

Sygn. akt: KIO/277/11

WYROK
z dnia 25 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Paweł Trojan

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2011 r. przez **Lek S.A., Podlipie 16, 95-010 Stryków** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków**

przy udziale wykonawcy **PGF URTICA Sp. z o.o., ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Lek S.A., Podlipie 16, 95-010 Stryków, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Lek S.A., Podlipie 16, 95-010 Stryków** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **115 zł 50 gr** (słownie: sto piętnaście złotych pięćdziesiąt groszy) przez **Lek S.A., Podlipie 16, 95-010 Stryków** na rzecz **Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków**, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Szpital Uniwersytecki w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę produktów leczniczych, wyrobów medycznych, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego, roztworów galenowych oraz produktów do pielęgnacji skóry do Apteki Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 24 listopada 2010 r., pod nr: 2010/S 228-348614. Postępowanie to zostało podzielone na 66 części z możliwością składania ofert częściowych.

W postępowaniu tym wykonawca Lek S.A., z siedzibą w Podlipiu poczta Stryków (dalej: „Odwołujący”) w dniu 10 lutego 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności aukcji elektronicznej, przeprowadzonej w dniu 31 stycznia 2011 r., w wyniku której w postępowaniu wybrano ofertę najkorzystniejszą złożoną przez wykonawca PGF URTICA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający przekazał Odwołującemu w dniu 2 lutego 2011 r. Złożone odwołanie dotyczy 45 części zamówienia, tj.: części oznaczonej jako: „1. Meropenemum 1 000 sztuki. 2. Meropenemum 18 000 sztuki.”.

W dniu 14 lutego 2011 r. wykonawca PGF URTICA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Przystępujący”) złożył przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystąpienie zostało złożone na podstawie wezwania Zamawiającego skierowanego do niego w dniu 11 lutego 2011 r. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego drogą faksową.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika:

I. Stanowisko Odwołującego

W odwołaniu Odwołujący wskazał, że czynności Zamawiającego naruszają:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z dokonaniem wyboru oferty, która nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, w związku z art. 91c ustawy Pzp, z uwagi na brak możliwości pełnego i właściwego korzystania z formularzy elektronicznych na stronie platformy wybranej przez zamawiającego,
2. art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i przyznanie punktów wykonawcy, który nie złożył oferty najkorzystniejszej, o czym Zamawiający został poinformowany bezzwłocznie,

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i unieważnienie wszystkich czynności Zamawiającego od momentu zaproszenia do aukcji, tj. czynności przeprowadzenia aukcji, czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 45, a w konsekwencji o ponowne zaproszenie do aukcji i wyznaczenie nowego terminu otwarcia aukcji elektronicznej,
2. dopuszczenie dowodu z oświadczeń i zeznań świadków na okoliczność faktów zaistniałych w trakcie aukcji, wskazujących na nieprawidłowe działanie systemu z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy,
3. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność stwierdzenia, że przyczyny zawieszenia systemu w trakcie przeprowadzania aukcji elektronicznej nie leżały po stronie Odwołującego,
4. zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że oferta Przystępującego w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej otrzymała 100 pkt, a oferta Odwołującego 99,94768687 pkt. Podniósł, że w dniu 25 stycznia 2011 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu zaproszenie do aukcji. Przed terminem aukcji natomiast, Odwołujący - chcąc dołożyć należytej staranności w dniu 28 stycznia 2010 o godz. 16:30 zwrócił się do operatora platformy www.soldea.pl z wnioskiem o przeprowadzenie aukcji próbnej. Celem przeprowadzenia tej aukcji, było sprawdzenie i potwierdzenie, że sprzęt, na którym miała być wykonywana aukcja jest w pełni sprawny. Komputer służący do zalogowania do aukcji został przygotowany zgodnie z wymaganiami opisanymi na stronie <https://www.soldea.pl/epp/przygotowanie.php>, z uwzględnieniem uwag technicznych, a w szczególności konfiguracji przeglądarki Internet Explorer. Aukcja próbna według Odwołującego przebiegła pomyślnie. Odwołujący podniósł, że w dniu 31 stycznia 2011 r.

o godz. 10:21:01 rozpoczęła się aukcja nr 201 I/7/epp/20. W trakcie kolejnych postępień, o godz. 10.31 strona się zawiesiła i nie można było złożyć kolejnego postąpienia. Nie było widać czasu zakończenia aukcji i nie było aktywnych ramek do złożenia oferty. Podkreślił, że powyższe było poprzedzone złożeniem 6 postępień (3 ze strony Odwołującego się, oraz 3 ze strony drugiego licytującego), zawieszenie zaś nastąpiło przed planowanym przez Odwołującego siódmym postąpieniem. W związku z powyższym konieczny był restart systemu, i o godz. 10.36 doszło do ponownego zalogowania się, ale z informacji na stronie wynikało, że aukcja została zakończona; wskazano godzinę zakończenia aukcji: 10.34:56.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków – obecnych podczas aukcji ze strony Odwołującego: Monika A., Łukasz T., Maciej K. na okoliczność stwierdzenia wyżej opisanych faktów zaistniałych w trakcie przedmiotowej aukcji.

Odwołujący ustalił diagnozę wskazanego połączenia, która była wynikiem przeprowadzenia przez dział IT Odwołującego testów przy użyciu aplikacji pathping natychmiast po zakończeniu aukcji. Wyniki tych testów wskazywały na ponad 90% utratę pakietów testowych do adresu www.soldea.pl (213.222.202.88) jeden krok przed serwerem, na adresie 213.222.200.15. Podkreślił, że te same wyniki zostały uzyskane na łączach od różnych dostawców internetowych oraz na różnych komputerach testowych. O zaistniałej sytuacji Odwołujący poinformował dział zamówień publicznych reprezentujący Zamawiającego oraz pracownika reprezentującego Soldea.pl - Pana Lecha W., od którego Odwołujący – jak podniósł – otrzymał informację zwrotną, że firma dokonuje analizy sytuacji i skonsultuje się ze swoim partnerem firmą Unizeto.

Powyższe okoliczności wskazują, zdaniem Odwołującego, na fakt, że przyczyny braku możliwości złożenia kolejnego postąpienia nie wynikały z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Dowodzą, w jego ocenie, temu przeprowadzenie testy przez dział IT, które kategorycznie wykluczyły jakikolwiek problem techniczny, czy to sprzętowy, czy to związany z łączami po stronie Odwołującego. Podkreślił, że Odwołujący w trakcie przedmiotowego postępowania dołożył należytej staranności i z własnej inicjatywy przeprowadził aukcję testową, która dawała mu gwarancję i wykluczyła jakiegokolwiek wady systemu po stronie wykonawcy. Podkreślił, że nie może on ponosić negatywnych skutków wynikających z zawieszenia systemu platformy wskazanej przez Zamawiającego, gdyż takie okoliczności wskazują na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że natychmiast po zaistnieniu zdarzenia w toku aukcji elektronicznej Odwołujący poinformował Zamawiającego o braku możliwości złożenia przez siebie kolejnego postąpienia z przyczyn technicznych nie leżących po jego stronie. Tym samym w tych okolicznościach ciężar odpowiedzialności i weryfikacji zdarzenia – zdaniem Odwołującego - leży po stronie Zamawiającego. W takiej sytuacji Zamawiający nie wybrał oferty najkorzystniejszej w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego

w związku z tym, że rozstrzygnięcie przedmiotowej kwestii i zweryfikowanie przyczyn zawieszenia systemu może być dokonane jedynie przez osobę posiadającą wiadomości specjalne, wniósł o powołanie przez Izbę dowodu z opinii biegłego, wskazując przy tym, że opinia biegłego winna być potraktowana jako dowód istotny, bowiem dotyczy wiadomości i ekspertyz, których nie można pominąć rozstrzygając przedmiotową kwestię. Aby bowiem stwierdzić zasadność stawianych zarzutów należy dokonać analizy działania systemu platformy, na której Zamawiający przeprowadzał aukcję. Podkreślił, że Odwołujący nie jest w stanie dostarczyć takich dowodów z uwagi na brak dostępu do serwerów innych podmiotów, a ponadto nie jest również w stanie uzyskać informacji od operatorów platformy www.soldea.pl, gdyż pomimo wysyłania wiadomości o zaistniałym problemie z prośbą o jego weryfikację, zdiagnozowanie i wskazanie przyczyn zawieszenia nie otrzymał żadnej odpowiedzi. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo sądów okręgowych i Sądu Najwyższego.

W piśmie procesowym z dnia 11 lutego 2011 r. Odwołujący wniósł także o przesłuchanie w charakterze świadka - Pana Lecha W. na okoliczność zeznania z jakich przyczyn w dniu 31 stycznia 2011 r. o godz. 10.31 zawiesiła się strona aukcji elektronicznej nr 2011/7/pp/20 na platformie www.soldea.pl, co spowodowało brak możliwości złożenia kolejnego postąpienia w postępowaniu przez Odwołującego.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający pismem z dnia 18 lutego 2011 r. przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że po podjęciu od Odwołującego informacji o jego problemach w aukcji zwrócił się do Operatora platformy elektronicznej, na której aukcja elektroniczna była prowadzona, firmy Soldea L. W. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Łodzi o zajęcie stanowiska w sprawie. Podkreślił, że w toku prowadzenia aukcji elektronicznej nie zaobserwowano żadnych problemów z jej funkcjonowaniem – strona aukcji działał prawidłowo, w tym czasie prowadzone były inne aukcje, w czasie których inni wykonawcy składali postąpienia. Tym samym – zdaniem Zamawiającego - nie naruszono w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji, ponieważ Elektroniczna Platforma Przetargowa została udostępniona wszystkim wykonawcom na takich samych zasadach.

Zamawiający wniósł o przesłuchanie w charakterze świadka Pana Lecha W. i Pana Jarosława W., przedstawicieli Operatora platformy na okoliczność wyjaśnienia sytuacji stanowiącej podstawę odwołania, jak również na okoliczność opisanego funkcjonowania Platformy Przetargowej. Wskazując, że samodzielnie nie posiada wystarczającej wiedzy do

tego, aby wyjaśnić szczegóły techniczne funkcjonowania tej platformy, przedłożył pisemne stanowisko w tej sprawie Operatora.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący składając przystąpienie w pełni poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. Zarzuty odwołania dotyczą przeprowadzenia aukcji elektronicznej i w efekcie wybrania oferty konkurenta Odwołującego. Gdyby nie wskazywane przez Odwołującego okoliczności jego oferta zostałaby uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Powyższe wskazuje wprost na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za niezasadne.

Izba przy wydaniu orzeczenia w sprawie uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty Odwołującego, protokoły z przeprowadzonej aukcji. Izba uwzględniła także zeznania świadków Panów: Łukasza T., Macieja K. oraz Lecha W. oraz pisemne i ustne stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika złożone w sprawie. W zakres materiału dowodowego włączono także dokumenty i materiały przedłożone przez Odwołującego i Zamawiającego w ramach pism procesowych i w toku rozprawy, tj.:

- oświadczenie z dnia 10 lutego 2011 r. elektromechanika - pracownika działu technicznego obsługującego budynek, w którym ma siedzibę Odwołujący co do dostaw energii elektrycznej do budynku;
- oświadczenie z dnia 14 lutego 2011 r. specjalisty wsparcia IT Odwołującego, co do funkcjonowania infrastruktury sieciowej w budynku Odwołującego;
- wydruki ze strony www.ripr.net, o przydzieleniu adresu internetowe IP;
- informację z działu IT Odwołującego - wydruki z komputera odnoszące się o połączenia testowego z platformą przetargową po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej.

Izba biorąc pod uwagę przede wszystkim dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyjaśnienia stron postępowania odwoławczego ustaliła, że aukcja elektroniczna przewidziana w ramach niniejszego postępowania w postanowieniach SIWZ (pkt 3.14 i 13.2 – 13.5 SIWZ), dotycząca części nr 45 zamówienia, oznaczona nr PE/2011/7/epp/20, została przeprowadzona w dniu 31 stycznia 2011 r. Aukcja ta została przeprowadzona na platformie elektronicznej pod adresem: www.soldea.pl. Aukcję rozpoczęto o godz. 10.20.01, a zakończono o 10.34.56. Ostatnie postąpienie w toku aukcji miało miejsce o godz. 10.30.56. W aukcji wzięło udział dwóch wykonawców oznaczonych w protokole z aukcji literami B (Odwołujący) i H (Przystępujący). W toku aukcji złożono 7 postąpień z czego ostatnie z ceną 1 795 932 złożone zostało przez Przystępującego.

Biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba ustaliła, że Odwołujący pomimo ciężącego na nim ciężaru dowodowego, nie udowodnił nieprawidłowego działania platformy, na której prowadzona była kwestionowana przez Odwołującego aukcja elektroniczna, tj. platformy należącej do firmy Soldea Sp. z o.o. Argumentacja podnoszona przez Odwołującego w tej sprawie oraz wszelkie przedstawiane i wnioskowane przez Odwołującego dowody zmierzały do wykazania przez niego, że w toku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 31 stycznia 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 w postępowaniu. Próby wykazywania, że Odwołujący wykorzystał do aukcji elektronicznej urządzenia informatyczne zgodnie z wymaganiami technicznymi określonymi w tym zakresie przez Zamawiającego w SIWZ, że nie było w danym dniu problemów w działaniu infrastruktury sieciowej zainstalowanej w biurze Odwołującego, że nie nastąpiła przerwa w dostawie energii elektrycznej do budynku, w którym znajduje się siedziba Odwołującego, są dowodami potwierdzającymi, że Odwołujący dochował należytej staranności - przynajmniej w tym konkretnym wykazywanym przez niego wycinku przygotowania technicznego do aukcji –

podejmując określone działania przed i w toku aukcji elektronicznej. Wykazywane przez Odwołującego okoliczności nie mogą stanowić pełnego katalogu sytuacji, przed którymi Odwołujący mógł i powinien był zabezpieczyć się w związku z prowadzoną aukcją elektroniczną. Nie wyczerpują one wszystkich możliwych nie tylko technicznie sytuacji, które mogłyby z całą pewnością potwierdzać, że w trakcie prowadzonej aukcji elektronicznej nie zaistniały określone okoliczności wskazujące na błąd, czy innego rodzaju niepożądane działanie po stronie Odwołującego uniemożliwiające mu złożenie kolejnego postąpienia w toku aukcji. Zgłaszany przez Odwołującego wniosek dowodowy dotyczący powołania biegłego posiadającego wiedzę specjalną z zakresu sieci komputerowe i aplikacje web wnioskowany był także na okoliczność stwierdzenia, że przyczyny zawieszenia systemu w trakcie przeprowadzenia aukcji elektronicznej nie leżały po stronie Odwołującego. Ten wniosek dowodowy Izba oddaliła na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, uznając, że przeprowadzenie tego dowodu w sprawie prowadziłoby jedynie do zwłoki w postępowaniu odwoławczym. Określona przez Odwołującego teza dowodowa zmierzałaby do konieczności ustalenia przez biegłego, że w okolicznościach, w których prowadzona była aukcja elektroniczna w dniu 31 stycznia 2011 r., po stronie Odwołującego nie wydarzyło się nic, co mogłoby wskazywać na jakiegokolwiek nieprawidłowe działanie po stronie Odwołującego. Biegły, nie uczestnicząc w trakcie przeprowadzonej aukcji elektronicznej, na niewiadomego pochodzenia sprzęcie Odwołującego, przy czym nie wiadomo, czy faktycznie wykorzystywanym przez Odwołującego w toku aukcji, w innych zupełnie warunkach, miałby zweryfikować, że przyczyny zawieszenia systemu nie leżały po stronie Odwołującego. Dowód taki z pewnością nie byłby miarodajny, a nie wskazywałby na pewno na nieprawidłowości w toku aukcji występujące po stronie Zamawiającego, czy też platformy elektronicznej, na której prowadzona była - zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego - aukcja elektroniczna. Byłby to zatem dowód zupełnie zbędny w tej sprawie. Nie można także wykluczyć, że w trakcie aukcji u Odwołującego został popełniony jakiś błąd ludzki, stąd też przedstawianie dowodów i argumentacji odnoszącej się do tego aspektu przeprowadzonej aukcji elektronicznej Izba uznała za zbędne.

Zdaniem Izby okolicznością, która powinna być przez Odwołującego co najmniej uprawdopodobniona to wskazanie konkretnego niepożądanego działania po stronie systemu elektronicznej platformy, na której prowadzono aukcję, błędu w jej działaniu, uchybienia technicznego, czy też przykładowo jakiejś zewnętrznej nieuprawnionej ingerencji w ten system informatyczny, co mogłoby prowadzić do negatywnych skutków dla uczestników aukcji, choćby takich jak wywodzone przez Odwołującego w postaci niemożności złożenia kolejnego postąpienia. Odwołujący zatem nie wykazał, że określony instrument, czy rozwiązanie techniczne związane z działaniem platformy spowodowało wyeliminowanie Odwołującego bądź szerszego grona wykonawców z możliwości złożenia postąpienia.

Odwołujący nie wykazał, że taki błąd po stronie działania platformy pojawił się w ogóle, czy też, że w ogóle jest możliwy i na czym taki błąd w działaniu tego instrumentu miałby polegać. Takich nieprawidłowości w działaniu platformy w toku przedmiotowej aukcji nie zauważył Zamawiający i właściciel platformy (Soldea Sp. z o.o.), nie zgłaszał ich także żaden z wykonawców. Jak wynika z dowodu w postaci zeznań świadka – Pana Lecha W. platforma www.soldea.pl przeprowadza aukcje w sposób automatyczny, tj. bez ingerencji człowieka. Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w postaci protokołu z przeprowadzonej aukcji) wynika, iż jej zakończenie nastąpiło w sposób planowy, a więc 4 minuty od ostatniego postąpienia. Odwołujący zaś nie wskazał natomiast żadnych konkretnych nieprawidłowości w działaniu platformy w toku aukcji. Odwołujący nie przedstawił też choćby zrzutów z ekranu komputera z momentu, kiedy aukcja była przeprowadzana, aby uprawdopodobnić charakter błędu, z jakim Odwołujący spotkał się w toku aukcji.

Izba odnosząc się do argumentacji Odwołującego co do przeprowadzonego po zakończeniu aukcji testu i przedłożonego w tym zakresie zrzutu ekranowego stwierdziła, że testy przeprowadzone po zakończeniu aukcji nie mogą być miarodajne dla oceny sytuacji, która miała miejsce w toku aukcji. Po zakończeniu aukcji nie jest ona już aktywna w systemie dla ewentualnych chętnych do wzięcia w niej udziału uczestników, system nie reaguje w sposób, jaki reagowałby, gdyby aukcja była aktywna dla jej uczestników (system nie odpowiada). Tym samym stwierdzenie, że po zamknięciu aukcji przeprowadzone testy, czy też diagnoza połączenia wskazała na utratę ponad 90% pakietów testowych do adresu www.soldea.pl (213.222.202.88) jeden krok przed serwerem, na adresie 213.222.200.15, który to adres - jak wykazywał Odwołujący, co potwierdził także świadek - Pan Lech W., należy do firmy Unizeto, które zajmuje się zabezpieczeniem serwerów należących do firmy Soldea Sp. z o.o. - nie ma żadnego znaczenia dla sprawy. Wskazane testy przeprowadzone były w innych warunkach aniżeli aktywna aukcja elektroniczna na stronie www.soldea.pl, stąd też wyniki przeprowadzonych testów nie mogą być miarodajne dla przeprowadzonej aukcji.

Izba oddaliła także wniosek dowodowy dotyczący oględzin komputera – laptopa, na którym Odwołujący przeprowadzał aukcję. Dowód ten wnioskowany był na okoliczność wykazania, iż sprzęt zastosowany przez Odwołującego do przeprowadzenia aukcji elektronicznej w dniu 31 stycznia 2011 r. odpowiadał wszystkim wymogom SIWZ. Przeprowadzenie tego dowodu było zbyteczne dla rozstrzygnięcia sprawy, po pierwsze nie ma pewności, czy faktycznie urządzenie, które w toku rozprawy Odwołujący chciał zaprezentować Izbie, było faktycznie używane w dniu 31 stycznia 2011 r. do przeprowadzanej aukcji. Po drugie nawet, jeśli przyjąć w sposób pośredni, że faktycznie

było to właśnie owo urządzenie, to – jak wskazano powyżej – nie takie okoliczności Odwołujący powinien był wykazywać w przedmiotowej sprawie. Nie jest bowiem w stanie wyeliminować i udowodnić wszystkich sytuacji, które mogłyby mieć miejsce po jego stronie, które wykluczałyby wszelkie nieprawidłowości, czy choćby błąd ludzki w trakcie aukcji.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający, dokonując wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej w zakresie części nr 45 zamówienia, nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi Odwołującego, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba też, działając w oparciu o przepisy 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) zasądziła także - na podstawie przedłożonego w toku rozprawy do akt sprawy rachunków - uzasadnione koszty Zamawiającego, obejmujące koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....