

Sygn. akt: KIO 1495/12

WYROK
z dnia 31 lipca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2012 roku przez wykonawcę **Millennium Leasing Sp. z o. o., 02 – 593 Warszawa, ul. Stanisława Żaryna 2A** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompania Węglowa S. A., 40 – 039 Katowice, ul. Powstańców 30;**

przy udziale wykonawcy **ING Lease (Polska) Sp. z o.o., 00 – 499 Warszawa, Pl. Trzech Krzyży 10/14** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Millennium Leasing Sp. z o. o., 02 – 593 Warszawa, ul. Stanisława Żaryna 2A** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę „Udzielenia linii leasingowej o łącznej wartości 66 942 124,36 PLN z podziałem na 2 zadania: Zadanie 1 - sfinansowanie zakupu 166 szt. nowych sekcji obudów zmechanizowanych prod. FZOŚ FAZOS S.A. dla KW S.A. Oddział KWK Bolesław Śmiały oraz Zadanie 2 - sfinansowanie zakupu 170 szt. nowych sekcji obudów zmechanizowanych prod. Hydrotech S.A. dla KW S.A. Oddział KWK Brzeszcze”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

4 lipca 2012 r. zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną w rozpoznawanym postępowaniu.

5 lipca 2012 r. - za pośrednictwem faksu – zamawiający zawiadomił Millennium Leasing Sp. z o.o., ul. Stanisława Żaryna 2A, 02-593 Warszawa (dalej: „Millennium” lub „odwołujący”) o wyniku aukcji - w zadaniu 1 postępowania przetargowego – w którym podano, że w trakcie aukcji elektronicznej ING Lease (Polska) Sp. z o.o., 00 – 499 Warszawa, Pl. Trzech Krzyży 10/14 (dalej: „ING” lub „przystępujący”) zaoferował marżę na poziomie 1,72%.

13 lipca 2012 r. Millennium wniósł odwołanie - w zakresie zadania 1 - wobec:

1. czynności aukcji elektronicznej, która została przeprowadzona w sposób wadliwy, w tym wobec naruszenia zasady przekazywania na bieżąco każdemu wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty,
2. informacji o wynikach aukcji elektronicznej oraz wyników aukcji elektronicznej,
3. zaniechanie przez zamawiającego udostępnienie dokumentacji aukcji elektronicznej, w tym raportu początkowego oraz raportu końcowego wyników aukcji,
4. z daleko posuniętej ostrożności procesowej - także wobec ewentualnej czynności

oceny ofert i wyboru oferty ING jako oferty najkorzystniejszej.

Czynnościom zamawiającego Millennium zarzucał naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp - przez przeprowadzenie aukcji bez zagwarantowania uczestnikom aukcji równoprawnego uczestnictwa w aukcji, w tym w zakresie składania ofert i bieżącego informowania o wyniku aukcji,
2. art. 8 ust. 1 Pzp - przez niedostępnie przez zamawiającego, pomimo wniosku wykonawcy, dokumentacji aukcji elektronicznej, w tym raportu początkowego oraz raportu końcowego wyników aukcji,
3. art. 91 ust. 1 Pzp - przez naruszenie zasad wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. art. 91c ust. 1 oraz ust. 3 Pzp - przez brak zachowania wymogów przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w tym brak możliwości wprowadzenia niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia (podlegających automatycznej ocenie i klasyfikacji) oraz brak przekazywania każdemu wykonawcy na bieżąco informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty,
5. art. 77 w zw. z art. 91c ust. 5 Pzp - przez naruszenie zasady komunikacji drogą elektroniczną w trakcie aukcji,
6. art. 96 ust. 2 oraz ust. 3 Pzp - przez niedostępnie przez zamawiającego, pomimo wniosku wykonawcy, dokumentacji aukcji elektronicznej.

Odwołujący - w zakresie zadania 1 – wnosił o:

- uwzględnienie odwołania w całości, oraz unieważnienia czynności poinformowania o wynikach aukcji elektronicznej,
- unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej,
- nakazanie ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej,
- przyznanie odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Jednocześnie Millennium wnosił o:

- a) dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego pisma, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,
- b) dopuszczenie dowodu z przesłuchania następujących świadków, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania:
 - a. M.....W..... (adres do doręczeń - adres odwołującego)
 - b. J..... M..... (adres do doręczeń - adres odwołującego)
 - c. E..... M..... Ł..... (adres do doręczeń - adres odwołującego)

- c) zobowiązanie zamawiającego do złożenia do akt sprawy dokumentacji aukcji elektronicznej, w tym raportu początkowego oraz raportu końcowego wyników aukcji.

W treści uzasadnienia odwołujący podnosił, że zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia aukcji elektronicznej zgodnie z przepisami Pzp i z poszanowaniem zasady równego traktowania wszystkich uczestników postępowania (art. 7 ust. 1 Pzp). Tymczasem, zdaniem odwołującego, w niniejszym postępowaniu naruszono powyższe podstawowe zasady, co skutkowało nieprawidłowymi wynikami aukcji elektronicznej. Podnosił, że po rozpoczęciu przedmiotowej aukcji elektronicznej o godz. 10:00, w jej trakcie, składał kolejne oferty - system aukcyjny nie wykazywał żadnych nieprawidłowości, a także, iż bez problemu zalogował się do systemu i wprowadzał oferty z użyciem bezpiecznego podpisu elektronicznego. Następnie około godz. 10:30 reprezentanci Millennium złożyli kolejną ofertę o wysokości marży 1,73%, przeprowadzając procedurę wynikającą z Instrukcji postępowania. Po wprowadzeniu nowej wartości użyty został przycisk „Wprowadź”, a następnie przeprowadzona procedura wprowadzenia ofert sygnowanych bezpiecznym podpisem elektronicznym (procedura: ramka Podpisz swoją ofertę - użycie przycisku Podpisz - wybór certyfikatu do podpisu - zatwierdzenie wybranego certyfikatu do podpisu - wprowadzenie PIN - zatwierdzenie i zakończenie procesu podpisywania oferty). Odwołujący wskazywał, że po zakończeniu procesu składania kolejnej oferty, platforma przetargowa wyświetliła na komputerze, którym posługiwał się wykonawca, komunikat wskazujący ofertę wykonawcy jako ofertę najlepszą - z pozycją nr 1. Następnie odwołujący wyjaśniał, że około godz. 10.35, widok ekranu uległ zmianie, nie było na nim pola „Wprowadź swoją ofertę”, pojawił się natomiast komunikat „Najlepsza oferta”, a wykonawca nie miał możliwości wprowadzenia jakiegokolwiek danych do formularzy platformy przetargowej. Po pewnym czasie przedstawiciele Millennium uznali, iż doszło do zamknięcia aukcji wskutek wybrania ich oferty, jako oferty najkorzystniejszej. Takie zachowanie systemu aukcyjnego (wskazanie oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej oraz brak możliwości wprowadzania jakiegokolwiek danych wskazywało na zamknięcie aukcji. Wobec powyższego, w związku z komunikatem otrzymanym z serwisu aukcyjnego, wykonawca niezwłocznie przesłał do zamawiającego swoją ostatnią ofertę (1,73%) w wersji papierowej (co było wymogiem postępowania). Tuż po wysłaniu oferty w wersji papierowej, w dniu 5 lipca 2012 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego Informację o wynikach aukcji elektronicznej. Ku zaskoczeniu odwołującego, w informacji tej, jako ofertę najkorzystniejszą w zakresie zadania 1, wskazano ofertę firmy ING - z marżą w wysokości 1,72%. Odwołujący wskazywał, że treść informacji o wynikach aukcji elektronicznej była sprzeczna z treścią komunikatów przekazanych przez platformę przetargową przedstawicielom Millennium. Wobec tego zakładał, iż: albo platforma przetargowa błędnie podała wykonawcy informację, iż jego oferta jest najlepsza (z marżą

1,73%) albo też błędnie zamknęła aukcję w odniesieniu do wykonawcy, uniemożliwiając dokonywanie mu dalszych postępień. Odwołujący nie otrzymał bowiem żadnej informacji, jakoby firma ING złożyła ofertę z marżą 1,72%, ani też, by była to oferta lepsza od ostatniej oferty odwołującego, który ciągle miał komunikat, iż jego oferta jest najlepsza. Co więcej, brak reakcji platformy przetargowej na wszelkie działania wykonawcy uniemożliwił jakiegokolwiek jego działanie (np.: odświeżenie treści, ewentualne złożenie nowej oferty).

Niezależnie zresztą od tego, jaka konkretnie nieprawidłowość działania platformy przetargowej wystąpiła odwołujący podkreślał, że otrzymał informację, że jego oferta jest najkorzystniejsza a system nie pozwalał na jakiegokolwiek działanie/reakcję wykonawcy, brak było komunikacji pomiędzy komputerem, którym posługiwał się odwołujący a systemem EPP (serwerem). W reakcji na zaistniałą sytuację odwołujący wystosował do zamawiającego pismo, w którym przedstawił okoliczności związane z nieprawidłowościami w toku przedmiotowej aukcji. Wykonawca zwrócił się również do zamawiającego o udostępnienie dokumentacji przedmiotowej aukcji, w tym raportu początkowego oraz raportu końcowego wyników aukcji. Podnosił, że zamawiający w czasie rzeczywistym aukcji zobowiązany jest na bieżąco informować wykonawców o punktacji i pozycji ich ofert oraz o punktacji i pozycji oferty najkorzystniejszej, a niezwłocznie po zamknięciu aukcji zawiadomić wykonawców w niej uczestniczących o wynikach aukcji.

Odwołujący zwracał uwagę, że zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert. W przypadku aukcji elektronicznych, aby znali pozycję i punktację swojej oferty, względem oferty najkorzystniejszej przez cały okres trwania aukcji.

Zdaniem odwołującego, w sytuacji zaistniałej w przypadku niniejszej aukcji elektronicznej, zamawiający nie zachował wymogów prawidłowego przeprowadzenia aukcji, w tym wynikających z art. 91c ust. 3 Pzp.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu z zachowaniem terminu zawartego w art. 180 ust. 5 Pzp.

16 lipca 2012 r. zamawiający przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia kopię odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

19 lipca 2012 r. - zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp - do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił ING.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” i „specyfikacja”) w części I ppkt 1 zamawiający określił, że w toku aukcji elektronicznej stosowane będzie jedyne kryterium cenowe – wysokość marży. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, przy uwzględnieniu punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji. W ppkt 2 zamawiający podał adres strony internetowej na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna: <http://www.soldea.pl>.

Zgodnie z „Instrukcją Postępowania w aukcji/licytacji elektronicznej EPP www.soldea.pl wersja od 05.2012” (dalej: „Instrukcja postępowania”) złożoną Izbie podczas rozprawy, platforma działa według następujących zasad:

1. proces składania oferty odbywa się w 2 fazach: lokalnie na komputerze uczestnika i następnie w systemie EPP,
2. wprowadzenie oferty, wyświetlenie oświadczenia woli do podpisu, wybór certyfikatu, zatwierdzenie PIN-em to czynności wykonywane na komputerze uczestnika bez udziału systemu EPP,
3. podpisana elektronicznie oferta jest przesyłana do systemu na koniec procesu składania oferty,
4. oferta spóźniona nie jest przyjmowana do klasyfikacji ofert,
5. cały proces podpisywania trwa ok. 30 - 40 sekund - jeżeli oferta jest wprowadzona np. na 10 sekund przed końcem, uczestnik nie zdąży jej złożyć skutecznie.

Aktualizacja (odświeżanie) terminów rozpoczęcia i zakończenia aukcji miała następować automatycznie, co 60 sekund. Wykonawca miał również możliwość aktualizowania ręcznego przez użycie przycisku „Odśwież” przeglądarki lub klawisza F5 (str. 5 Instrukcji postępowania).

W Instrukcji postępowania wskazano również, że strona aukcyjna zawierała trzy podstawowe elementy:

- 1) pole **Najlepsza oferta** - przedstawiające sumę punktów (łącznie ilość punktów)

- najlepszej, w danej chwili, oferty w aukcji oraz jej pozycję,
- 2) formularz **Wprowadź swoją ofertę** - służący wykonawcy do dwukrotnego wprowadzenia wartości określonego kryterium jego nowej oferty; dopiero użycie przycisku **Wprowadź**, w ramce, powoduje przesłanie oferty do EPP lub, w przypadku postępowania z użyciem bezpiecznego podpisu elektronicznego, rozpoczęcie procedury podpisania oferty na komputerze lokalnym,
 - 3) ramka **Twoja oferta** - przedstawiającą ostatnio złożoną ofertę wykonawcy, przy czym:
 - kolumna **Pozycja** przedstawia pozycję oferty wykonawcy w całkowitej klasyfikacji wszystkich ofert,
 - kolumna **Godzina** przedstawia czas złożenia oferty przez wykonawcę,
 - kolumna **Bagaż punktów** przedstawia stałą, niezmienną ilość punktów przeniesionych do aukcji z części „papierowej”,
 - kolumna **Cena [PLN]** przedstawia wartość określonego kryterium (w tym przypadku cenę) oferty wykonawcy, w określonej jednostce miary,
 - kolumna **Suma punktów** przedstawia łączną (całkowitą) ilość punktów oferty wykonawcy.

W pkt 6 Instrukcji postępowania podano, że po zamknięciu aukcji znika okno do wprowadzania ofert. Ramki Najlepsza oferta oraz Twoja oferta przedstawiają stan ofert na moment zamknięcia aukcji.

Nie jest spornym, że zakończenie aukcji miało nastąpić po 5 minutach od złożenia ostatniej oferty.

29 czerwca 2012 r. zamawiający za pomocą faksu zaprosił m. in. odwołującego i przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie zadania 1.

4 lipca 2012 r. zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, która była prowadzona pod adres strony internetowej <http://www.soldea.pl>.

Poszczególnym wykonawcom biorącym udział w aukcji przypisano następujące litery: E – Millennium, F – ING. Z raportu końcowego wygenerowanego po zakończeniu aukcji, tj. 4 lipca 2012 r. o godz. 11.38 wynika, że aukcja zakończyła się o godz. 10:37:47, dokładnie po 5 minutach od złożenia ostatniego postąpienia przez ING o godz. 10:32:47. o wartości marży 1,72% - uzyskana łączna punktacja 100.00000000.

Odwołujący w toku aukcji złożył kolejno 10 ofert (10:02:45, 10:06:48, 10:09:12, 10:11:38, 10:13:03, 10:17:17, 10:20:58, 10:22:48, 10:27:26, 10:31:53) . Pierwsza oferta Millennium została zarejestrowana przez system o godz. 10:02:45, natomiast ostatnia z wysokością marży 1,73% została zarejestrowana o godz. 10:31:53 i wykonawca w jej ramach uzyskał łączną punktację - 99.42196532. Następnie Millennium przesłał do zamawiającego swoją ostatnią ofertę (1,73%) w formie pisemnej.

W nawiązaniu do pisma zamawiającego przesłanego 5 lipca 2012 r. z informacją o wynikach aukcji elektronicznej odwołujący w formie pisemnej zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienia. Pismem z dnia 10 lipca 2012 r. zamawiający zwrócił się do TRAF-ebiz Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie o zajęcie stanowiska w zakresie zarzutów podniesionych przez Millennium w ww. piśmie. W odpowiedzi na wystosowane pismo zamawiający w dniu 16 lipca 2012 r. ze strony Soldea Sp. J. otrzymał stanowisko w sprawie wyrażone w piśmie z dnia 13 lipca 2012 r., gdzie opisano przebieg aukcji i stwierdzono, że „przebieg aukcji nie został niczym zakłócony, system działał poprawnie a uczestnicy nie zgłaszali żadnych problemów w toku aukcji. (...) Po zakończeniu aukcji kontaktował się z Operatorem telefonicznie przedstawiciel uczestnika E i zgłaszał opisane w piśmie uwagi. Został poinformowany o prawidłowym przebiegu postępowania. Z opisu sytuacji uczestnika E wynika raczej niedokładność obserwacji ekranu komputera w toku aukcji. Nie ma technicznej możliwości by uczestnik zobaczył komunikat, że jego oferta jest najkorzystniejsza i aukcja została zakończona. W trakcie rozmowy z przedstawicielem uczestnika E padło także sformułowanie z jego strony „może za wcześnie się wylogowaliśmy”. Operator nie jest w stanie stwierdzić co było przyczyną „przegapienia” przez uczestnika faktu, że aukcja trwa dalej. Brak jakichkolwiek dowodów takiej sytuacji (zrzuty ekranowe pokazujące stan aukcji w danym momencie na ekranie uczestnika) uniemożliwia analizę sytuacji i znalezienie choćby tylko prawdopodobnych przyczyn leżących jednak po stronie uczestnika a nie systemu, który cały czas działał poprawnie”.

Odwołujący zwracał się kilkakrotnie w formie pisemnej (pisma z dnia 6, 10, 19 i 20 lipca 2012 r.) do zamawiającego o udostępnienie dokumentów przetargowych, tj. raport początkowy aukcji, protokół końcowy wyników aukcji, protokół postępowania wraz z załącznikami. W odpowiedzi na powyższe 17 lipca 2012 r. w formie faksu zamawiający przekazał odwołującemu kopię protokołu postępowania. W piśmie datowanym na 16 lipca 2012 r. poinformował Millennium, że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu

postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia.

Izba ustaliła podczas rozprawy, że w dniu 25 lipca 2012 r. zamawiający przekazał odwołującemu protokół końcowy z aukcji, który zawiera informacje o terminie rozpoczęcia i zakończenia aukcji a także o kolejnych ofertach składanych przez poszczególnych wykonawców.

Do dnia przeprowadzenia rozprawy zamawiający nie rozstrzygnął postępowania, tj. nie dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ani też nie unieważnił prowadzonego postępowania.

W poczet materiału dowodowego Izba włączyła kopię dokumentacji postępowania przesłaną przez zamawiającego w rozpoznawanej sprawie oraz przedłożone na rozprawie dokumenty, tj.:

1. Instrukcję postępowania opisaną powyżej.
2. Instrukcję postępowania w procesie rejestracji EPP [www. soldea.pl](http://www.soldea.pl) wersja od 05.2012 r.
3. Regulamin EPP z dnia 2 stycznia 2012 r. w którym podano:
§ 3 „Odpowiedzialność” pkt 3 - operator nie ponosi odpowiedzialności za określone działania, w tym: za działanie lokalnego łącza internetowego wykonawcy i zamawiającego oraz działanie sprzętu informatycznego teleinformatycznego wykonawcy i zamawiającego odpowiedzialnego za prawidłowe wyświetlanie stron internetowych, w szczególności za działanie: sieci komputerowej, systemu operacyjnego komputera na którym jest zalogowany uczestnik w toku aukcji, przeglądarki internetowej używanej w toku aukcji, lokalnego łącza internetowego;
§ 6 „Reklamacje na działanie systemu EPP” pkt 1 - uczestnik w celu złożenia reklamacji ma obowiązek precyzyjnego opisu zachowania zachowania wyświetlonej strony internetowej, zachowania komputera oraz wykonywanych czynności przed wystąpieniem niepożądanych objawów i w trakcie ich występowania. W celu udokumentowania tych zjawisk uczestnik załączy tzw. zrzuty ekranowe a całość reklamacji prześle zamawiającemu, który będzie w tej sprawie kontaktował się z operatorem.
4. Kopię pisma Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie, w którym stwierdzono: „W nawiązaniu do otrzymanej reklamacji i po szczegółowej analizie logów serwera stwierdzamy, że platforma w trakcie trwania postępowania (...), tj. 4

lipca 2012 r. w godzinach 10:00-11.30 była sprawna i nie zanotowane zostały przerwy w dostępie do systemu czy infrastruktury. Nie stwierdziliśmy żadnych nieprawidłowości w funkcjonowaniu sieci czy serwerów. Nie było także żadnych zgłoszeń w podanym okresie od użytkowników innych systemów korzystających z tej samej infrastruktury i łączy, które mogłyby świadczyć o istnieniu jakiegokolwiek problemu. Potwierdza to dodatkowo fakt prawidłowego zakończenia aukcji przez drugiego uczestnika”.

5. „Wykaz logów z serwera dotyczących logowania uczestnika E”. Z niniejszego wykazu wynika, że uczestnik E w dniu 2 lipca 2012 r. 3-krotnie logował się do systemu. W tym dniu także dokonywał zmiany hasła oraz testu podpisu. W dniu 4 lipca 2012 r. uczestnik E zalogował się do systemu o godz. 9:44:02.
6. Pisemne oświadczenie T..... S..... biorącego udział w aukcji w imieniu ING w treści, którego podał: „Aukcja przebiegała prawidłowo zarówno pod kątem organizacyjnym jak i technicznym. W trakcie Aukcji nie zaistniały żadne problemy techniczne, zawieszenia, przerwy w dostępie do systemu aukcyjnego EPP czy też problemy z wyświetlaniem informacji. W toku Aukcji nie odnotowałem także żadnych problemów czy też opóźnień związanych ze składaniem kolejnych ofert z użyciem bezpiecznego podpisu elektronicznego. Na bieżąco pojawiała się informacja o pozycji złożonej oferty i punktacji. Przez cały czas trwania aukcji aż do jej zakończenia istniała możliwość wprowadzania niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia i podlegały one automatycznej ocenie. Bezpośrednio przed zakończeniem Aukcji w ramce „Twoja ostatnia oferta” widniała oferta ING Lease z marżą w wysokości 1,72% oceniona w polu „suma punktów” na 100 punktów. Reasumując, treść informacji o wynikach aukcji elektronicznej przekazana przez Zamawiającego była zgodna z treścią komunikatów przekazywanych ING Lease przez Platformę Przetargową SOLDEA, natomiast sama Aukcja przebiegała bez problemów technicznych”.

Listę zrzutów ekranowych przedstawionych na rozprawie przez zamawiającego na której prowadzono aukcję w omawianym postępowaniu wraz z nośnikiem informacji w formie CD Izba uznała jedynie za materiał poglądowy w sprawie, mający zobrazować wygląd a także wzorcowy sposób prowadzenia aukcji „krok po kroku”.

Podczas rozprawy odwołujący zmodyfikował stanowisko w zakresie wniosków dowodowych zawartych w treści odwołania w ten sposób, że wycofał wnioski w zakresie

przesłuchania w charakterze świadków: Pani M..... W..... oraz Pani J..... M..... Natomiast w zakresie wniosku dotyczącego przesłuchanie w charakterze świadka Pana E..... Ł..... wniósł o przesłuchanie ww. osoby w charakterze strony. Dodatkowo złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność przebiegu aukcji, czy wystąpiły w jej toku nieprawidłowości, a jeżeli tak to na czym polegały i z jakich przyczyn wynikały i kto był za to odpowiedzialny oraz czy naruszało to przepis art. 91 c Pzp. Następnie uzupełnił wniosek wskazując, że opinia biegłego winna dotyczyć nie tylko systemu w oparciu o który została przeprowadzona aukcja firmy SOLDEA ale także, aby badaniu podlegał komputer z którego korzystał odwołujący w toku aukcji, który zobowiązał się dostarczyć.

Przystępujący podczas rozprawy złożył wniosek dowodowy o przesłuchanie w charakterze świadka Pana A..... W....., a na okoliczność prawidłowego przebiegu aukcji i braku jakichkolwiek jej zakłóceń.

Izba postanowiła oddalić wnioski dowodowe w następującym zakresie:

- wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego – Izba uznała, że przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w omawianej sprawie jest zbędne, ponieważ fakty będące przedmiotem dowodu zostały stwierdzone innymi dowodami.
- wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze strony członka zarządu pana E..... Ł..... – Izba uznała, że przeprowadzenie tego dowodu nie ma istotnego znaczenia dla rozpoznawanej sprawy.
- wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka pana A..... W..... – Izba uznała, że przeprowadzenie tego dowodu nie ma istotnego znaczenia dla rozpoznawanej sprawy.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Izba po zbadaniu całości materiału dowodowego oraz wszelkich okoliczności sprawy uznała, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie potwierdziły się.

Osią sporu pomiędzy odwołującym a zamawiającym jest prawidłowość przeprowadzenia aukcji elektronicznej w omawianym postępowaniu. W związku z powyższym rozstrzygnięcie podnoszonych zarzutów wymaga odpowiedzi na pytanie, czy aukcja elektroniczna została przeprowadzona nieprawidłowo i czy zakończyła się przed upływem czasu ustalonego do zakończenia aukcji, co spowodowało, że ING złożyło ofertę z marżą 1,72% i uniemożliwiło złożenie odwołującemu oferty. Zdaniem Izby na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

Izba po zbadaniu całości materiału dowodowego w sprawie stwierdziła, że aukcja została przeprowadzona prawidłowo. Rozpoczęcie aukcji nastąpiło o godz. 10:00:00. Wykonawcy uczestniczący w aukcji jej toku składali kolejne oferty. System na bieżąco przekazywał wykonawcom informacja o pozycji złożonej przez nich oferty oraz podawał punktację. Świadczą o tym kolejne oferty składane przez wykonawców z coraz niższą marżą, w tym również przez odwołującego. Oczywistym jest, że wykonawca nie składałby następnej oferty z niższą marżą, gdyby nie posiadał wiedzy o zmianie pozycji złożonej przez niego oferty oraz ilości przyznanych punktów (spadek pozycji oferty wykonawcy). Z powyższego należy wywieść, że wykonawcy, w tym odwołujący, byli na bieżąco informowani przez system o aktualne pozycji złożonej przez nich oferty oraz o przyznanej punktacji. Tym samym posiadając wiedzę w tym zakresie składali kolejne oferty z niższą marżą.

Na fakt prawidłowego działania platformy na której była prowadzona aukcja wskazuje również treść pisma Unizeto Technologies S.A. - prowadzącego obsługę techniczną serwerów platformy - w którym wprost wskazano, że platforma 4 lipca 2012 r. w godzinach 10:00-11.30 była sprawna i nie odnotowano żadnych przerwy w dostępie do systemu czy infrastruktury a także nie stwierdzono również żadnych nieprawidłowości w funkcjonowaniu sieci czy serwerów. Nie było także żadnych zgłoszeń w podanym okresie od użytkowników innych systemów korzystających z tej samej infrastruktury i łączy, które mogłyby świadczyć o istnieniu jakiegokolwiek problemu.

Izba uznała także za przekonujące wyjaśnienia zamawiającego, który podnosił, że nie możliwym jest aby platforma przesyłał różne informacje do wykonawców uczestniczących w aukcji w zakresie wyniku aukcji. W tym przypadku za miarodajne należy

uznać informacje zawarte w protokole wygenerowanym przez system po zamknięciu aukcji, tj. 4 lipca 2012 r. o godz. 11:38.

Nie bez znaczenia jest fakt, że podczas aukcji żaden z jej uczestników nie zgłaszał występowania jakichkolwiek nieprawidłowości w zakresie jej prowadzenia. Natomiast przystępujący wręcz stwierdził, że aukcja przebiegała prawidłowo zarówno pod kątem organizacyjnym jak i technicznym i w jej trakcie nie zaistniały żadne problemy techniczne, zawieszenia, przerwy w dostępie do systemu aukcyjnego EPP czy też problemy z wyświetlaniem informacji. W toku aukcji ING nie odnotowało także żadnych problemów czy też opóźnień związanych ze składaniem kolejnych ofert z użyciem bezpiecznego podpisu elektronicznego. Na bieżąco pojawiała się informacja o pozycji złożonej oferty i punktacji. Przez cały czas trwania aukcji aż do jej zakończenia istniała możliwość wprowadzania niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia i podlegały one automatycznej ocenie. ING podnosił, że bezpośrednio przed zakończeniem Aukcji w ramce „Twoja ostatnia oferta” widniała oferta ING z marżą w wysokości 1,72% oceniona w polu „suma punktów” na 100 punktów. Treść informacji o wynikach aukcji elektronicznej przekazana przez zamawiającego była zgodna z treścią komunikatów przekazywanych ING przez Platformę Przetargową SOLDEA, natomiast sama Aukcja przebiegała bez problemów technicznych.

Należy zwrócić uwagę także, iż w piśmie z dnia 13 lipca 2012 r. Soldea Sp. J. wskazała, że po zakończeniu aukcji przedstawiciel uczestnika E (Millennium) kontaktował się telefonicznie z firmą i zgłaszał opisane w piśmie z dnia 6 lipca 2012 r.. Został poinformowany przez Soldea o prawidłowym przebiegu postępowania. Zdaniem Soldea z opisu sytuacji uczestnika E wynika raczej niedokładność obserwacji ekranu komputera w toku aukcji. Nie ma technicznej możliwości by uczestnik zobaczył komunikat, że jego oferta jest najkorzystniejsza i aukcja została zakończona. W trakcie rozmowy z przedstawicielem uczestnika E padło także sformułowanie z jego strony „może za wcześnie się wylogowaliśmy”. Podczas rozprawy odwołujący nie zaprzeczył, że podejmował kontakt telefoniczny z operatorem platformy Soldea.

Izba podziela stanowisko odwołującego, że to na zamawiającym spoczywa ciężar odpowiedzialności za prawidłowe przeprowadzenie aukcji. W rozpoznawanym stanie faktycznym Izby uznała, że aukcja została przeprowadzona prawidłowo, a z dokumentacji sprawy wynika, że zamawiający dołożył wszelkich starań w celu wyjaśnienia okoliczności związanych z nieprawidłowym przebiegiem aukcji, na które powoływał się odwołujący już po

zakończeniu aukcji w piśmie z dnia 6 lipca 2012 r. W tym celu zamawiający wystosował pismo do TRAF-ebiz Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie o zajęcie stanowiska w zakresie zarzutów podniesionych przez Millennium. Jednakże biorąc pod uwagę treść uzyskanej odpowiedzi na ww. pismo zamawiający nie miał podstaw do uznania, że platforma działała nieprawidłowo a zatem aukcja została przeprowadzona niewłaściwie. Soldea Sp. J. w sposób nie budzący wątpliwości stwierdziła, że przebieg aukcji nie został niczym zakłócony, system działał poprawnie a uczestnicy nie zgłaszali żadnych problemów w toku aukcji.

W kontekście powyższego Izba uznała twierdzenia odwołującego odnoszące się do wadliwego prowadzenia aukcji w omawianym postępowaniu za gołosłowne.

Izba podkreśla, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Wskazany powyżej przepis nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron i polega na wykazywaniu dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Bezwątpienia postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a zatem z istoty takiego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Art. 14 ustawy stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (dalej: „k.c”), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zatem należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

W ocenie Izby odwołujący nie przedstawił żadnych przekonujących dowodów na poparcie stanowiska prezentowanego w treści odwołania oraz na rozprawie, chociażby

takich jak wskazywał zamawiający i przystępujący, tj. zrzutów ekranowe pokazujące stan aukcji w danym momencie na ekranie uczestnika. W takiej sytuacji można jedynie przypuszczać, że wykonawca nie uwzględnił czasu trwania aukcji bądź też po stronie Millennium wystąpiła jedna z przyczyn wskazanych w § 3 „Odpowiedzialność” w pkt. 3 Regulaminu, tj. wadliwe działanie lokalnego łącza internetowego wykonawcy lub też nieprawidłowe działanie sprzętu informatycznego wykonawcy.

Biorąc pod uwagę zaprezentowane rozważania Izba stwierdziła, że powyższe dowodzi, że aukcja była prowadzona prawidłowo, w szczególności z poszanowaniem przepisu art. 91c ust. 1 i 3 Pzp.

Kolejno Izba odniosła się do zarzutu polegającego na tym, że aukcja elektroniczna zakończyła się przed upływem czasu ustalonego do zakończenia aukcji i stwierdziła, że ww. zarzut jest bezzasadny.

Niespornym jest, że aukcja zostanie zamknięta po 5 minutach od złożenia ostatniej oferty.

Z ustaleń Izby wynika, że ostatnia oferta została złożona przez przystępującego o godzinie 10:32:47. Biorąc pod uwagę wymóg, że aukcja zostanie ona zamknięta po 5 minutach od złożenia ostatniej oferty, czas zamknięcia aukcji został ustalony na godzinę 10:37:47. W związku z tym, że od 10:32:47 przez 5 minut nie została złożona żadna oferta aukcja została zamknięta o 10:37:47. Powyższe ustalenia znajdują odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania przesłanej Izbie. Tym samym nie sposób uznać, że aukcja elektroniczna w rozpoznawanym postępowaniu zakończyła się przed upływem czasu ustalonego do zakończenia aukcji.

Izba uznała także za przekonywujące wyjaśnienia zamawiającego, który podnosił, że nie możliwym jest aby platforma przesyłał różne informacje do wykonawców uczestniczących w aukcji w zakresie terminu zakończenia aukcji. W tym przypadku za miarodajne należy uznać informacje zawarte w protokole wygenerowanym przez system po zamknięciu aukcji, tj. 4 lipca 2012 r. o godz. 11:38, z którego wynika, że aukcja została zamknięta po 5 minutach od złożenia ostatniej oferty.

Wobec tego zarzut odwołującego o zamknięcia aukcji przed upływem ustalonego

czasu Izba uznała za niezasadny.

Następnie Izba rozpoznała zarzut art. 96 ust. 2 oraz ust. 3 Pzp przez nieudostępnienie przez zamawiającego, pomimo wniosku wykonawcy, dokumentacji aukcji elektronicznej.

Z ustaleń Izby opisanych powyżej wynika, że odwołujący kolejnymi pismami zwracał się do zamawiającego o udostępnienie dokumentów przetargowych, tj. raport początkowy aukcji, protokół końcowy wyników aukcji, protokół postępowania wraz z załącznikami. W odpowiedzi na powyższe 17 lipca 2012 r. w formie faksu zamawiający przekazał odwołującemu kopię protokołu postępowania. Ponadto w piśmie datowanym na 16 lipca 2012 r. poinformował Millennium, że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia.

Na wstępie wskazać należy, że art. 96 ust 2 Pzp stanowi, że oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości treści siwz, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (ust. 3).

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy przede wszystkim stwierdzić należy, że zamawiający zgodnie z żądaniem odwołującego udostępnił Millennium protokół postępowania, który zgodnie z art. 96 ust. 2 Pzp jest jawny. Pozostałe dokumenty przetargowe, których udostępnienia żądał Millennium, tj. raport początkowy aukcji, protokół końcowy niewątpliwie stanowią załączniki to protokołu postępowania. Podczas gdy treść art. 96 ust. 3 Pzp zezwala zamawiającemu na udostępnienie załączników do protokołu - z wyjątkiem ofert, które są jawne od chwili ich otwarcia – dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania.

W omawianej sprawie zamawiający nie dokonał ani czynności wyboru najkorzystniejszej oferty ani unieważnieniu postępowania. W związku z tym domaganie się przez odwołującego udostępnienia załączników do protokołu Izba uznała za nieuprawnione. Tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 2 i 3 Pzp nie potwierdził się.

W kwestii powołanego w petitum odwołania naruszenia art. 77 w zw. z art. 91c ust. 5 Pzp oraz 91 ust. 1 Pzp należy zauważyć, iż samo powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Pzp nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność na którą powołuję się wykonawca w związku z zachowaniem się zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy. Zarzut powinien zostać zmaterializowany, tj. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym odwołujący powinien wskazać w jaki sposób jego interes został naruszony, tj. w wyniku jakiego zachowania-działania bądź zaniechania zamawiającego, w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez zamawiającego naruszony (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2011 r. o sygn. akt. KIO 858/11, oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2011 r. o sygn. akt KIO 1039/11, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2488/11, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2011 r. o sygn. akt. KIO 2625/11). Dodatkowo wskazać należy, że podczas rozprawy odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji dotyczącej naruszenia przez zamawiającego art. 77 w zw. z art. 91c ust. 5 Pzp oraz 91 ust. 1 Pzp.

Podsumowując, Izba biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy oraz zgromadzony materiał dowodowego uznała, że zarzuty naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 91c ust. 1 i 3 oraz 96 ust. 2 i 3 Pzp nie potwierdziły się.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący