 2) CTL Service sp. z o.o. z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Długa 90, 41-208 Sosnowiec zwane dalej: „*Konsorcjum CTL*” albo „*Przystępującym*” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W pierwszej kolejności wykonawcy ci wskazali, że odwołanie jest przedwczesne, jako że w toku postępowania nie doszło do podjęcia przez Zamawiającego żadnej czynności, która pozostawałaby niezgodna z przepisami ustawy, czy też do zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy - co wedle treści art. 180 ust. 1 Pzp stanowi niezbędną przesłankę warunkującą możliwość wniesienia skutecznego odwołania. Nie sposób przez to uznać, że interes, jaki posiada Odwołujący w uzyskaniu zamówienia, które jest przedmiotem niniejszego postępowania, został narażony na jakikolwiek uszczerbek. Zamawiający, po zakończeniu aukcji, której prawidłowość kwestionuje Odwołujący, nie dokonał dotąd żadnej czynności, której przedmiotem byłby czy to formalny wybór oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, czy to, zgodnie z oczekiwaniami Odwołującego, ponowne zaproszenie Wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, Wykonawcy pozostają zaś związani złożonymi przez siebie ofertami i możliwość podjęcia przez Zamawiającego wskazanych wyżej czynności nadal istnieje. Dopiero zaś czynność wyboru oferty złożonej przez Przystępujących w niniejszym postępowaniu mogłaby być traktowana jako naruszająca interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i dopiero od momentu otrzymania przez Odwołującego informacji w tej mierze rozpocząłby bieg termin do wniesienia odwołania.

Niezależnie od przedwczesności odwołania, pozostaje ono także – w ocenie Przystępującego - merytorycznie nieuzasadnione, przez co zasługuje jedynie na oddalenie. Odwołujący nie wykazał, na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego wskazywanych przez siebie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 c Pzp. Okoliczność faktyczna, na której zasadzają się zarzuty odwołania, a to rzekome nieprawidłowe funkcjonowanie platformy aukcji elektronicznych, obsługiwanej na zlecenie Zamawiającego przez spółkę Soidea sp. j. w Łodzi, nie została przez Odwołującego udowodniona. Nie



sposób bowiem za wystarczający dowód istnienia nieprawidłowości, za które odpowiadać miałby Zamawiający, uznać wyłącznie opis zamieszczony w treści odwołania, skoro w tej samej aukcji elektronicznej brali udział Przystępujący, nie stwierdzając żadnych problemów technicznych. Stanowisko, z którego korzystali Przystępujący było wyposażone w komputer przenośny marki Toshiba A8-185 PTA 83E-04L026PL, z zainstalowanym systemem operacyjnym Microsoft Windows XP Professional SP3. Celem uchronienia się przed ewentualnymi negatywnymi skutkami awarii sprzętowej lub programowej, na sąsiednim stanowisku działał także komputer przenośny marki HP 6730b, wyposażony w alternatywne łącze szerokopasmowe, a więc korzystający z połączenia z siecią Internet niejako z innego źródła, niż komputer, z którego dokonywano postępień w toku aukcji. Przed przystąpieniem do aukcji zapoznano się z warunkami technicznymi, oraz przeprowadzono aktualizację używanej przeglądarki Mozilla Firefox do wersji 12,0, oraz Maszyny wirtualnej Java do wersji 1.7.0\_04. Następnie przeprowadzono rejestrację w systemie aukcyjnym oraz wykonano test sprawdzający poprawne działanie platformy aukcyjnej. Nie zauważono żadnych problemów technicznych.

W dniu 29.05.2012 o godzinie 09:00 rozpoczęto udział w aukcji. W trakcie jej przebiegu, aż do końca postępowania nie zauważono na komputerze głównym żadnych nieprawidłowości zarówno w funkcjonowaniu sprzętu, aplikacji, jak i samego systemu aukcyjnego. Czasy przesyłania pakietów ECHO ICMP REPLY (służących sprawdzaniu prawidłowości funkcjonowania połączenia sieciowego) wyniosły od 16 do 22 ms, przeglądarka odświeżała się automatycznie, nie było potrzeby jej ręcznego odświeżania. System działał prawidłowo do zamknięcia aukcji.

Wskazał, że jeśli nawet przyjąć, że w toku trwania aukcji na stanowisku komputerowym, z którego korzystali przedstawiciele Odwołującego, doszło do opisanych przez niego w treści odwołania problemów natury technicznej, to nie istnieją żadne przekonujące względy pozwalające uznać, że doszło do tego, jak chce Odwołujący z winy Zamawiającego. Zupełnie gołosłowne pozostaje twierdzenie, jakoby *zamawiający naruszył przepisy postępowania, gdyż formularz zamieszczony na platformie aukcyjnej nie zapewnił, aby odwołujący w taki sam sposób jak pozostali wykonawcy mógł wprowadzić niezbędne dane w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną.*

Dołączona do odwołania korespondencja Odwołującego z Zamawiającym i spółką obsługującą na jego zlecenie platformę aukcyjną także nie dowodzi, jakoby miało miejsce jakiegokolwiek zakłócenie przebiegu aukcji, które uzasadniałoby uznawanie jej za nieprawidłowo przeprowadzoną. Treść tej korespondencji wskazuje raczej, że to skutek nieprzekazania przez Odwołującego dodatkowych informacji spółce organizującej aukcję Odwołujący nie otrzymał oczekiwanych przez siebie wyjaśnień.

W dniu 14.06.2012 r. (faxem), 15.06.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum firm: 1) PKP CARGO SERVICE sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie; 2) PKP CARGO S.A. z siedzibą w Warszawie; 3) Jastrzębska Spółka Kolejowa Sp. z o.o. z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum PKP CARGO” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Jednakże wobec niedotrzymania 3 dniowego terminu, niniejsze zgłoszenie Izba uznała za nieskuteczne. Argumentacja w dalszej części uzasadnienia.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dowodami zgromadzonymi w sprawie oraz po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta cenowo podczas trwania aukcji elektronicznej z dnia 29.05.2012 r. miała drugie postąpienie oraz przez większość czasu trwania aukcji elektronicznej brał czynny w jej udział, w wypadku potwierdzenia się zarzutów i powtórzenia aukcji elektronicznej ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego firmy: Konsorcjum PKP CARGO nie spełnia wymogów wynikających z art. 185 ust. 2 Pzp. Zgłoszone przystąpienie w przywołanym terminie miało miejsca faxem, a następnie zostało potwierdzone pisemnie – po upływie 3 dniowego terminu. Jednakże faksowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej. Obowiązek złożenia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie pisemnej w ustawowym terminie wynika z dyspozycji art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie też niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280) stanowiąc, że za wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do

postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W konsekwencji Izba, nie uznała zgłoszonego przystąpienia za skuteczne.

Izba wskazuje, że wniosek o odrzucenie odwołania zawarty w zgłoszeniu przez Przystępującego Konsorcjum CTL nie został podtrzymany poparty przez Zamawiającego z tych względów brak jest podstaw do odniesienia się do niniejszej kwestii. Należy jedynie wskazać za orzecznictwem, że czynność aukcji elektronicznej nie jest odrębnym trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz swoistą dogrywką elektroniczną, która następuje po dokonaniu oceny ofert w sytuacjach określonych w art. 91 a ust. 1 Pzp. (podobnie wyrok SO w Warszawie z dnia 31.01.2012 r., sygn. akt: V Ca 2878/12). Aukcja elektroniczna winna być rozumiana, jako dodatkowy sposób dokonywania przez Zamawiającego oceny ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W postępowaniach, w których znajduje zastosowanie aukcja, ocena ofert nie kończy się bowiem po ocenie dokonanej w tradycyjny sposób, tj. przez komisję przetargową na podstawie złożonych w terminie ofert wykonawców. Ta ocena jest pierwszym etapem, po którym wykonawcy mogą w trakcie aukcji poprawić swoje oferty w tych aspektach, które są przedmiotem oceny w aukcji, a zamawiający uwzględni to w całościowej ocenie oferty. (wyrok SO w Warszawie z dnia 31.01.2012 r., sygn. akt: V Ca 2878/12). Obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie odpowiednio funkcjonującej platformy elektronicznej, z którą wykonawcy drogą teleinformatyczną mogą się połączyć w sposób bezpośredni i składać postąpienia. Nie ulega wątpliwości, że za prawidłowe funkcjonowanie formularza odpowiada Zamawiający, albowiem to on przygotowuje i przeprowadza postępowanie (art. 15 ust. 1 Pzp). Z kolei obowiązkiem wykonawcy jest zapewnienie sobie odpowiedniego sprzętu komputerowego, jak również sprawnego połączenia internetowego i podpisu elektronicznego. (za wyrokiem z dnia 25.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2427/11). Tym samym w tym przypadku mamy do czynienia ze swoistego rodzaju czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podejmowaną przez Zamawiającego, która jako taka podlega formalnemu zaskarżeniu w trybie odwoławczym

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1192/12, informacji z otwarcia ofert z dnia 10.05.2012 r., zaproszenia do aukcji z dnia 23.05.2012 r. skierowanego do Odwołującego zawierającego parametry i informacje niezbędne do przystąpienia i udziału w aukcji, instrukcji postępowania w procesie rejestracji EPP oraz instrukcji postępowania w aukcji elektronicznej /wersje od 05.2102 r./ dostępnymi

na: [www.soldea.pl/instrukcje/index.php](http://www.soldea.pl/instrukcje/index.php), stanowiska operatora aukcji elektronicznej – pismo z dnia 11.06.2012 r., odwołania wraz z załączonym protokołem z dnia 29.05.2012 r. sporządzonym z aukcji przez Odwołującego, pisma z dnia 29.05.2012 r. skierowanego przez Odwołującego do Zamawiającego, pisma z dnia 29.05.2012 r. skierowanego przez Odwołującego do operatora aukcji elektronicznej – SOLDEA Sp.j., email operatora aukcji elektronicznej – SOLDEA Sp.j. do Odwołującego z dnia 29.05.2012 r., pisma Odwołującego z dnia 05.06.2012 r. skierowanego do operatora aukcji elektronicznej – SOLDEA Sp.j., korespondencję emaliową Odwołującego z operatorem aukcji elektronicznej – SOLDEA Sp.j. z dnia 05-06.06.2012 r., płytę CD z zrzutem ekranu laptopa z aukcji elektronicznej, przystąpienie, ekspertyzę specjalistyczną nr 4172/12 – mediarecovery /Media Sp. z o.o./, 13 str. ekspertyzy złożonej oddzielnie przez Odwołującego, rachunek elektroniczny z połączenia Odwołującego z numerem telefonicznym służącym do kontaktu po stronie operatora aukcji elektronicznej podczas aukcji elektronicznej w dniu 29.05.2012 r. złożonego na rozprawie przez Odwołującego, Regulaminu Elektronicznej Platformy Przetargowej z dnia 05.01.2012 r., stanowiska operatora aukcji elektronicznej – pismo z dnia 18.06.2012 r., pisma Unizeto Technologies odnośnie przebiegu aukcji w dniu 29.05.2012 r., korespondencji między Zamawiającemu, a operatorem aukcji elektronicznej oraz Odwołującym z dnia 30.06.20102 r., 12.06.2012 r., 19.06.2012 r. złożonymi przez Zamawiającego na rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art.7 ust.1 i 3 Pzp w zw. z art. 91 c Pzp ze względu na przeprowadzenie aukcji elektronicznej w sposób, który uniemożliwił zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na nie zapewnienie możliwości złożenia przez Odwołującego oferty (postąpienia) korzystniejszej od oferty w danej chwili najkorzystniejszej, nie poinformowanie o takiej sytuacji Odwołującego w trakcie aukcji, a tym samym brak możliwości pełnego i właściwego korzystania z formularza elektronicznego na stronie platformy aukcyjnej wybranej przez Zamawiającego, Izba uznała ww. zarzut za niezasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Zgodnie z postanowieniami SIWZ /cz.I.2 Dodatkowe postanowienia SIWZ, pkt 2 – Postanowienia dotyczące aukcji elektronicznej/:

*„1. Po dokonaniu oceny złożonych ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty zostanie przeprowadzona aukcja elektroniczna, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną, co najmniej 3*

oferty nie podlegające odrzuceniu. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postępów na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji. 2. Adres strony internetowej, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna: <http://www.soldea.pl>. 3. Wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji Wykonawców: a) Wykonawcy dopuszczeni do aukcji otrzymają od Zamawiającego poufne identyfikatory, komplety login – hasło, umożliwiające im zalogowanie do systemu akcyjnego EPP; b) przed przystąpieniem do aukcji Wykonawcy przeprowadzają proces rejestracji; c) dokonanie procesu rejestracji jest warunkiem koniecznym udziału w aukcji; d) Wykonawca ma możliwość przeprowadzania rejestracji od momentu otrzymania poufnego identyfikatora; e) zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, zawierające między innymi poufne identyfikatory, zostaną przekazane Wykonawcom przez Zamawiającego drogą elektroniczną, na adres e-mail Wykonawcy, wskazany w pkt.1 oświadczenia rejestracyjnego stanowiącego załącznika nr 10 do niniejszej SIWZ; f) poczta poleconą, za zwrotnym potwierdzeniem odbioru; 4. Wykonawcy potwierdza otrzymanie zaproszeń i identyfikatorów faxem na nr: 032/757-31-10. 5. Wymagania techniczne urządzeń informatycznych:

- a) komputer klasy PC,
- b) system operacyjny: Windows 98/2000/XP,
- c) sprawne łącze internetowe,
- d) dostęp do sieci Internet bez pośrednictwa serwera Proxy,
- e) przeglądarka internetowa: Internet Explorer 5.5 lub wyższy,
- f) zainstalowany, bezpłatny program ProCentrumAPI, umożliwiający użycie bezpiecznego podpisu elektronicznego (program ProCentrumAPI można ze strony internetowej Operatora, pod adresem: <http://www.soldea.pl/pobierz/index.html>,
- g) bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany ważnym kwalifikowanym certyfikatem”.

W zakresie przebiegu aukcji elektronicznej w dniu 29.05.2012 r. Izba potwierdziła w swoich ustaleniach okoliczności wskazane przez Odwołującego w treści odwołania, które następnie zostały ponowione w protokole z dnia 29.05.2012 r. sporządzonym z aukcji przez Odwołującego oraz piśmie z dnia 29.05.2012 r. skierowanym przez Odwołującego do operatora aukcji elektronicznej – SOLDEA Sp.j.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uwzględnienia wskazanego zarzutu, z ustaleń Izby wynika bowiem, że Odwołujący nie zastosował się już na wstępie z wymogów technicznych związanych z uczestnictwem w aukcji elektronicznej, a określonych przez Zamawiającego w SIWZ (cz.I.2 Dodatkowe postanowienia SIWZ, pkt 2 – Postanowienia dotyczące aukcji elektronicznej, ppkt 5. Wymagania techniczne urządzeń informatycznych,

lit. d – dostęp do sieci Internet bez pośrednictwa serwera Proxy – str. 14 SIWZ). Wymóg w tym zakresie był jednoznaczny, zaś postanowienia w instrukcji postępowania w procesie rejestracji EPP oraz instrukcji postępowania w aukcji elektronicznej /wersje od 05.2102 r./ dostępnymi na: [www.soldea.pl/instrukcje/index.php](http://www.soldea.pl/instrukcje/index.php), do których Zamawiający odwoływał się w ramach zaproszenia do aukcji z dnia 23.05.2012 r. skierowanego do Odwołującego, miały jedynie charakter wtórny, choć niewątpliwie istniały. Zamawiający wskazał przywołaną stronę w zaproszeniach do aukcji z dnia 23.05.2012 r., zaś niewątpliwie w treści instrukcji była informacja, że przy logowaniu nastąpi zaakceptowanie Regulaminu Elektronicznej Platformy Przetargowej z dnia 05.01.2012 r. W konsekwencji zatem Odwołujący, akceptując niniejszy regulamin przy logowaniu w procesie rejestracji stawał się nim związany, czyli był także związany postanowieniami regulaminu dotyczącymi zasad reklamacji określonymi w § 6, w tym także sankcją wynikającą z ust. 5 § 6 regulaminu. Izba na marginesie zauważa, że mimo negacji przez Odwołującego podczas rozprawy swojego związania postanowieniami wskazanego regulaminu, także podczas jej trwania powoływał się on także na jego postanowienia, wskazując na brak możliwości zalogowania się z dwóch stanowisk komputerowych przez tego samego użytkownika.

Izba wskazuje w następnej kolejności, że kwestia zasad reklamacji, czy też braku reakcji na jej zgłoszenie, tudzież braku wyjaśnienia przyczyn zaistnienia sytuacji kryzysowej podczas trwania aukcji elektronicznej, nie decyduje jeszcze, że w toku aukcji elektronicznej zaistniały określone przyczyny wskazujące na błąd, czy innego rodzaju działanie po stronie Zamawiającego, albowiem może to oznaczać że problem dotyczy Wykonawcy (podobnie wyrok z dnia 25.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2427/11). W konsekwencji, wszelkie dowody w tym zakresie przedłożone przez obie strony, tak Odwołującego (załączone do odwołania, czy przedłożone na rozprawie – rachunek elektroniczny z połączenia Odwołującego z numerem telefonicznym służącym do kontaktu po stronie operatora aukcji elektronicznej podczas aukcji elektronicznej w dniu 29.05.2012 r.), jak i Zamawiającego (przedłożone na rozprawie), w ocenie Izby, nie mają decydującego znaczenia dla przedmiotu sporu.

W zakresie korzystania z serwerów Proxy, Odwołujący nie potrafił w toku rozprawy przedstawić jednoznaczne swojego stanowiska. Jednocześnie też treść odwołania (str. 5), a w szczególności przedłożona ekspertyza specjalistyczna nr 4172/12 – mediarecovery /Media Sp. z o.o./ (str. 3, 5, od 7 do 8) świadczą w tym zakresie na jego niekorzyść. Zamawiający w ocenie Izby, wyjaśnił na rozprawie w sposób wiarygodny istotę niniejszego wymogu. Odnośnie przedłożonej ekspertyzy prywatnej, Izba dopuściła niniejszą ekspertyzę jedynie, jako stanowisko dodatkowe Odwołującego, a nie opinię biegłego. Jednocześnie, Izba ma zastrzeżenia, co do zamierzonego, czy też niezamierzonego – nieprzedłożenia od razu na rozprawie 13 strony ekspertyzy (na początku Odwołujący przedłożył dwanaście stron ekspertyzy, w tym str. 12 została podpisana jako ostatnia, a na str. 13 przedstawiono zarzut

ekranu laptopa, taki jak znajdujący się na płycie CD załączonej do odwołania). Jest to o tyle istotne, gdyż przedłożona ostatecznie pod koniec rozprawy na skutek zapytania skierowanego przez Izbę do Odwołującego str. 13 wskazanej ekspertyzy może wskazywać na błąd przeglądarki internetowej Internet Explorer (z pism Odwołującego oraz jego wyjaśnień wynika, iż przy użyciu przeglądarki internetowej Internet Explorer, która była wykorzystywana do komunikacji z portalem aukcyjnym, w trakcie problemów komunikacyjnych z tym portalem, miało miejsce skuteczne połączenie z portalem internetowym onet.pl, zaś ze str. 13 przedstawionej przez Odwołującego ekspertyzy wynika, iż połączenie to było realizowane z innej przeglądarki – Mozilla Firefox). Powyższe wskazuje na problemy techniczne po stronie Odwołującego, wynikające z wykorzystania serwera Proxy do komunikacji z platformą aukcyjną oraz problemów z przeglądarką Internet Explorer, której charakter byłby taki jak wskazywał na rozprawie Zamawiający (za stanowiskiem operatora aukcji elektronicznej – pismo z dnia 18.06.2012 r. - problemy w działaniu przeglądarki wynikające z braku współpracy z procesorami graficznymi niektórych kart graficznych). Także zaprezentowany przez Odwołującego zrzut ekranu (biała karta) uwidacznia jedynie trwające oraz będące w trakcie realizacji połączenia z portalem aukcyjnym [www.soldea.pl](http://www.soldea.pl) i brak jest w pasku adresowym jakiegokolwiek innego, skutecznie zrealizowanego połączenia, w tym z portalem [onet.pl](http://onet.pl). W konsekwencji, w ocenie Izby, uznać należy że na sytuację kryzysową, która zaistniała w dniu 29.05.2012 r. podczas aukcji elektronicznej, niewątpliwie miał wpływ sam Odwołujący. Nie bez znaczenia dla przyjęcia przez Izbę niniejszej tezy była okoliczność, iż żadna ze stron nie kwestionowała, że pozostali uczestnicy aukcji elektronicznej nie zanotowali żadnych problemów technicznych, zaś po Odwołującym nastąpiło kolejne postąpienie, Przystępującego Konsorcjum CTL. Powyższe potwierdzają protokół wygenerowany w dniu 29.05.2012 r. o godz. 10:26 z przebiegu aukcji elektronicznej, treść przystąpienia, czy też przedłożone przez Zamawiającego jako dowód - pismo Unizeto Technologies /zarządca danych operatora aukcji elektronicznej/ odnośnie przebiegu aukcji w dniu 29.05.2012 r. Stanowisko Konsorcjum PKP CARGO mimo zgłoszenia przystąpienia po terminie także nie wskazywało na jakiegokolwiek problemy techniczne podczas trwania aukcji elektronicznej. Należy także zauważyć, że Odwołujący nie negocjował tezy Zamawiającego, że w tym samym czasie na zlecenie Zamawiającego odbywała się akcja elektroniczna w ramach innego postępowania, co także świadczy o tym że problemy techniczne podczas trwania aukcji elektronicznej w dniu 29.05.2012 r. nie zaistniały po stronie Zamawiającego, ani operatora aukcji elektronicznej. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 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. Nr 41, poz. 238). Izba nie uznała wniosku Zamawiającego o zasadzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, z uwagi na brak wykazania powiązania między pełnomocnikiem, a wystawcą przedłożonej kopii rachunku. Złożone w tym zakresie przez pełnomocnika oświadczenie podczas rozprawy, Izba uznała za nie wystarczające w tym zakresie, z uwagi na brak pisemnego potwierdzenia np. w postaci kopii umowy o pracę.

**Przewodniczący:**

.....

**Członek:**

.....

.....