

Sygn. akt: KIO 610/18

WYROK
z dnia 13 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) I. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą IR-BUD I. G., (2) J. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LAS-POL J. B., (3) D. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WĘGLOPOL D. W., (adres dla pełnomocnika: ul. Kleeberga 15, 21-411 Wojcieszków)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. (Bogdanka, 21-013 Puchaczów)**

przy udziale wykonawcy: **Zakład Przetwórstwa Drzewnego "LAS-KOP" D. J., M. F. Sp. j., (Wiśniówka 7, 28-236 Rytwiany)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) I. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą IR-BUD I. G., (2) J. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LAS-POL J. B., (3) D. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WĘGLOPOL D. W., (adres dla pełnomocnika: ul. Kleeberga 15, 21-411 Wojcieszków)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) I. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą IR-BUD I. G., (2) J. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LAS-POL J. B., (3) D. W.,**

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WĘGLOPOL D. W., (adres dla pełnomocnika: ul. Kleeberga 15, 21-411 Wojcieszków) tytułem wpisu od odwołania, 2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) I. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą IR-BUD I. G., (2) J. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LAS-POL J. B., (3) D. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WĘGLOPOL D. W., (adres dla pełnomocnika: ul. Kleeberga 15, 21-411 Wojcieszków)** na rzecz Zamawiającego **Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. (Bogdanka, 21-013 Puchaczów)** kwotę **3949,53 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Lubelski Węgiel „BOGDANKA” S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Postawa loco magazyn Zamawiającego w Bogdance, Nadrybiu i Stefanowie kopalniaków, Połowic oraz Tarcicy.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 9 stycznia 2018 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 005-007869.

Odwołujący – Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: (1) I. G. przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: IR-BUD I. G., (2) J. B. przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: LAS-POL J. B., (3) D. W. przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: WĘGLOPOL D. W., wnieśli odwołanie i zarzucili naruszenie przez zamawiającego: art. 7 ust. 1 i 3 pzp w zw. z art. 91c pzp, polegające na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej nr 34351-2442/2017 w zakresie zadania nr 1 w sposób, który uniemożliwił zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na przeprowadzenie aukcji elektronicznej, w toku której odwołującemu uniemożliwiono wprowadzenie niezbędnych danych do złożenia kolejnych postąpień; art. 91d ust. 1 pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wyznaczenia terminu kontynuowania aukcji elektronicznej, pomimo zaistnienia nieprawidłowości funkcjonalnej platformy aukcyjnej; art. 91 ust. 1 pzp w zw. z art. 91d ust. 2 pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Zakłady Przetwórstwa Drzewnego LAS-KOP Sp. jawna D. J., M. F., która w świetle regulacji pzp oraz SIWZ nie mogła zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o unieważnienia wszystkich czynności Zamawiającego od momentu zaproszenia do udziału w aukcji nr 34351-2442/2017 w zakresie zadania nr 1, tj. czynności przeprowadzenia aukcji oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1; powtórzenie czynności zaproszenia do aukcji i wyznaczenie nowego terminu otwarcia aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 1; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności w nim wskazane; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków: P. G., I. G., D. J. K., J. B., E. S. na okoliczność ustalenia przebiegu aukcji elektronicznej w tym zaistnienia nieprawidłowości funkcjonalnej platformy aukcyjnej, parametrów technicznych komputera odwołującego oraz ustalenia kontaktów odwołującego z zamawiającym oraz operatorem

portalu aukcyjnego w zakresie zgłaszanych nieprawidłowości w działaniu platformy aukcyjnej zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia dokumentacji dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego objętego postępowaniem; zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Zamówienie zostało podzielone na 3 zadania dotyczące dostaw:

1. kopalniaków iglastych (zadanie nr 1);
2. połowic iglastych (zadanie nr 2);
3. tarcic iglastych (zadanie nr 3).

Odwołujący złożył ofertę obejmującą dostawy wymienione we wszystkich 3 zadaniach.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ zamawiający po dokonaniu oceny ofert, które wpłynęły w toku postępowania zaprosił wykonawców do aukcji elektronicznej, która miała odbyć się na platformie aukcyjnej.

Zamawiający określił warunki uczestnictwa w aukcji wskazując, iż wykonawcy zaproszeni do aukcji elektronicznej powinni posiadać: dostęp do sieci Internet; zainstalowaną wtyczkę flash - flashplayer; obsługę przez przeglądarkę protokołu XMLHttpRequest - Ajax; włączona obsługa JavaScript; zalecaną szybkość łącza internetowego powyżej 500 KB/s; zainstalowany Acrobat Reader; zainstalowane środowisko uruchomieniowe Java - Java SE Runtime Environment 6 Update 24 lub nowszy. Ponadto Zamawiający poinformował, iż do obsługi aukcji elektronicznej dopuszczalne będą następujące przeglądarki internetowe: dla Windows Vista: Internet Explorer 8, Internet Explorer 9; dla Windows 7: Internet Explorer 9, Internet Explorer 11; dla Windows 8: Internet Explorer 11; dla Windows 10: Internet Explorer 11.

08.03.2018 roku Zamawiający przeprowadził próbną aukcję elektroniczną, która miała na celu dokonanie przez wykonawców testu sprawności działania portalu, na którym odbywać miała się aukcja elektroniczna. Odwołujący wziął udział we wskazanej próbnej aukcji, podczas której nie wystąpiły żadne problemy techniczne, co wskazywało na prawidłowość działania portalu aukcyjnego jak również na to, że Odwołujący spełniał wymagania techniczne określone przez Zamawiającego w SIWZ, które umożliwiłyby Odwołującemu czynny udział w zaplanowanej aukcji elektronicznej. Odwołujący przedłożył dowody potwierdzające posiadanie sprzętu oraz ich prawidłowe funkcjonowanie.

12.03.2018 roku przeprowadzono właściwą aukcję elektroniczną oznaczoną nr 34351-2442/2017.

Podczas licytacji dotyczącej zadania nr 1 wystąpiły problemy techniczne, które zdaniem Odwołującego, nie były spowodowane jego winą. Jak wskazał Odwołujący, problemy techniczne polegały na braku możliwości obniżenia oferty cenowej oraz złożenia drugiego i kolejnych postąpień w trakcie trwania aukcji. Odwołujący przystąpił do licytacji, jednakże nie

miał możliwości złożenia oferty pomimo wykonywania czynności w toku aukcji zgodnie z instrukcją tj. wpisywania oferty w oknie systemu: „*nowa oferta*” i następnie klikając okno: „*dodaj*”. Pomimo faktu, że zgodnie z instrukcją wykonał wszystkie czynności wymagane do złożenia postąpienia, jego oferta przez cały czas pozostawała w trybie wczytywania.

Niezwłocznie po stwierdzeniu występowania wskazanych problemów technicznych, jeszcze w trakcie trwania aukcji, Odwołujący zgłosił ich wystąpienie do operatora aukcji tj. Logintrade S.A. z siedzibą we Wrocławiu. Zgłoszenie problemów technicznych odbyło się w bezpośredniej rozmowie telefonicznej. Odwołujący wykonywał połączenia telefoniczne na numer operatora aukcji podany w SIWZ tj. 71 787 37 27. Odwołujący zgłosił i opisał nieprawidłowości Pani E. S. przedstawicielce operatora aukcji Logintrade S.A. jeszcze w czasie trwania aukcji.

Pomimo wydanych przez przedstawiciela operatora aukcji Logintrade S.A. wskazówek i wyjaśnień, problemu technicznego nie udało się rozwiązać w toku aukcji. W trakcie podejmowanych prób zastosowania wskazówek operatora i usunięcia błędów technicznych skończył się czas trwania aukcji elektronicznej. Odwołujący kontynuował rozmowy z operatorem i stosowanie się do jego wskazówek również po zakończeniu aukcji dotyczącej zadania nr 1 celem zapewnienia możliwości usunięcia błędów technicznych i złożenia postąpień co do dwóch pozostałych zadań. Odwołujący wyjaśnił, iż w trakcie trwania aukcji posiadał niezakłócony dostęp do Internetu, zaś jego połączenie internetowe nie zostało w żaden sposób przerwane.

Odwołujący pismem z dnia 12.03.2018 roku poinformował Zamawiającego o zastrzeżeniach co do aukcji internetowej nr 34351-2442/2017. Odwołujący podniósł okoliczności wystąpienia problemów technicznych oraz podjętą przez Odwołującego próbę ich usunięcia. Jednocześnie Odwołujący wniósł o powtórzenie aukcji. Zamawiający w żaden sposób nie ustosunkował się do złożonych zastrzeżeń.

12.03.2018 roku (w tym samym dniu, w którym odbyła się aukcja dotycząca zadania nr 1 podczas której wystąpiły nieprawidłowości funkcjonalne platformy aukcyjnej) odbyły się również dwie inne aukcje elektroniczne dotyczące zadań nr 2 i 3. Odwołujący wziął udział również w tych aukcjach i nie stwierdził wystąpienia podobnych problemów technicznych, co doprowadziło do skutecznego złożenia postąpień przez Odwołującego. Jak podkreślił Odwołujący, wymogi techniczne wszystkich aukcji dotyczących zadania nr 1, 2 i 3 były identyczne i realizowane były przez tego samego operatora. Zdaniem Odwołującego, nie sposób stwierdzić, że problemy techniczne, które wystąpiły w aukcji elektronicznej dotyczącej zadania nr 1, wywołane były z winy Odwołującego, bowiem spełnił on wszystkie warunki określone w SIWZ, o czym świadczy prawidłowość działania aukcji dotyczących zadania nr 2 i 3.

Odwołujący wskazał także, że od dnia wystąpienia problemów technicznych podczas aukcji elektronicznej dotyczącej zadania nr 1, pozostawał w stałym kontakcie telefonicznym z Zamawiającym oraz operatorem portalu, na którym przeprowadzona była aukcja elektroniczna. Wskazane podmioty informowały każdorazowo, że są w trakcie badania zaistniałych problemów technicznych i na tę chwilę nie są w stanie podjąć decyzji o ewentualnym zatwierdzeniu wyników aukcji lub o konieczności potwierdzenia tej aukcji. Zamawiający do dnia 20.03.2018 roku nie zatwierdził wyników aukcji.

W dniu 20.03.2018 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku zadania nr 1 Odwołujący zajął 2 miejsce otrzymując wartość punktową oferty w wysokości 97,54. Najkorzystniejszą ofertę na to zadanie złożył wykonawca Zakłady Przetwórstwa Drzewnego LAS-KOP Sp. jawna D. J., M. F. otrzymując wartość punktową oferty w wysokości 100,00. W pozostałych zadaniach nr 2 i nr 3 oferta oferty Odwołującego okazały się najkorzystniejsze i uzyskały wartość punktową oferty w wysokości 100,00.

Jak podkreślił Odwołujący, informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20.03.2018 roku była pierwszą informacją, w której Zamawiający podjął decyzję o akceptacji wyników aukcji elektronicznej dotyczącej zadania nr 1, podczas której wystąpiły nieprawidłowości w funkcjonowaniu portalu aukcyjnego. Z tych przyczyn zdaniem Odwołującego to od tego momentu należy przyjmować, że Odwołujący dowiedział się o niezgodnej z przepisami pzp czynności Zamawiającego. Zamawiający, pomimo złożonego protestu, do daty wyboru oferty nie podjął względem Odwołującego żadnej czynności, która mogłaby stanowić podstawę do powzięcia przez Odwołującego wiedzy co do zamierzeń Zamawiającego w zakresie odmowy uznania protestu. Odwołujący do daty ogłoszenia o rozstrzygnięciu przetargu nie został poinformowany przez Zamawiającego, czy ten uznaje przebieg aukcji za prawidłowy (brak ogłoszenia wyniku aukcji jako osobnej czynności od wyboru oferty), czy nawet odmawia uznania zgłaszanych problemów technicznych, jako mających wpływ na przebieg aukcji.

Odwołujący podniósł także argument, że Zamawiający w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie wadliwie przeprowadzonej aukcji elektronicznej dokonał wyboru oferty, której wartość przekroczyła kwotę, którą Zamawiający planował pierwotnie przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia publicznego. Planowana przez Zamawiającego wartość zadania nr 1 miała wynosić 5.618.638,65 zł. brutto. Najkorzystniejsza oferta złożona podczas aukcji elektronicznej dotyczącej zadania nr 1 obejmowała kwotę 6.361.886,72 zł. brutto. Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty przekroczył limit pieniężny, który zaplanował na realizację przedmiotu zamówienia o 743.248,07 zł. W tej sytuacji, zdaniem Odwołującego, całkowicie niezrozumiałym pozostaje brak decyzji Zamawiającego o powtórzeniu aukcji elektronicznej dotyczącej zadania nr 1. W ocenie Odwołującego, decyzja

o zwiększeniu kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, po powzięciu wiedzy o woli złożenia przez innego oferenta ceny korzystniejszej, a uniemożliwionej błędami natury funkcjonalnej aukcji, może nosić znamiona niegospodarności po stronie Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego powtórzenie aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr II pozwoliłoby Zamawiającemu na zmniejszenie kosztów realizacji zamówienia publicznego, a tym samym byłoby oczywiście korzystne z punktu widzenia słusznego interesu publicznego.

Jak dalej argumentował Odwołujący, Zamawiający naruszył przepisy pzp dotyczące uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez niedopuszczenie do aukcji elektronicznej na etapie postępień Odwołującego, pomimo spełnienia przez niego wszystkich wymagań określonych w SIWZ, w szczególności wymagań technicznych umożliwiających wzięcie udziału w aukcji elektronicznej.

Zdaniem Odwołującego, kluczowym dla uznania, iż zamawiający naruszył przepisy pzp dotyczące przeprowadzenia aukcji elektronicznej jest stwierdzenie, że problemy techniczne podczas aukcji wyniknęły z wyłącznej winy zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że wystąpienie w toku aukcji elektronicznej problemów technicznych, których konsekwencją było uniemożliwienie mu złożenia najkorzystniejszej oferty było wywołane wyłącznie przyczynami, za które winę ponosi Zamawiający. Odwołujący spełnił wszystkie wymagania techniczne określone przez Zamawiającego w SIWZ, które umożliwić miały czynny nieograniczony udział w aukcji elektronicznej. Ponadto Odwołujący pomyślnie przeszedł test aukcji elektronicznej, który miał miejsce w dniu 08.03.2018 roku oraz złożył najkorzystniejsze oferty podczas aukcji dotyczącej zadania nr 2 i 3. Nie jest zatem możliwe, aby to z przyczyn Odwołującego mogło dojść do wystąpienia problemów technicznych w aukcji dotyczącej zadania nr 1.

To na Zamawiającym ciąży obowiązek takiego przygotowania aukcji elektronicznej, aby każdy z zaproszonych do niej wykonawców mógł skutecznie złożyć swoje postąpienie. W niniejszym postępowaniu, pomimo spełnienia przez Odwołującego wszelkich wymogów technicznych określonych przez Zamawiającego w SIWZ, Odwołujący nie miał możliwości złożenia swojego postąpienia w toku aukcji elektronicznej dotyczącej zadania nr 1.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający uniemożliwiając Odwołującemu złożenie postąpienia w trakcie trwania aukcji elektronicznej dotyczącej zadania nr 1 dopuścił się naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 pzp. Analiza zasad wyrażonych w art. 7 pzp pozwala stwierdzić, że Zamawiający powinien stwarzać wykonawcom równe warunki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wybierając najkorzystniejszą ofertę na podstawie wadliwie

przeprowadzonej aukcji wyeliminował z postępowania Odwołującego, który nie miał możliwości wzięcia udziału w aukcji. Doprowadziło to do uprzywilejowania wykonawców, u których problemy techniczne w trakcie aukcji nie wystąpiły, bowiem mogli oni złożyć swoje postąpienia. W tej sytuacji, w ocenie Odwołującego, Zamawiający winien powtórzyć aukcję elektroniczną, tak aby swoje postąpienia mogli złożyć wszyscy wykonawcy.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art 91c ustawy Prawo zamówień publicznych, polegający na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 1 w sposób, który uniemożliwiał zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na przeprowadzenie aukcji elektronicznej, w toku której Odwołującemu uniemożliwić miano wprowadzenie niezbędnych danych do złożenia kolejnych postąpień.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie zapewnił odpowiednio funkcjonującej platformy elektronicznej, którą wykonawcy wykorzystywali do składania postąpień w trakcie aukcji elektronicznej, jaka odbyła się 12 marca 2018 roku.

Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych dowodów w tym zakresie.

Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że w trakcie trwania aukcji nie mógł zrobić kolejnego postąpienia, bowiem na ekranie komputera pojawiał się komunikat, że oferta jest wczytywana i taki stan utrzymywał się bardzo długo. Odwołujący kontaktował się z działem helpdesk firmy Logintrade S.A. - z panią E. S. – jeszcze na bieżąco w trakcie trwania aukcji, jednakże rozmowa ta nie przyniosła rezultatu. W tym zakresie Odwołujący przedstawił jako dowód wyciąg z rachunku telefonicznego, z którego wynika, że w trakcie trwania aukcji wykonał kilka połączeń telefonicznych do operatora Logintrade S.A. Dowód ten został

przedstawiony na okoliczność, że w trakcie trwania aukcji Odwołujący nie mógł dokonać kolejnych postępień.

Odwołujący wyjaśnił, że procedował w ten sposób, że wyłączał komputer i jednocześnie ponownie logował się z innego komputera celem złożenia postąpienia, co powodowało, że platforma przyjmowała pojedynczą ofertę, natomiast nie miał możliwości złożenia kolejnych postępień i po raz kolejny musiał dokonywać włączenia komputera.

Ponadto Odwołujący w argumentacji podnosił, że zapewnił sprzęt zgodny z wymaganiami Zamawiającego, nadto pomyślnie przeszedł prowadzoną dzień wcześniej aukcję próbną.

Należy zauważyć, że podnoszone przez Odwołującego okoliczności świadczą o trudnościach, jakie miał Odwołujący, jednakże nie dowodzą, że Zamawiający nie zapewnił prawidłowo działającej platformy elektronicznej.

Zgodnie z art. 91 c ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 korzystne postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji.

Aby zatem zarzucić Zamawiającemu naruszenie art. 91c ustawy Prawo zamówień publicznych, należy wykazać, że przeprowadzona przez Zamawiającego aukcja elektroniczna nie posiadała co najmniej jednej z cech wymaganych przepisami ustawy.

Żaden z powołanych przez Odwołującego w odwołaniu dowodów nie potwierdza jednak występowania w/w uchybień ani też jakichkolwiek innych nieprawidłowości w funkcjonowaniu elektronicznej platformy aukcyjnej.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że Zamawiający zapewnił do obsługi platformy, na której odbywała się aukcja elektroniczna, zewnętrzny, profesjonalny podmiot. Ponadto Odwołujący i pozostali wykonawcy biorący udział w aukcji elektronicznej testowali platformę aukcyjną używaną przez Zamawiającego. Jak wskazał Zamawiający, przeprowadzenie aukcji testowej miało na celu zapoznanie wykonawców ze sposobem funkcjonowania aukcji elektronicznych organizowanych przez Zamawiającego i wykrycie ewentualnych usterek w ich działaniu. Żaden z uczestników aukcji próbnej nie zgłosił uwag do funkcjonowania platformy elektronicznej, co oznacza, że platforma elektroniczna spełniała wszelkie wymagania wskazane w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający przedstawił korespondencję z operatorem Logintrade S.A. z 13 marca 2018 roku, w której przedstawiciel operatora Logintrade S.A. wskazał, że cała licytacja przebiegała bez jakichkolwiek błędów – żadna z ofert nie została odrzucona przez system. Ponadto Zamawiający przedstawił oświadczenie operatora Logintrade S.A. z 5 kwietnia 2018 roku, w którym przedstawiciel operatora stwierdził, że po szczegółowej analizie przebiegu aukcji nie

odnotował żadnych problemów technicznych. Dowodem na tę okoliczność jest fakt, że Odwołujący w trakcie przedmiotowej aukcji złożył 5 ofert (w treści oświadczenia precyzyjnie wskazano godziny złożenia postępień). Ponadto przedstawiciel operatora oświadczył, że wszystkie oferty zostały poprawnie dodane i przyjęte przez system. Pozostali oferenci nie zgłosili żadnych problemów w trakcie trwania aukcji i również w sposób aktywny składali oferty. Do oświadczenia załączono raport z aukcji. Powyższe dowody potwierdzają, że platforma elektroniczna w dniu 12.03.2018 r. działała prawidłowo, nie wystąpiły zakłócenia w działaniu tej platformy, które uniemożliwiłyby złożenie przez Odwołującego skutecznych postępień. System nie odrzucił ofert złożonych przez Odwołującego, zatem nie można jednoznacznie stwierdzić, aby po stronie platformy elektronicznej wystąpiły nieprawidłowości, które uniemożliwiły złożenie postąpienia Odwołującemu.

Należy wskazać, że to na Odwołującym spoczywał obowiązek wykazania, że Zamawiający nie zapewnił odpowiednio funkcjonującej platformy elektronicznej. Odwołujący takich dowodów nie przedstawił. Tymczasem z dowodów przedstawionych przez Zamawiającego wynika, że platforma elektroniczna w dniu 12.03.2018 r. działała prawidłowo i nie wystąpiły zakłócenia w jej działaniu, które uniemożliwiłyby złożenie przez Odwołującego skutecznych postępień. Przedstawione przez Zamawiającego dowody, wskazują na fakt, że platforma aukcyjna działała prawidłowo, a więc Zamawiający zapewnił wykonawcom warunki, o których mowa w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Nie jest prawidłowe stanowisko Odwołującego, że skoro Odwołujący nie ponosi winy w zakresie nieprawidłowości, niemożliwości złożenia kolejnego postąpienia, to na pewno ponosi ją Zamawiający. Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał, że niemożliwość złożenia postąpienia z uwagi na wolne działanie komputera nie leży po jego stronie. Tego rodzaju nieprawidłowości, jak trafnie zauważył Zamawiający, mogą być również spowodowane zakłóceniami wirusa lub spadkiem szybkości lub jakości połączenia internetowego w trakcie aukcji. Odwołujący nie wykazał z całą pewnością, że to nie po jego stronie wystąpiły nieprawidłowości. Należy mieć na uwadze, że do przeprowadzenia aukcji, potrzebne jest działanie dwóch stron: Zamawiającego, który zapewnia sprawne działanie platformy aukcyjnej i Wykonawcy, który powinien mieć odpowiedni i prawidłowo działający sprzęt oraz dostęp do internetu. Ponadto, jak wynika z przedstawionego przez Zamawiającego raportu z przeprowadzonej aukcji elektronicznej, wykonawcy – Odwołujący i Przystępujący składali kolejne postąpienia, zatem platforma aukcyjna działała, nie doszło do przerwania aukcji, a wykonawcy dokonywali kolejnych postępień.

Odwołujący podkreślał, że kluczowym dla uznania, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące przeprowadzenia aukcji elektronicznej jest stwierdzenie, że problemy techniczne podczas aukcji wyniknęły z wyłącznej winy Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu Zamawiający złożył dowody – korespondencję z operatorem Logintrade S.A. oraz raport i oświadczenie tej firmy (w którym potwierdza, że nie odnotowała żadnych problemów technicznych), które wskazują, że problemy techniczne podczas aukcji nie wyniknęły z wyłącznej winy Zamawiającego. Nie można zatem jednoznacznie uznać, że problemy techniczne podczas aukcji wyniknęły z wyłącznej winy Zamawiającego. Tym samym nie można uznać, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

. Aby uznać, że konieczne jest unieważnienie aukcji elektronicznej, niezbędne jest jednoznaczne i niewątpliwe wykazanie wadliwości przebiegu aukcji oraz fakt przyczynienia się Zamawiającego do tej sytuacji. Taka sytuacja w przedmiotowej sprawie nie zachodzi. Ani twierdzenia Odwołującego, ani załączone przez niego dokumenty nie potwierdzają, aby w toku aukcji doszło do nieprawidłowości w funkcjonowaniu platformy aukcyjnej i aby Zamawiający przyczynił się do tej sytuacji.

Odwołujący w trakcie rozprawy jednoznacznie oświadczył, że nie składa wniosku o powołanie dowodu z opinii biegłego z dziedziny informatyki na okoliczność ustalenia przyczyn zakłóceń, jakie zgłaszał Odwołujący w trakcie aukcji elektronicznej, gdyż w jego ocenie nie jest potrzebne przeprowadzenie takiego dowodu.

Należy podkreślić, że to w gestii stron leży wykazanie zasadności twierdzeń za pomocą wszystkich możliwych dowodów. Inicjatywa dowodowa przed Izłą spoczywa na stronach. Odwołujący, do którego należała inicjatywa dowodowa (jako strona przedstawiająca zarzuty oraz strona, u której nastąpiły zakłócenia, na które się powoływano), złożył jednoznaczne oświadczenie, że dowód z opinii biegłego nie jest niezbędny dla rozstrzygnięcia sprawy, zatem brak było podstaw do przeprowadzenia tego dowodu.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań w charakterze świadka Pana J. B. i Pana I. G.. Oddalenie tego wniosku uzasadnione było faktem, że są to wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w konsorcjum po stronie Odwołującego i składali wyjaśnienia w charakterze strony. Nadto osoby te, jako przedstawiciele podmiotów wchodzących w skład konsorcjum Odwołującego, nie mogą być źródłem informacji obiektywnych i niezależnych od stron niniejszego postępowania. Wręcz przeciwnie: jako przedstawiciele konsorcjum Odwołującego, są bezpośrednio zainteresowani wynikiem postępowania, a zatem ich oświadczenia mogą być traktowane wyłącznie jako stanowisko Odwołującego, a nie źródło obiektywnych informacji. Ponadto Izba podziela stanowisko

Zamawiającego, zgodnie z którym nie mogą stanowić wiarygodnego dowodu mogącego mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy zeznania pozostałych zgłoszonych przez Odwołujących świadków, ponieważ Odwołujący nie wykazał, że osoby te dysponują wiedzą o jakichkolwiek okolicznościach potwierdzających nieprawidłowe działanie platformy aukcyjnej.

Izba oddaliła także wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań w charakterze świadka pana P. G. i pana D. K., z uwagi na fakt, że jako pracownicy Odwołującego są oni bezpośrednio zainteresowani wynikiem postępowania. Stąd też trudno uznać, że posiadane przez nich informacje mają charakter obiektywny. Ponadto, jak wskazano powyżej, a co przyznał także Odwołujący w trakcie rozprawy, osoby te nie dysponują wiedzą specjalną o jakichkolwiek okolicznościach potwierdzających nieprawidłowe działanie platformy aukcyjnej - wiedza tych osób ogranicza się wyłącznie do faktów o działaniach Odwołującego, podejmowanych w toku aukcji. Tym samym powołanie dowodu z zeznań tych osób prowadzioby jedynie do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania.

Izba oddaliła także wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań w charakterze świadka Pani E. S. Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał, że pani E. S. nie mogłaby stwierdzić przyczyn nieprawidłowości, a jedynie potwierdzić, że Odwołujący się z nią kontaktował – co zostało już wykazane innym dowodem i nie było kwestionowane przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że osoba ta od początku potwierdziła, że jest osobą odbierającą telefony.

Bez znaczenia w niniejszej sprawie pozostaje okoliczność podnoszona przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał wyboru oferty, której wartość przekroczyła kwotę, którą Zamawiający planował pierwotnie przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego, powtórzenie aukcji elektronicznej pozwoliłoby Zamawiającemu na zmniejszenie kosztów realizacji zamówienia publicznego, a tym samym byłoby oczywiście korzystne z punktu widzenia słusznego interesu publicznego.

Podkreślić należy, że innym przepisom podlega procedura przeprowadzenia aukcji elektronicznej, a innym ocena możliwości Zamawiającego zwiększenia kwoty, jaką Zamawiający planował przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia publicznego - są to niezależne czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Istotą zarzutu Odwołującego jest nieprawidłowe przeprowadzenie przez Zamawiającego aukcji elektronicznej, stąd też kwestia możliwości zwiększenia kwoty na realizację zamówienia lub ewentualnego zmniejszenia kosztów realizacji zamówienia, jest z punktu widzenia prawidłowości przeprowadzenia aukcji, całkowicie indyferentna.

W konsekwencji należy stwierdzić, że nie są zasadne pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91d ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wyznaczenia terminu kontynuowania aukcji elektronicznej, pomimo zaistnienia nieprawidłowości funkcjonalnej platformy aukcyjnej.

Zgodnie z art. 91 d ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku, gdy awaria systemu teleinformatycznego spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, zamawiający wyznacza termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następny po usunięciu awarii dzień roboczy, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu.

Art. 91d ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych obejmuje swoim zakresem wyłącznie takie awarie systemu teleinformatycznego, które powodują przerwanie całej aukcji elektronicznej, co będzie widoczne dla Zamawiającego i każdego z wykonawców. W niniejszym postępowaniu nie zaistniała taka sytuacja.

Skoro nie doszło do przerwania przedmiotowej aukcji będącego następstwem awarii systemu teleinformatycznego (platformy aukcyjnej), to tym samym Zamawiający nie był zobowiązany w trybie art. 91d ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyznaczenia terminu kontynuowania aukcji, po usunięciu awarii, co w konsekwencji oznacza, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91d ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest nieuzasadniony.

W konsekwencji Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 91d ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wybór oferty wykonawcy Zakłady Przetwórstwa Drzewnego LAS-KOP sp. j. D. J., M. F..

Odwołujący nie wykazał nieprawidłowości w przeprowadzeniu aukcji elektronicznej spowodowanej przyczynami, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, ani też wystąpienia awarii systemu teleinformatycznego, która spowodowała przerwanie tej aukcji. Zamawiający po przeprowadzonej aukcji elektronicznej dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym zarzut naruszenia art. 91d ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny.

W konsekwencji nie można także stwierdzić, aby Zamawiający naruszył przepisy pzp dotyczące uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe okoliczności na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....