

POSTANOWIENIE

z dnia 7 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**
Członkowie: **Aneta Mlącka**
Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant: **Agata Dziuban**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 7 stycznia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: DDSC Holding Sp. z o.o., Carbomet Sp. z o.o., 41 – 400 Mysłowice, ul. Katowicka 72**

w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „BOGDANKA” S.A., 21 – 013 Puchaczów, Bogdanka**

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. **DDSC Holding Sp. z o.o., Carbomet Sp. z o.o., 41 – 400 Mysłowice, ul. Katowicka 72** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. **DDSC Holding Sp. z o.o., Carbomet Sp. z o.o., 41 – 400 Mysłowice, ul. Katowicka 72** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. Bogdanka (dalej: zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa franco magazyny Zamawiającego w Bogdance. Nadrybiu i Stefanowie, siatki okładzinowej zgrzewanej typu ciężkiego do obudowy chodnikowej wg specyfikacji”.

Konsorcjum DDSC Holding Sp. z o. o. i Carbomet Sp. z o. o., reprezentowani przez DDSC Holding Sp. z o. o. z siedzibą w Mysłowicach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w dniu 21 listopada 2013 r. w sposób nieprawidłowy, uniemożliwiający Odwołującemu składanie kolejnych, korzystniejszych postąpień,
2. zaniechanie ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w związku z jej wadliwym przeprowadzeniem w dniu 21 listopada 2013 r.,
3. naruszenie zasady równego traktowania poprzez nieprawidłowe przeprowadzenie aukcji elektronicznej tym samym przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i wybór oferty, która nie była najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu,
4. uniemożliwieniu złożenia oświadczeń o postąpieniach w drodze elektronicznej podczas trwania aukcji (art. 77 w związku z przepisem art. 91 c ust. 5 pzp) ,
5. zamknięciu aukcji elektronicznej na podstawie błędnego przyjęcia, że nie zostały zgłoszone nowe postąpienia (art. 80 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp w związku z przepisem art. 91c ust. 5 pzp),
6. zamknięciu aukcji elektronicznej w sytuacji, gdy nie wszystkie oferty, w tym oferta Odwołującego, zostały złożone oraz wybór oferty po zakończeniu aukcji niezgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ” (art. 80 ust. 2 pzp w związku z przepisem art. 91c ust. 5 pzp),
7. uniemożliwienie Odwołującemu wprowadzenia niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia ze stroną internetową, na której umieszczony był formularz, tym samym uniemożliwienia złożenia kolejnych korzystniejszych postąpień i w rezultacie uniemożliwienia złożenia ostatecznej oferty,

8. a także innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący poniósł szkodę, ponieważ został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z treścią zapisu w rozdziale IX SIWZ „Kryteria oceny ofert”, przyjęte oferty będą oceniane odrębnie dla każdego zadania wg kryterium - cena brutto oferty - 100%. Odwołujący uzyskał 99,71 punktów w zakresie oceny ofert w postępowaniu na dostawę franco magazyny Zamawiającego w Bogdance, Nadrybiu i Stefanowie, siatki okładzinowej zgrzewanej typu ciężkiego - Grupa II. Gdyby Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Ustawy, oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego w wyniku prawidłowo przeprowadzonej aukcji elektronicznej mogłaby zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, czego skutkiem byłoby uzyskanie przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 91c ust. 1 p.z.p., art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 77 w związku z przepisem art. 91c ust. 5 pzp, art. 80 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp, art. 80 ust. 2 pzp.

W konsekwencji wnosi o:

- uznanie aukcji elektronicznej, przeprowadzonej w dniu 21 listopada 2013 r. za przeprowadzoną w sposób nieprawidłowy i tym samym unieważnienie tej czynności - jej unieważnienie,
- nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej w ramach przetargu, z uwzględnieniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sposób zapewniający odpowiednie funkcjonowanie platformy aukcyjnej, umożliwiającej wykonawcom możliwość bezpośredniego i niezakłóconego łączenia się z platformą elektroniczną i składanie postąpień
- dokonanie ponownej oceny ofert,
- wybór najkorzystniejszej oferty zgodnie z kryteriami określonymi w SIWZ i przepisach Ustawy.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący, w terminie przewidzianych przez Zamawiającego złożył swoją ofertę. Zgodnie z postanowieniami siwz, w przypadku złożenia co najmniej 3 ofert w danym zadaniu, przewidziano po dokonaniu oceny ofert, przeprowadzenie w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w tym zadaniu aukcję elektroniczną, stosownie do przepisów art. 91a - 91 c p.z.p.. Oferta Odwołującego oferta została sklasyfikowana jako najkorzystniejsza (100 pkt w oparciu o zastosowane kryterium ceny. Zamawiający zaprosił Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej w dniu 21 listopada 2013 r. Jako miejsce przeprowadzenia aukcji Zamawiający wskazał platformę aukcyjną <http://bogdanka.logintrade.net>. zgodnie z treścią SIWZ.

W celu przygotowania się do udziału w aukcji, w dniu ją poprzedzającym, Odwołujący przeprowadził test wskazanej przez Zamawiającego platformy sprawdzając poprawność wykonywanych za jej pośrednictwem działań. Odwołujący przeprowadzając test posłużył się zestawami komputerowymi skonfigurowanymi zgodnie z wyrażonymi przez Zamawiającego w SIWZ zaleceniami. Podczas przeprowadzanych czynności, stanowiących symulację aukcji elektronicznej, stwierdzono, iż zalecana przez Zamawiającego przeglądarka internetowa (Internet Explorer) uniemożliwia skuteczne składanie postąpień, gdyż w momencie wprowadzania wartości w panelu aukcyjnym, system, zamiast dokonywać wprowadzenia oferty, przetwarzał ją nie wywołując jakiegokolwiek reakcji ze strony serwera. Wobec tego, w postępowaniu aukcyjnym Odwołujący zdecydował się na skorzystanie z przeglądarki Mozilla Firefox, przy której użyciu stwierdzone podczas testów zakłócenia nie występowały. W trakcie trwania licytacji, po zakończeniu czasu podstawowego i rozpoczęciu dogrywki, wystąpił problem ze złożeniem oferty. Podobnie jak w przypadku dokonywanych z zastosowaniem przy użyciu zalecanej przeglądarki testów, system nie zareagował na wprowadzoną przez Odwołującego ofertę, uniemożliwiając jakiegokolwiek działanie. W momencie zaistnienia problemu Odwołujący niezwłocznie zgłosił awarię systemu pod nr telefonu infolinii spółki LoginTrade, która jest właścicielem wykorzystanej przez Zamawiającego platformy aukcyjnej. Do końca trwania aukcji Odwołujący nie miał możliwości skutecznego złożenia postąpienia, czego skutkiem była jego przegrana w aukcji. Niezwłocznie po jej zakończeniu, w tym samym dniu, Odwołujący wniósł do Zamawiającego o ponowne przeprowadzenie aukcji podnosząc wskazane wyżej okoliczności, wskutek których nie miał możliwości złożenia skutecznego postąpienia w czasie dogrywki aukcji. Pismem z dnia 3 grudnia 2013 r. Zamawiający uznał wniosek za bezzasadny, odmawiając ponownego przeprowadzenia aukcji tak, by zapewnić wszystkim jej uczestnikom możliwość niezakłóconego składania postąpień, co zaowocowałoby wyborem oferty rzeczywiście najkorzystniejszej. Jako przyczynę wadliwego działania platformy aukcyjnej wskazano użycie niezgodnej z zaleceniami Zamawiającego przeglądarki internetowej.

Z taką decyzją zamawiającego odwołujący się nie zgadza.

Zgodnie z art. 91c ust. 1 p.z.p., w przypadku, gdy zamawiający decyduje się na przeprowadzenie aukcji elektronicznej, zamawiający powinien udostępnić wykonawcom formularz umieszczony na stronie internetowej, formularz ten powinien umożliwiać wyprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, zamawiający powinien umożliwić wykonawcom składanie kolejnych, korzystniejszych postąpień, postąpienia składane przez wykonawców powinny podlegać automatycznej ocenie i klasyfikacji.

Podmiotem w całości odpowiedzialnym za prawidłowe działanie wybranej platformy jest zamawiający. Celem zastosowania aukcji, jako sposobu wyboru najkorzystniejszej oferty jest

„zwiększenie konkurencji i w konsekwencji uzyskanie przez zamawiającego oferty korzystniejszej od najkorzystniejszej po ocenie przed etapem aukcji. W zaistniałym stanie faktycznym, Zamawiający, kierowany zapewne wolą zapewnienia zgodności postępowania z przewidzianymi w ustawie wymogami, zdecydował się określić zalecaną konfigurację używanych do składania postąpień w akcji przez wykonawców komputerów. Zalecenie Wykonawcom użycia konkretnej przeglądarki internetowej, powszechnie znanej jako produkt niestabilny i zawodny (Internet Explorer), nie może być uznane za właściwe działanie z jego strony. Nie jest możliwym stwierdzić, iż Odwołujący powinien ponosić negatywne konsekwencje wynikłe z faktu, iż chcąc zapewnić sobie możliwość wzięcia udziału w aukcji w taki sposób, by móc skutecznie złożyć ofertę, dokonuje wyboru narzędzia, które może mu to zagwarantować w stopniu wyższym, niż wskazane przez Zamawiającego. Co więcej, w niniejszej sprawie, użycie sugerowanego przez Zamawiającego oprogramowania w dniu testów w ogóle uniemożliwiało przystąpienie do licytacji, co rodziło uzasadnioną obawę, iż w przypadku wzięcia udziału we właściwej aukcji złożenie oferty będzie napotykało trudności. Analizując jednak powołane wyżej okoliczności, koniecznym jest wyciągnąć wniosek, iż powstałe podczas licytacji utrudnienia były wynikiem przede wszystkim wadliwego działania platformy, za którą odpowiedzialny jest Zamawiający. W przypadku Odwołującego, zarówno korzystanie z sugerowanej przeglądarki Internet Explorer, jak i Mozilla Firefox, która w dniu testów działała bez zastrzeżeń, nie pozwoliło na wzięcie udziału w aukcji w sposób, w którym mógłby on złożyć ofertę w decydującym etapie licytacji (dogrywka). Zapewnienie właściwych warunków technicznych aukcji elektronicznej jest tym bardziej konieczne z uwagi na fakt, tak prowadzone postępowanie odbywa się w czasie rzeczywistym, a każde, nawet najmniejsze zachwianie stabilności działania platformy, bądź całkowita jej awaria, może (jak w zaistniałym stanie faktycznym) mieć kluczowe znaczenie dla wyniku przetargu. Uznanie za ważnie przeprowadzoną aukcji, w której jeden z uczestników jest de facto z niej wyłączonej, jest niedopuszczalne mając na uwadze kategorię brzmienie przepisów p.z.p., w szczególności odnoszących się do konieczności prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Celem prowadzonego postępowania jest wybór najkorzystniejszej oferty. Aukcja elektroniczna nie stanowi osobnego trybu udzielania zamówienia, a jedynie sposób, mający za zadanie ułatwić osiągnięcie wskazanego celu podstawowego. Istotą tego sposobu są faktycznie i skutecznie składane przez uczestników postąpienia, które, jak wskazano, mają na celu uzyskanie ceny korzystniejszej dla zamawiającego niż wynikającej z etapu pierwszego. Wszelkie uwarunkowania techniczne oraz organizacyjne prowadzonej aukcji elektronicznej powinny być podporządkowane temu celowi, mając za zadanie ułatwić jego osiągnięcie, a nie stanowić utrudnienia dla wykonawców.

Ponowne przeprowadzenie przez Zamawiającego aukcji, o które zwrócił się Odwołujący w piśmie z dnia 21 listopada 2013 r. leżałoby w jego najlepszym interesie, gdyż miałyby bezpośredni wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryterium ceny. Odwołujący podjął wskazane powyżej działania (kontakt telefoniczny, wniosek o ponowne przeprowadzenie) niezwłocznie, gdyż był zdecydowany złożyć ofertę w czasie dogrywki. Był do tego przygotowany, a przeszkoda uniemożliwiająca uczestniczenie w postępowaniu na równi z innymi Wykonawcami leżała wyłącznie po stronie Zamawiającego.

Zasadniczym zarzutem jest przeprowadzenie aukcji w sposób, który uniemożliwił Odwołującemu dokonanie kluczowego postąpienia, zaś zasadniczym argumentem Zamawiającego jest fakt, iż Odwołujący posługiwał się w toku aukcji przeglądarką inną, niż Internet Explorer. Odwołujący twierdzi, że po pierwsze, Zamawiający wcale nie wprowadził jednoznacznego wymogu posługiwania się wyłącznie przeglądarką Internet Explorer, a po drugie, nawet, gdyby wymóg taki został wprowadzony, to skutkiem niezastosowania się do niego nie może być poniesienie przez Odwołującego konsekwencji nieprawidłowego działania platformy aukcyjnej. Powyższe Odwołujący argumentuje w następujący sposób.

1. Warunki i sposób przeprowadzenia aukcji

W treści SIWZ w rozdziale IX „Kryteria oceny ofert” w pkt 4 zostały opisane warunki przeprowadzenia przez Zamawiającego aukcji:

„**AUKCJA ELEKTRONICZNA**

1. W przypadku złożenia co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający, po dokonaniu oceny ofert, przeprowadzi w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w tym zadaniu aukcję elektroniczną, stosownie do przepisów art. 91a - 91c Pzp.

2. Aukcja przeprowadzona będą na platformie aukcyjnej <https://bogdanka.logintrade.net>.

3. Wykonawcy zaproszeni do aukcji elektronicznej powinni posiadać:

- dostęp do sieci internet
- **obsługa przez przeglądarkę protokołu XMLHttpRequest – ajax** (wytł. Odwołującego)
- włączona obsługa JavaScript
- zalecana szybkość łącza internetowego powyżej 500 KB/s
- zainstalowany Acrobat Reader
- zainstalowane środowisko uruchomieniowe Java - Java SE Runtime Environment 6 Update 24 lub nowszy
- przeglądarka internetowa:
- dla Windows XP: Internet Explorer 7, Internet Explorer 8
- dla Windows Vista: Internet Explorer 7, Internet Explorer 8, Internet Explorer 9
- dla Windows 7: Internet Explorer 9

Regulamin Platformy zakupowej Logintrade jest dostępny na stronie internetowej <https://J/bogdanka.logintrade.net/rejestracja/regulamin.html>”

W przytoczonym powyżej punkcie 3, tiret drugie, Zamawiający stwierdził, że przeglądarka, którą wykorzystuje Wykonawca, powinna obsługiwać protokół XMLHttpRequest - ajax. Protokół ten obsługiwany jest przez wiele przeglądarek, w szczególności przez przeglądarkę Mozilla Firefox. Postawienie takiego wymagania wskazuje więc na pewien obiektywny standard technologiczny, który powinny spełniać stosowane przez Wykonawców przeglądarki, nie zaś na konkretny produkt, z którego powinien korzystać uczestnik aukcji.

Kolejną istotną dla Wykonawców informacją, jest wyraźne odesłanie przez Zamawiającego w treści SIWZ do regulaminu platformy Logintrade, ze wskazaniem strony internetowej, na której regulamin ten się znajduje. W treści regulaminu platformy Logintrade brak jakichkolwiek informacji co do zalecanej, sugerowanej czy wymaganej przeglądarki, przy wykorzystaniu której należy prowadzić aukcję.

Odwołujący wskazuje, że operator Platformy nie zapewnił prawidłowego nieprzerwanego funkcjonowania Platformy, a należy wskazać, że obowiązek udostępnienia formularza na stronie internetowej leży po stronie Zamawiającego i wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, które są skutkiem nieprawidłowych działań lub zaniechań Zamawiającego. Zgodnie z przepisem art. 15 ust. 2 Ustawy, zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. Podmioty, o których mowa w art. 15 ust. 2 Ustawy, działają jako pełnomocnicy zamawiającego w świetle treści przepisu art. 15 ust. 3 Ustawy. Należy wskazać, że na podstawie przepisu art. 95 § 2 Kodeksu cywilnego, czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Tym samym działania i zaniechania operatora Platformy, mają wpływ na zakres odpowiedzialności Zamawiającego w zakresie zapewnienia prawidłowego funkcjonowania Platformy i prawidłowego przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Odwołujący wskazuje, że jakkolwiek Zamawiający udostępnił wykonawcom formularz na stronie internetowej, to formularz ten nie umożliwiał wprowadzenia niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną przy zastosowaniu warunków opisanych w SIWZ w zakresie wymagań przeglądarki. Odwołujący wskazał w treści reklamacji z dnia 21 listopada 2013 r., że po zakończeniu czasu podstawowego (w czasie przedłużonym, tzw „dogrywki”) wystąpił problem z dokonywaniem postąpień, a tym samym ze złożeniem ostatecznej oferty. W związku z tym, Zamawiający dokonał zamknięcia aukcji elektronicznej na podstawie przyjęcia, że nie zostały zgłoszone nowe postąpienia.

Pismem z dnia 3 grudnia 2013r. Odwołujący został poinformowany o tym, że złożona przez Odwołującego reklamacja (pismo z dnia 21 listopada 2013r.) została rozpatrzona przez Zamawiającego negatywnie. Nie jest zasadne stwierdzenie Zamawiającego zawarte w

piśmie z dnia 3 grudnia 2013r., który powołuje się na opinię operatora Platformy Logintrade S.A. z siedzibą we Wrocławiu, że najbardziej prawdopodobną przyczyną pojawienia się trudności w prawidłowym złożeniu oferty było korzystanie przez Odwołującego z przeglądarki Mozilla Firefox. Sformułowanie „najbardziej prawdopodobną przyczyną” wskazuje, że operator Platformy nie ustalił jednoznacznie, jaka była rzeczywista przyczyna niemożliwości złożenia prawidłowych postępień. Odwołujący stwierdza, że w jego ocenie wykorzystanie przeglądarki Mozilla Firefox nie było przyczyną powstałego problemu. Wręcz przeciwnie, to właśnie przy korzystaniu z zalecanej przez Zamawiającego przeglądarki Internet Explorer występowały problemy w toku aukcji testowej. Dopiero zastosowanie przeglądarki Mozilla Firefox umożliwiło Odwołującemu dokonywanie postępień przynajmniej w pierwszej części aukcji, o czym operator Platformy został poinformowany.

Operator platformy nie odniósł się do faktu, iż przez większą część aukcji przebiegała ona poprawnie (pomimo wykorzystania przeglądarki Mozilla Firefox), a dopiero w końcowej, krytycznej fazie wystąpił błąd uniemożliwiający złożenie postąpienia. Odwołujący stwierdza, że gdyby istotnie nie było możliwe skorzystanie z przeglądarki Mozilla Firefox ze względów technicznych, to zarówno w trakcie aukcji próbnej, jak i w toku aukcji zasadniczej, nie byłoby w ogóle możliwe dokonywanie postępień, lub też występowałyby problemy z funkcjonowaniem platformy.

Oceniając stanowisko Zamawiającego należy odnieść się do warunków przeprowadzenia aukcji elektronicznej wskazanych w SIWZ. Zgodnie z zapisem w rozdziale IX „Kryteria oceny ofert” w pkt 4 ppkt 3 SIWZ, Wykonawcy zaproszeni do aukcji elektronicznej powinni posiadać m.in: dostęp do sieci internet, obsługę przez przeglądarkę protokołu XMLHttpRequest - ajax, włączoną obsługę JavaScript.

Cechą charakterystyczną XMLHttpRequest jest możliwość wykonywania żądań już po załadowaniu się HYPERLINK "http://pl.wikipedia.org/wiki/Strona_internetowa",s,/rony internetowej w trakcie interakcji z użytkownikiem. Otrzymane odpowiedzi serwera są wówczas wykorzystywane do modyfikacji załadowanego dokumentu. Możliwość asynchronicznego wykonywania żądań sprawia, że są one wykonywane w tle i nie przerywają interakcji użytkownika ze stroną, dynamicznie ją zmieniając. Treść odpowiedzi serwera najczęściej przekazywana jest w formatach HYPERLINK "<http://pl.wikipedia.org/wiki/XML>"ZML, HYPERLINK "<http://pl.wikipedia.org/wiki/JSON>" lub czystym tekstem. Odwołujący wskazał na opisy przeglądarek i wskazanego protokołu w siwz.

W związku z powyższym Odwołujący wskazuje, że nieprawdziwe jest stwierdzenie Zamawiającego zawarte w rozpatrzeniu reklamacji z dnia 3 grudnia 2013, że prawdopodobną przyczyną problemów Odwołującego w trakcie trwania aukcji elektronicznej było użycie przeglądarki Mozilla Firefox. Zgodnie z informacjami powszechnie dostępnymi,

przeładowarką, która obsługiwała protokół XMLHttpRequest, wymagany przez Zamawiającego, już w 2002r. była przeglądarka Mozilla Firefox. Zatem negatywne rozpatrzenie reklamacji złożonej przez Odwołującego pozbawione jest podstaw faktycznych, nie tylko dlatego, iż Zamawiający nie posiada jednoznacznych informacji pozwalających na ustalenie przyczyn problemu opisanego przez Odwołującego, lecz także dlatego, że z powszechnie dostępnych informacji wynika wręcz, że przy postawionych przez Zamawiającego wymaganiach przeglądarka Mozilla Firefox wykorzystuje technologię, która powinna umożliwiać prawidłowy przebieg aukcji.

Odwołujący podtrzymuje tezę, iż „zakaz” posługiwania się przez Wykonawców przeglądarkami innymi, niż Internet Explorer, nie został jasno wyrażony w treści SIWZ, a nawet gdyby takowy był sformułowany, nie byłby skuteczny jako wymóg jedynie co do formy oferty, a nie jej treści.

Zamawiający musi zapewnić takie warunki techniczne, by dla dowolnego wykonawcy, posługującego się typowymi narzędziami informatycznymi dostępnymi na rynku, możliwe było: (a) wprowadzanie niezbędnych danych (składanie ofert) w trybie bezpośredniego połączenia ze stroną internetową, na której udostępniony jest odpowiedni formularz oraz (b) składanie ofert opatrzonych bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Aukcja elektroniczna jest tylko techniczną formą składania ofert. Zamawiający odpowiada za stworzenie warunków do tego, by oferty mogły być złożone, a cytowane przepisy mówią, jakie konkretnie warunki. Wszelkie wymagania o charakterze technicznym wykraczające poza art. 91c ust. 1 i 2 pzp można traktować tak samo, jak wymagania co do formy składanej oferty. Są to bowiem wymagania co do sposobu złożenia oświadczenia woli, jakim jest oferta, a nie ulega wątpliwości, że nie są to wymagania o charakterze merytorycznym, co do treści oświadczenia woli. W obecnym stanie prawnym jest oczywiste, że nie spełnienie przez Wykonawców wymagania o charakterze formalnym (np. co do ponumerowania stron oferty, czy co do posłużenia się konkretnym formularzem narzuconym przez Zamawiającego) nie może być podstawą poniesienia negatywnych następstw przez Wykonawcę.

Odwołujący stwierdza, że na gruncie wskazanych przepisów, Zamawiający musi dopuścić każde rozwiązanie techniczne, które umożliwia po stronie Wykonawcy złożenie oferty w sposób określony w art. 91 c ust. 1 i 2 pzp. Przeglądarka Mozilla Firefox umożliwia zarówno wprowadzenie niezbędnych danych do formularza udostępnionego na stronie internetowej, jak i złożenie podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jeżeli Zamawiający po swojej stronie nie stworzył warunków do złożenia oferty za pomocą typowych narzędzi występujących na rynku, to jest to okoliczność, która obciąża wyłącznie Zamawiającego i nie może być podstawą poniesienia negatywnych konsekwencji przez Wykonawców. Nawet, gdyby Zamawiający istotnie „wykluczył” w SIWZ

posługiwanie się niektórymi przeglądarkami, to „wykluczenie” takie nie mogłoby wyrzucić skutku prawnego - w przeciwnym wypadku należałoby przyjąć, że Zamawiający jest uprawniony do dowolnego kształtowania dowolnych zasad postępowania, np. mógłby skutecznie rozszerzać przesłanki wykluczenia wykonawców, czy unieważnienia postępowania. Przepis art. 91 c ust. 2 pzp dotyczy wymagań co do formy oferty i przewiduje, że oferta w toku aukcji może być złożona w formie elektronicznej, opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Żaden z przepisów ustawy pzp nie daje Zamawiającemu uprawnienia do zawężania tak zdefiniowanej formy poprzez wskazywanie konkretnych narzędzi, którymi Wykonawcy muszą się posługiwać w celu złożenia podpisu elektronicznego. Jeżeli Zamawiający mógłby limitować sposób składania tego podpisu poprzez ograniczenie do wskazanych wyraźnie narzędzi informatycznych, to idąc dalej należałoby uznać, że Zamawiający może wymagać np. zastosowania formy aktu notarialnego dla oferty „klasycznej”, a przecież gdyby nawet wymóg taki został wprowadzony do SIWZ i nie byłby zakwestionowany w toku postępowania odwoławczego, to i tak Zamawiający nie mógłby odmówić przyjęcia oferty sporządzonej w zwykłej formie pisemnej. Jeżeli więc nawet w omawianym przypadku Zamawiający jednoznacznie wykluczyłby składanie dokonywanie postępień przy wykorzystaniu przeglądarki Mozilla Firefox, to byłaby to dokładnie taka sytuacja, jaka miałaby miejsce w razie ograniczenia formy oferty do aktu notarialnego. Zamawiający musi dopuścić oferty złożone w formie dopuszczonej ustawą, a więc nie może uniemożliwić Wykonawcy złożenia oferty za pomocą typowego narzędzia informatycznego, które zapewnia spełnienie wymagań ustawowych dla prowadzenia aukcji elektronicznej.

Zdaniem Odwołującego, naruszenie przepisów Ustawy przez Zamawiającego miało istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ gdyby aukcja elektroniczna została przeprowadzona prawidłowo, zgodnie przepisami Ustawy, w szczególności w zakresie zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania, wynik postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia byłby inny.

Na niejawnym posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej strony postępowania odwoławczego przedstawiły następujące stanowiska:

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesionego po terminie. Stwierdził, że termin do wniesienia odwołania wynika z przepisu art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zauważył, że kwestionowane czynności lub zaniechania w trakcie aukcji miały miejsce w dniu 21.11.2013 r., z tą też datą odwołujący miał wiedzę o okolicznościach stanowiących postawę wniesienia odwołania, a tym samym termin na wniesienie odwołania upłynął 1 grudnia 2013 r. Na poparcie stanowiska wskazał

treść orzeczenia SN z 28.02.2013 r. sygn.. III CZP107/12. Wskazał na treść zarzutów odwołania ze str. 2, które dotyczą czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej, a nie wyboru najkorzystniejszej oferty. Wskazał także na treść reklamacji złożonej przez odwołującego w dniu przeprowadzenia aukcji, z której wynika, iż wykonawca nie miał możliwości skutecznego składania postąpień w trakcie dogrywki. Zauważył, że wykonawcy uczestniczący w aukcji informowani są o wyniku aukcji w czasie rzeczywistym, a zatem odwołujący miał świadomość tego, że w postępowaniu zostały złożone oferty korzystniejsze niż jego oferta. W piśmie tym wniósł jednocześnie o ponowne przeprowadzenie aukcji. Zauważył ponadto, że w odwołaniu nie złożono wniosku o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku zamawiającego. Stwierdził, że przedmiotem odwołania jest czynność zamawiającego, a nie problemy i okoliczności techniczne, w tym zaniechania operatora platformy aukcyjnej, jakie miały miejsce w dniu przeprowadzenia aukcji. Stwierdził, że kwestionuje decyzję zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymaną w dniu 3 grudnia 2013 r.; w tej samej dacie zamawiający zawiadomił także wykonawcę o nieuwzględnieniu jego reklamacji. Przed tą datą nie wystąpiły czynności zamawiającego, które mogłyby podlegać zaskarżeniu. Wskazał, w odwołaniu wnosi o nakazanie ponownej oceny ofert. Stwierdził, że datą w której pojawiły się czynności lub zaniechania zamawiającego jest 3 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na posiedzeniu z udziałem stron uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba zauważyła, że zarzuty odwołania zarówno w części opisowej, jak i przedstawiającej naruszone w ocenie odwołującego przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczą wyłącznie wadliwego przebiegu aukcji elektronicznej, polegającego w szczególności na niemożności zgłoszenia przez wykonawcę kolejnych postąpień. Izba podziela stanowisko odwołującego, że za prawidłowe przeprowadzenie aukcji odpowiada zamawiający. Stwierdzone nieprawidłowości są tym samym wynikiem nieprawidłowych działań lub zaniechań zamawiającego niezależnie od faktu, że operatorem platformy był podmiot trzeci działający na zlecenie zamawiającego.

Izba zauważyła, że odwołujący się wykonawca w dacie przeprowadzenia aukcji jednoznacznie stwierdził wystąpienie błędu powodującego niemożność złożenia przez niego oferty w tzw. dogrywce. W wyniku tego zdarzenia skierował do zamawiającego pismo z dnia 21 listopada 2013 r. nazwane reklamacją aukcji elektronicznej, w której wskazał na powstały błąd i wniósł o ponowne przeprowadzenie aukcji przez zamawiającego. Skład orzekający

stwierdza w tych okolicznościach, że odwołujący miał we wskazanej dacie świadomość co do nieprawidłowego działania systemu aukcyjnego i wskazał na konieczność ponowienia aukcji przez co należy rozumieć żądanie unieważnienia czynności aukcji w tym dniu i przeprowadzenie kolejnej aukcji. Już z powyższego można wnioskować, że odwołujący miał świadomość, że aukcja jest częścią postępowania i w istocie stanowi czynność zamawiającego podlegającą odrębnej ocenie co do przeprowadzenia jej w zgodzie z obowiązującymi przepisami ustawy. Tym samym twierdzenie, że odwołanie dotyczące naruszenia przepisów o aukcji elektronicznej wskazanych w odwołaniu, można wnieść dopiero po otrzymaniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w trybie art. 92 ustawy Pzp, jest nieuzasadnione. Izba nie podzieliła takiej argumentacji, uznając, że odwołanie dotyczy nieprawidłowości w przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, która miała miejsce w dniu 21 listopada 2013 r. skutkującej wg oświadczeń odwołującego niemożnością dokonywania postępowań. Przedmiotem odwołania, ujmując to ogólnie, jest zatem nieprawidłowe przygotowanie (zaniechanie przez zamawiającego czynności polegającej na prawidłowym przygotowaniu) platformy aukcyjnej, co uniemożliwiło złożenie oferty (kolejnych postępowań). Izba stwierdza, że odwołanie zostało złożone w zakresie nieprawidłowości w toku aukcji. Wynika to z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie przysługuje nie tylko od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego, ale także od zaniechania czynności przez zamawiającego, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Na zamawiającym z pewnością ciąży obowiązek i odpowiedzialność za prawidłowe przygotowanie aukcji. Termin na wniesienie takiego odwołania winien być liczony od dnia kwestionowanej aukcji zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, tj. od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Informację o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania odwołujący bez wątplenia powziął dnia 21 listopada 2013 r. i od tej daty należy liczyć 10-dniowy termin na jego wniesienie.

Tym samym należy uznać, że wypełniona została przesłanka, o której mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, który przewiduje w tym przypadku 10-dniowy termin na złożenie odwołania. Tym samym zawarcie zarzutów dopiero w odwołaniu z dnia 13 grudnia 2013 r. należy uznać za dokonane z uchybieniem terminu. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska prezentowanego przez odwołującego o braku czynności lub zaniechań, których mogły dotyczyć zarzuty odwołania przed wyborem najkorzystniejszej oferty, skoro w rzeczywistości kwestionuje te czynności, które miały miejsce w toku aukcji elektronicznej.

W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

.....

.....

.....