

Sygn. akt: KIO 1047/11

WYROK
z dnia 1 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2011 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wilanów z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wilanów z siedzibą w Warszawie, w trybie przetargu nieograniczonego z zakończeniem postępowania aukcją elektroniczną, o wartości szacunkowej większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem jest „Utrzymanie, urządzenie i pielęgnacja zieleni na terenach będących we władaniu m.st. Warszawy: Część I - Urządzenie i pielęgnacja zieleni na terenach będących we władaniu m.st. Warszawy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 marca 2011 r.

Odwołanie dotyczy czynności zamawiającego i zaniechania w części I zamówienia polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum firm: Lider - DENDROMIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- 2) zaniechaniu powtórzenia aukcji elektronicznej pomimo uzasadnionego sprzeciwu odwołującego,
- 3) nieprzygotowaniu platformy aukcyjnej do sprawnego przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 poprzez jego błędne zastosowanie, tj. nieprzygotowanie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 91c ust. 1 poprzez jego niezastosowanie, tj. niezapewnienie skutecznego składania kolejnych postąpień za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej przy bezpośrednim połączeniu z tą stroną.

Odwołujący żądał:

- 1) unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum firm: Lider - DENDROMIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 2) unieważnienia aukcji elektronicznej,
- 3) przeprowadzenia ponownej aukcji elektronicznej w sposób prawidłowy i automatycznej oceny ofert.

Interes w podejmowaniu środków ochrony prawnej, w ocenie odwołującego, przejawia się w tym, że gdyby zamawiający przygotował platformę aukcyjną w sposób umożliwiający bezproblemowe uczestnictwo w aukcji elektronicznej, odwołujący miałby szansę na pozyskanie zamówienia.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu.

W postępowaniu zostały złożone 4 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną w zakresie dwóch części zamówienia, przedmiotem odwołania jest część I.

Termin wyznaczonej aukcji elektronicznej ustalono na dzień 10.05.2011 godzina 10:00 i aukcja rozpoczęła się w tym dniu o wyznaczonej godzinie.

Odwołujący przeprowadzał aukcję z użyciem dwóch komputerów (jeden służył do składania ofert, drugi do monitorowania przebiegu aukcji). Były to dwa niezależne komputery, posiadające dwa różne systemy operacyjne, pracujące na przeglądarce internetowej polecanej przez Biuro Zamówień Publicznych, tj. Mozilla Firefox oraz posiadające kilka źródeł pozyskania dostępu do Internetu. Jeden z komputerów pozyskiwał połączenie internetowe z sieci naziemnej oraz sieci bezprzewodowej, drugi (którym odwołujący posługiwał się w celu składania ofert) posiadał również te dwie drogi pozyskania łącza internetowego, a oprócz tego posiadał dodatkowe narzędzie, którym jest I-PLUS czyli Internet bezprzewodowy pozyskiwany zupełnie niezależnie od sieci stworzonych w siedzibie odwołującego, obsługiwany przez operatora telefonii komórkowej. Zatem, całkowita utrata przez odwołującego łącza internetowego była niemalże niemożliwa.

Odwołujący w toku aukcji skutecznie złożył siedem postąpień, które dawały mu każdorazowo pozycję najkorzystniejszą. Były to oferty składane w różnych odstępach czasu ze średnią częstotliwością ok. 2 min. (raport oferenta generowany przez system Biura Zamówień Publicznych - załącznik nr 1). Po złożeniu ostatniej oferty odwołującego (dogrywka - godzinie 10:22:24), inny wykonawca złożył ofertę korzystniejszą. Zważywszy na to, iż aukcja została zamknięta o godzinie 10:26:00, a od złożenia ostatniej oferty czas aukcji przedłuża się na czas kolejnej dogrywki, tj. 3 min., odwołujący miał czas przynajmniej 2 min. na złożenie kolejnej oferty. Jednak czynności uniemożliwił mu system obsługujący platformę aukcyjną, bez ostrzeżenia czy komunikatu mogącego świadczyć o utracie łączności z platformą (obraz nr 1 przedstawiony w odwołaniu).

Odwołujący podniósł, że nie był w stanie złożyć oferty, gdyż system nagle przestał generować możliwość skutecznego jej złożenia (obraz nr 2 przedstawiony w odwołaniu).

Wskazał, że miejsce zaznaczenia pozycji kolorem czerwonym przestało być aktywne, co z kolei uniemożliwiło odwołującemu zatwierdzenie składanej oferty poprzez podpisanie jej za pomocą bezpiecznego podpisu elektronicznego.

Odwołujący powtarzał czynność wielokrotnie na obu komputerach, jednak finalnie do złożenia

oferty nie doszło, gdyż na jednym z komputerów odwołującego konsola całkowicie się „zawiesiła” w stanie „Składanie oferty” – (załącznik nr 2 do odwołania zdjęcie ekranu), natomiast na drugim komputerze, gdzie odwołujący również próbował złożyć ofertę, pojawił się komunikat „Wystąpił błąd w aukcji! Proszę skontaktować się z administratorem aukcji!” – (załącznik nr 3 do odwołania zdjęcie ekranu).

Odwołujący natychmiast zareagował kontaktując się z administratorem aukcji, tj. z Biurem Zamówień Publicznych, co pozwoliło mu sprawnie wziąć udział w kolejnej aukcji w dniu 10.05.2011 r. o godzinie 12:00.

W dniu 11.05.2011 r. odwołujący wysłał do zamawiającego pismo (załącznik nr 4 do odwołania) odnośnie problemów podczas opisanej aukcji elektronicznej wraz z materiałem dowodowym załączonym również do odwołania. Biuro Zamówień Publicznych udzieliło odpowiedzi dnia 12.05.2011 r. (załącznik nr 5 do odwołania), nie stwierdzając żadnych uchybień czy nieprawidłowości ze strony administratora aukcji, a wskazało na problemy ze sprzętem odwołującego, podając nienaturalność wyświetlanych komunikatów. Zamawiający sugerował, iż równoległe prowadzona przez niego aukcja monitorująca działanie platformy przebiegała sprawnie, jednak nie wzięto pod uwagę, że w czasie, kiedy odwołujący próbował złożyć ofertę, żaden z innych wykonawców biorących udział w aukcji elektronicznej nie podejmował takiej próby, gdyż z postępowania przedstawionego przez zamawiającego wynika, iż pozostali oferenci raczej nie brali czynnego udziału w aukcji na tym etapie.

Jednak na podstawie dowodów i wątpliwości, co do prawidłowego przeprowadzenia aukcji elektronicznej, a co za tym idzie zapewnienia uczciwej konkurencji wykonawcom biorących udział w postępowaniu, trudno zgodzić się odwołującemu z decyzją zamawiającego, co do zaniechania powtórzenia aukcji elektronicznej.

Mając na uwadze powyższe argumenty i okoliczności wniósł jak na wstępie.

Zamawiający przedstawił w piśmie z dnia 11 maja 2011 r. następujące stanowisko.

Zgodnie z przyjętymi standardami obsługi Platformy Aukcyjnej, w trakcie prowadzonej rzeczywistej aukcji elektronicznej operator prowadził równoległą aukcję testową, mającą na celu bieżące sprawdzanie poprawnego funkcjonowania Platformy Aukcyjnej.

W przebiegu aukcji testowej, do godziny 10:26, czyli do momentu zamknięcia aukcji, zostało złożonych 14 postąpień w 2-3 minutowych odstępach czasu, w tym ostatnie postąpienie opatrzone podpisem elektronicznym o godzinie 10:25:50, a więc na 10 sekund przed terminem zamknięcia aukcji. W załączniku nr 1 do pisma przekazał raport operatora z aukcji testowej, w którym została przedstawiona historia składanych ofert. Stwierdził, że powyższe wskazuje jednoznacznie, że w trakcie aukcji elektronicznej nie wystąpiły żadne błędy ze strony oprogramowania uniemożliwiające składanie postąpień.

W czasie trwania aukcji rzeczywistej postąpienia złożyło 2 wykonawców w tym wykonawca

POLSUPER Sp. z o. o. Ostatnia oferta została złożona przez innego wykonawcę o godzinie 10:22:51. Do czasu zamknięcia aukcji wykonawca POLSUPER Sp. z o.o. składał ofertę ośmiokrotnie. Żaden z wykonawców uczestniczących w aukcji rzeczywistej nie zgłaszał w jej trakcie problemów z funkcjonowaniem Platformy. Kontakt ze strony wykonawcy nastąpił już po zakończeniu aukcji elektronicznej.

Po zakończeniu aukcji rzeczywistej dla wykonawcy POLSUPER Sp. z o.o. została uruchomiona aukcja testowa. Czas jej rozpoczęcia to godzina 11:26, a zakończenia godzina 11:59. W tym czasie zostało złożonych 8 postąpień przez firmę POLSUPER Sp. z o.o. Podczas trwania aukcji sprawdzającej nie wystąpiły żadne problemy czy też błędy uniemożliwiające składanie ofert przez wykonawcę. Zamawiający wskazał załącznik nr 4.

Podał, że materiał zdjęciowy dostarczony przez wykonawcę przedstawia widok, w którym o godzinie 10:52 widnieje komunikat „Wystąpił błąd w aukcji. Proszę skontaktować się z administratorem aukcji”. Stwierdził, że komunikat o takiej treści pojawia się w konsoli oferenta wykonawcy w momencie gdy składanie oferty rozpoczęte jest jeszcze w czasie trwania aukcji, natomiast jej zakończenie, czyli rzeczywiste złożenie poprzez opatrzenie jej podpisem elektronicznym, następuje już po zakończeniu aukcji. Uznał, że wystąpienie takiego komunikatu jest potwierdzeniem na prawidłowe funkcjonowanie Platformy Aukcyjnej. Podniósł, że na obrazku nie widać jednak ceny oferty, rankingu oraz punktacji, dane te są zasłonięte przez nienaturalnie położone okno komunikatu. Przekazał screen z takim komunikatem. Wskazał, że sytuacja jaką przedstawia obrazek była sztucznie wywołana przez pracowników BZP tak aby pokazać, że występowanie takiego komunikatu jest potwierdzeniem na prawidłowe funkcjonowanie systemu Platformy Aukcyjnej - załącznik nr 2. Podał, że kolejne zdjęcie jakie zostało dołączone do pisma przedstawia widok już innego komputera, z innym systemem operacyjnym, z czasem o minutę wcześniej niż zdjęcie z komunikatem. Sugeruje to, w ocenie zamawiającego, że komunikat pojawił się tylko na jednym z używanych przez wykonawcę POLSUPER Sp. z o.o. sprzętów. Stwierdził, że wyświetlana cena była niższa o minimalne postąpienie cenowe od ostatniej złożonej przez wykonawcę i jednocześnie niższa od oferty prowadzącej, jednak status aukcji jednoznacznie wskazał, że aukcja była już zamknięta. Dodał, że cenę w oknie o nazwie „Cena Pln” można zmienić po zakończeniu aukcji posługując się przyciskami „+” oraz „-”.W załączeniu przekazał screen z sztucznie wywołaną przez pracowników BZP opisaną sytuacją - załącznik nr 3.

Zamawiający uznał, że zarzuty podniesione przez POLSUPER Sp. z o.o. nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym i nie widział przesłanek do powtórzenia aukcji elektronicznej.

Krajowa Izba odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes, o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy, wnosząc odwołanie, złożył bowiem ofertę, wziął udział w aukcji elektronicznej i w przypadku udowodnienia zarzutu zawartego w odwołaniu – niezapewnienie przez zamawiającego skutecznego składania kolejnych postępień za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej przy bezpośrednim połączeniu z tą stroną, miałyby ewentualną możliwość uzyskania zamówienia.

W siwz zamawiający opisał zastosowanie aukcji wraz z podaniem wymagań technicznych wobec wykonawców, którzy wezmą udział w aukcji. Czas otwarcia i zamknięcia aukcji przewidziano w godzinach 10:00 - 10:15. Faktyczny czas trwania wynosił 10:00 – 10:26:00. Ostatnie zgłoszenie oferty wybranej miało miejsce o godzinie 10:22:51 (wartość 100 punktów); ostatnie postępowanie odwołującego miało miejsce o godzinie 10:22:24 (wartość 99,30 punktów).

Z opisu zawartego w odwołaniu, stanowiska zamawiającego przesłanego odwołującemu w dniu 12 maja 2011 r. w odpowiedzi na jego wystąpienie z dnia 11 maja 2011 r. oraz wyjaśnień złożonych na rozprawie wynika jednoznacznie, że strony nie zgłaszały wzajemnych zastrzeżeń co do sprzętu stosowanego do przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Odwołujący podnosił w odwołaniu niezapewnienie skutecznego składania kolejnych postępień za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej przy bezpośrednim połączeniu z tą stroną, nie poparł jednakże zarzutu żadnymi dowodami na potwierdzenie, że po stronie zamawiającego wystąpił błąd w prowadzeniu aukcji elektronicznej, natomiast załączone do odwołania dowody przedstawiały jedynie stan urządzeń odwołującego.

Z ekspertyzy przedłożonej na rozprawie przez odwołującego – sporządzonej przez Jarosława Mikołajczaka - FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWA „MIKOM” Jarosław Mikołajczak, w dniu 30 maja 2011 r. wynika, że jej przedmiotem było sprawdzenie przez administratora sieci internetowej w budynku siedziby firmy (POLSUPER Sp. z o.o.) jakości łącza internetowego w dniu 10.05.2011 r. W ekspertyzie jej wystawca nie stwierdził, by w dniu 10.05. 2011 r. w godzinach 9 – 14 wystąpiły przerwy w dostępie do usługi, jak również spadku jakości lub stabilności łącza internetowego. A więc ekspertyza potwierdziła dostęp i stabilność łącza internetowego odwołującego w dniu przeprowadzonej aukcji elektronicznej.

Z kolei zamawiający przedłożył na rozprawie oficjalne stanowisko Marketplanet jako udostępniającego Platformę Aukcyjną, z dnia 25 maja 2011 r. w sprawie aukcji elektronicznej o numerze - 4093 – Aukcja: Utrzymanie, urządzenie i pielęgnacja zieleni na terenach będących we władaniu m.st. Warszawy – część I; aukcja z dnia 2011.05.10, w którym stwierdził, iż podczas przedmiotowej aukcji Platforma działała bez zarzutu. Dodał jeszcze, że czekanie ze złożeniem oferty, szczególnie przy użyciu podpisu elektronicznego do ostatnich sekund trwania aukcji może grozić niezapisaniem oferty przez Platformę za pomocą kwalifikowanego certyfikatu.

Zamawiający przedłożył również opracowanie pt. Platforma aukcyjna m.st. Warszawy, aukcja elektroniczna – instrukcja wykonawcy (dostarczonej odwołującemu przed rozpoczęciem aukcji), w której na str. 10-11 została przedstawiona procedura składania ofert (pkt 4). W ppkt 4) zawarto opis podpisywania składanej oferty bezpiecznym (kwalifikowanym) podpisem elektronicznym. W drugim oknie wskazanego podpunktu przedstawiono sposób ponownego potwierdzenia w nowym oknie podpisania oferty. Ponadto, zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że przedstawiciel odwołującego był szkoleny w odpowiednim czasie z zakresu prowadzenia aukcji elektronicznej i zarówno przed rozpoczęciem aukcji, jak i w jej toku wykonawcy mogli korzystać z pomocy operatora platformy.

Podniósł, że rzuty z ekranu załączone do odwołania zostały sporządzone po zakończeniu aukcji oraz, że testy przeprowadzone po zakończeniu aukcji nie mogą być miarodajne dla oceny sytuacji, która miała miejsce w toku aukcji – (zgodnie ze stanowiskiem wynikającym z wyroku KIO z dnia 25 lutego 2011 r. sygn. akt KIO/277/11).

Z akt sprawy i stanowiska stron, w ocenie KIO, jednoznacznie wynika, że odwołujący złożył ofertę w ramach ostatniego ósmego, w kolejności zamawiającego, postąpienia, jednakże nie zdążył podpisać oferty bezpiecznym (kwalifikowanym) podpisem elektronicznym.

Przyczyny braku możliwości złożenia podpisu nie zostały ustalone. Odwołujący jako wnoszący odwołanie, inspirujący spór, był zobowiązany do udowodnienia zarzutów, które sprowadzałyby się do wykazania błędu po stronie zamawiającego lub operatora platformy, na której przeprowadzano aukcję elektroniczną. Obowiązek dowodowy obciążający odwołującego wynika zarówno z art. 6 Kodeksu cywilnego, jak i art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ust. 3 tego artykułu określa, że dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron. Niewątpliwie więc na odwołującym spoczywał obowiązek udowodnienia błędu po stronie zamawiającego, nie zaś odwrotnie, co podniesiono na rozprawie, zamawiający nie miał obowiązku wykazać, że nie popełnił błędu przeprowadzając aukcję elektroniczną.

W ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił nieprawidłowego działania platformy, na której prowadzona była kwestionowana aukcja elektroniczna, tj. platformy Marketplanet dzierżawionej przez zamawiającego. Argumenty podnoszone przez odwołującego oraz przedstawione dowody zmierzały do wykazania, że w toku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 10 maja 2011 r. wszystkie formalności po stronie odwołującego były dopełnione, jak też wszystkie działania dokonywane były poprawnie, a mimo to odwołujący został pozbawiony możliwości złożenia kolejnego postąpienia poprzez brak wymaganego podpisu. Okoliczności, że odwołujący wykorzystał do aukcji elektronicznej urządzenia informatyczne prawidłowo przygotowane i zabezpieczone, że nie było w danym dniu przerw w dostępie do usługi, jak również spadku jakości lub stabilności łącza internetowego, są dowodami potwierdzającymi dochowanie należytej staranności przez odwołującego. Nie wyczerpują one jednak pełnego katalogu sytuacji, przed którymi mógł i powinien był zabezpieczyć się w związku z prowadzoną aukcją elektroniczną, a które mogłyby z całą pewnością potwierdzać, że w toku prowadzonej aukcji elektronicznej nie zaistniały określone przyczyny wskazujące na błąd, czy innego rodzaju niepożądane działanie po stronie odwołującego, uniemożliwiające złożenie kolejnego postąpienia (okoliczności adekwatne do podnoszonych w wyżej wskazanym wyroku KIO).

Z tych względów, wobec braku udowodnienia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu - art. 7 ust. 1 i art. 91c ust. 1, odwołanie nie mogło być uwzględnione i podlega oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 lit. a 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).

Przewodniczący:.....