

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2019 roku przez odwołującego Konika Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego którym jest Miasto Stołeczne Warszawa

przy udziale:

Wykonawcy Ediko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1526/19 po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Konika Minolta Business Solutions

Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Warszawa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Miejskie Centrum Sieci i Danych Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Zakup urządzeń wielofunkcyjnych MFP” zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 10 czerwca 2019 roku Nr2019/S 110-267874.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego z przewidywaną aukcją elektroniczną prowadzoną na zasadach określonych w art.91 a ustawy. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza równowartość kwoty 221 000 euro.

W dniu 5 sierpnia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej Odwołującym) odwołanie od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. zaniechania umożliwienia Odwołującemu złożenia w toku aukcji elektronicznej w dniu 24 lipca 2019 r. postąpienia za pośrednictwem elektronicznej platformy zakupowej wykorzystywanej w Postępowaniu przez Zamawiającego [ZARZUT 1];
2. zaniechania unieważnienia aukcji elektronicznej i zaniechanie powtórzenia aukcji elektronicznej [ZARZUT 2];
3. prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców [ZARZUT 3],

Powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów prawa zamówień publicznych:

1. art. 10b w zw. z art. 15 ust.1 Pzp poprzez zaniechanie zapewnienia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania;
2. art. 91 c ust. 1 Pzp poprzez nieumożliwienie wprowadzenia niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia ze stroną, składania kolejnych postąpień, podlegających automatycznej ocenie i klasyfikacji;
3. art. 7 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów Pzp.

Wobec wskazania powyższych naruszeń, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie aukcji elektronicznej, która odbyła się w dniu 24 lipca 2019 r.
2. powtórzenie czynności aukcji elektronicznej w sposób umożliwiający skuteczne składanie postąpień wszystkim wykonawcom,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych

i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania (dalej jako:

„Odwołanie”) ponieważ posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Z uwagi na zaniechania Zamawiającego, o których mowa w Odwołaniu, Odwołujący w toku aukcji elektronicznej nie miał możliwości złożenia postępień, co uniemożliwiło mu udział w aukcji elektronicznej, odbierając tym samym szansę na uzyskanie Zamówienia. Wskazał, że odwołanie wniósł z zachowaniem terminu do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp.

W uzasadnieniu, Odwołujący przedstawił następującą argumentację:

Zarzut nr 1

Zgodnie z art. 10b Pzp, Zamawiający ma obowiązek zapewnić, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. Należy zatem stwierdzić, że zgodnie z powyższym przepisem to Zamawiający odpowiada za zapewnienie, aby wskazana w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) platforma zakupowa umożliwiała wykonawcom wykonanie wszelkich czynności, jakie są niezbędne do wzięcia udziału w postępowaniu. Tę czynność zamawiającego należy traktować zarówno jako element przygotowania, jak i prowadzenia postępowania, a uchybienie temu obowiązkowi, stanowi podstawę do wniesienia odwołania.

Co więcej, jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „nawet jeśli wadliwe działanie narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, nie jest zawinione przez zamawiającego, to powoduje, że dochodzi do uchybienia przez zamawiającego obowiązkowi, o którym mowa w art. 10b Pzp i może wpływać na kolejne czynności lub zaniechania zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający nie może zatem ignorować sposobu funkcjonowania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, jak też nie może ignorować skutków tego działania i ich wpływu na przygotowanie i prowadzenie postępowania” (zob. wyrok KIO z dnia z dnia 14 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2671/18). Odwołujący informuje, że postępując zgodnie z wytycznymi dla udziału w aukcji elektronicznej wskazanymi w pkt. 25 SIWZ, nie mógł skutecznie złożyć postępień, najprawdopodobniej z uwagi na błąd techniczny platformy zakupowej.

Co istotne, zgodnie z poglądem wyrażonym przez KIO w jednym z wyroków; „kwestie techniczne” nie dotyczą jedynie awarii urządzenia, którym posługuje się zamawiający; lecz mogą także wynikać np. z przejściowych błędów oprogramowania, zbyt dużej liczby uczestników jednocześnie korzystających z platformy itp. istotny jest tu efekt w postaci niemożności złożenia oferty⁷ (zob. wyrok KIO z dnia 4 marca 2019 r., sygn. akt KIO 268/19).

Istotne jest także to, że Odwołujący nie był w stanie znaleźć rozwiązania tego problemu w dokumentacji postępowania, ani w innych dostępnych na platformie źródłach. Pomimo szeregu działań podjętych w toku aukcji obejmujących restart systemu, odświeżanie strony internetowej, próby złożenia postępień poprzez różne przeglądarki internetowe - złożenie postąpienia okazało się niemożliwe wyłącznie z przyczyn technicznych leżących po stronie Zamawiającego. Na marginesie można wskazać, że problemy te nie występowały w aukcji testowej, która odbyła się w dniu poprzedzającym aukcję.

Powyższe zaniechanie Zamawiającego narusza nie tylko obowiązujące przepisy Pzp (w szczególności art. 10b Pzp), ale także stoi w sprzeczności z celem i duchem przepisów dotyczących elektronicznej komunikacji zamówień publicznych, które zakładają zwiększenie dostępności zamówień publicznych (w szczególności dla podmiotów z sektora MSP) oraz uproszczenie procesu zakupowego. Jak bowiem stwierdzono w motywie 64 preambuły dyrektywy 2024/25/UE: „podmioty zamawiające powinny, z wyjątkiem pewnych określonych sytuacji, stosować elektroniczne środki komunikacji, które są niedyskryminujące, ogólnie dostępne i interoperacyjne z produktami technologicznymi i komunikacyjnymi (ICT) będącymi w powszechnym użyciu oraz które nie ograniczają dostępu wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia (...). Należy doprecyzować, że obowiązek stosowania środków elektronicznych na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia nie byłby właściwy ani w przypadkach gdy zastosowanie takich środków wymagałoby specjalistycznych narzędzi lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne, ani w przypadkach gdyby prowadzenie komunikacji było możliwe wyłącznie z wykorzystaniem specjalistycznego sprzętu biurowego”.

Odwołujący podkreśla, że dla oceny przedmiotowego stanu faktycznego nie ma znaczenia świadomość czy wola Zamawiającego. Odwołujący nie zarzuca w szczególności, że Zamawiający celowo doprowadził do niemożliwości złożenia postąpień przez Odwołującego. Kluczowe w przedmiotowym stanie faktycznym jest to, że wykonawca nie może ponosić negatywnych następstw wadliwego działania rozwiązań informatycznych stosowanych przez Zamawiającego, ponieważ to po stronie Zamawiającego leży obowiązek zapewnienia takich narzędzi, które umożliwią zgodne z cytowanymi powyżej przepisami składanie oświadczeń w postępowaniu.

Zarzut nr 2 i 3

Stosownie do treści art. 91 c ust. 1 Pzp „w toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji”. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że złożenie postąpienia przez wykonawcę uzależnione jest od poprawnego działania strony internetowej za pośrednictwem której przeprowadzona jest aukcja elektroniczna.

Nadto, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 grudnia 2012 r. KIO 2720/12: „Odwołujący chcąc skutecznie zarzucić zamawiającemu naruszenie art. 91 c ust 1 ZamPubl, powinien udowodnić, że przeprowadzona przez zamawiającego aukcja elektroniczna nie posiadała co najmniej jednej z cech wymaganych przepisami ZamPublU, a mianowicie, że:

- zamawiający nie udostępnił wykonawcom formularza umieszczonego na stronie internetowej,
- formularz nie umożliwiał wprowadzenia niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną,
- zamawiający nie umożliwił wykonawcom składania kolejnych korzystniejszych postąpień,
- postąpienia składane przez wykonawców, nie podlegały automatycznej ocenie i klasyfikacji”.

W ocenie Odwołującego nie pozostawia wątpliwości, że w niniejszym postępowaniu została zrealizowana co najmniej jedna z powyższych przesłanek tj. udostępniona przez Zamawiającego platforma aukcyjna nie umożliwiała Odwołującemu składania postąpień - które w konsekwencji nie mogły podlegać automatycznej ocenie i klasyfikacji.

W niniejszym postępowaniu oferta Odwołującego została sklasyfikowana na pierwszym miejscu, w związku z tym w toku aukcji elektronicznej wykonawca EDI KO Sp. z o.o. musiał zaoferować niższą cenę - co uczynił na 4 minuty przed końcem czasu aukcji. Odwołujący przystąpił natychmiast do zaoferowania niższej ceny za urządzenia, odpowiednio „złożył ofertę”, zaakceptował ją, po czym platforma zakupowa nie umożliwiła złożenia ważnej oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Szczegółowa argumentacja, dowody i symulacja na potwierdzenie wystąpienia wskazanych powyżej okoliczności zostaną przez Odwołującego przedstawione podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący pragnie nadmienić, że poinformował Zamawiającego w dniu 24 lipca 2019 r. o niemożliwości złożenia postąpień w toku aukcji elektronicznej, który to następnie „w związku z problemami technicznymi platformy Marketplanet, wpływającymi na dzisiejszą aukcję elektroniczną” poinformował, że aukcja zostanie powtórzona 26 lipca 2019 r. W dniu, w którym miała odbyć się powtórzona aukcja Zamawiający poinformował, że „w związku ze złożeniem pisma przez jednego z uczestników aukcji przeprowadzonej w dniu 24.07.2019 r. (w załączeniu), informujemy, że Zamawiający wszczął dodatkową procedurę weryfikacji poprawności działania platformy aukcyjnej w ww. terminie” i anulował zaplanowaną na ten dzień aukcję.

Należy również zaznaczyć, że jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 stycznia 2019 r. KIO 2700/18 aukcja elektroniczna nie jest odrębnym trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz swoistą „dogrywką elektroniczną”, która następuje

po dokonaniu oceny ofert w sytuacjach określonych w art. 91a ust. 1 ZamPubU, a jej celem jest zwiększenie konkurencyjności złożonych ofert.

Instytucja aukcji elektronicznej w dyrektywie 2014/24/UE została uregulowana w art. 35. Zgodnie z jego ust 1 i 2 „instytucje zamawiające mogą stosować aukcje elektroniczne, w których przedstawiane są nowe, obniżane ceny lub nowe wartości dotyczące niektórych elementów ofert. W tym celu instytucje zamawiające organizują aukcje elektroniczne w formie powtarzalnego procesu elektronicznego realizowanego po przeprowadzeniu wstępnej pełnej oceny ofert i umożliwiającego ich klasyfikację za pomocą metod automatycznej oceny. W przypadku procedury otwartej, procedury ograniczonej lub procedury konkurencyjnej z negocjacjami instytucje zamawiające mogą postanowić, że udzielenie zamówienia publicznego zostanie poprzedzone aukcją elektroniczną, jeżeli można w sposób precyzyjny określić treść dokumentów zamówienia, w szczególności specyfikacji technicznych. W tych samych okolicznościach aukcja elektroniczna może zostać przeprowadzona w przypadku ponownego poddania zamówienia procedurze konkurencyjnej pomiędzy stronami umowy ramowej, jak przewidziano w art. 33 ust. 4 lit b lub c, oraz w przypadku otwarcia na konkurencję zamówień udzielanych w ramach dynamicznego systemu zakupów, o którym mowa w art. 34. Wskazać należy, iż w postępowaniach, w których znajduje zastosowanie aukcja elektroniczna, ocena ofert nie kończy się po ocenie dokonanej przez Zamawiającego na podstawie złożonych w terminie ofert, lecz jest pierwszym etapem, po którym wykonawcy mogą w trakcie aukcji poprawić swoje oferty w tych aspektach, które są przedmiotem oceny w aukcji, a Zamawiający uwzględni to w całościowej ocenie oferty. W takim przypadku mamy do czynienia z czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia podejmowaną przez Zamawiającego, w stosunku do której przysługują środki ochrony prawnej. W przypadku dokonania przez Zamawiającego tej czynności z naruszeniem przepisów prawa, podlega ona będzie unieważnieniu lub powtórzeniu. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że unieważnienie aukcji elektronicznej jest synonimem unieważnienia postępowania, które można zastosować w sytuacji, kiedy wystąpiłaby wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Unieważnienie aukcji a unieważnienie postępowania to dwie odrębne i niezależne od siebie instytucje, których nie należy utożsamiać. Przesłanki unieważnienia postępowania zostały ściśle określone w art. 93 ust 1-ld ZamPubU i nie można ich stosować analogicznie wobec innych czynności w postępowaniu. Unieważnienie postępowania skutkuje jego zakończeniem, natomiast unieważnienie czynności w postępowaniu nie oznacza zakończenia postępowania, lecz powrót etapu poprzedzającego podjęcie wadliwej czynności i daje możliwość jego przeprowadzenia zgodnie z wymaganymi przepisami. Zatem przeprowadzenie aukcji elektronicznej jako czynności w postępowaniu podlega takim samym regułom, jak każda inna czynność w postępowaniu, a w przypadku kiedy wykonana została z naruszeniem prawa, podlega unieważnieniu lub powtórzeniu”.

W związku z powyższym, za zasadne i dopuszczalne uznać należy żądanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia, a następnie powtórzenia aukcji elektronicznej (zob. wyrok z dnia 31 października 2012r. KIO 2257/12), jak również nie znajduje uzasadnienia stanowisko wykonawcy EDIKO Sp. z o.o. z pisma do Zamawiającego z dnia 24 lipca 2019 r., w myśl którego w świetle przepisów ustawy Pzp powtórzenie aukcji elektronicznej nie jest dopuszczalne i stanowić może naruszenie zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 Pzp- przeciwnie, jak wskazano w przytoczonych przez Odwołującego wyrokach Izby - to nie powtórzenie aukcji elektronicznej narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł jak w petitum.

Dnia 9 sierpnia 2019 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Ediko Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, której oryginał złożył na posiedzeniu. W odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

- a) odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp w zakresie zarzutu nr 1, ewentualnie oddalenie odwołania w tym zakresie,
- b) oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 sierpnia 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 24 lipca 2019 r.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 dotyczący naruszenia art. 10b w związku z art. 15 ust. 1 Pzp. Izba wskazuje, że podstawą wniesienia odwołania była okoliczność z dnia 24 lipca 2019 r. polegająca na braku możliwości złożenia podpisu elektronicznego, podczas aukcji elektronicznej, i od tego dnia winien był liczony termin na wniesienie przedmiotowego odwołania.

Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana

Zamawiającemu oraz Odwołującemu - co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, pismo Odwołującego z dnia 12 sierpnia 2019 r. skierowane do Przewodniczącego składu orzekającego, pismo Zamawiającego odpowiedź na odwołanie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania umożliwienia Odwołującemu złożenia w toku aukcji elektronicznej w dniu 24 lipca 2019 r. postąpienia za pośrednictwem elektronicznej platformy zakupowej wykorzystywanej w postępowaniu przez Zamawiającego, tj. naruszenie art.10b w zw. z art. 15 ust.1 Pzp poprzez zaniechanie zapewnienia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania wskazać należy, że zarzut nie został potwierdzony.

Zgodnie z art. 10b ustawy Pzp -

Zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji

z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy Pzp -

Postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający.

Zamawiający w pkt. 25.2. SIWZ określił niezbędne wymagania sprzętowo-aplikacyjne,

które musiał spełnić Wykonawca, aby wziąć udział w aukcji elektronicznej. Na rozprawie, Odwołujący złożył jako dowód nr 1 - oświadczenie IT Managera, oraz dowód nr 2 - oświadczenie Dyrektora Handlowego Orange Polska z których wynika, że Odwołujący spełnił wszystkie wymagania techniczne w zakresie sprzętu, oprogramowania i łączy, umożliwiające wzięcie udziału w aukcji elektronicznej. Odwołujący dysponował sprzętem komputerowym o parametrach wymaganych przez Zamawiającego, których spełnienie zapewniało komunikację z narzędziami i urządzeniami wykorzystywanymi przez Zamawiającego. Odwołujący skutecznie złożył ofertę w postaci elektronicznej, uczestniczył w aukcji testowej, a także uczestniczył w aukcji elektronicznej (zalogował się do systemu, widział postąpienie innego wykonawcy, mógł wprowadzić dane w formularzu elektronicznym). Powyższe zaprzecza zarzutowi odwołania, że Zamawiający nie zapewnił, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, nie były ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych, bowiem sam Odwołujący, jak i inni uczestnicy postępowania, spełnili wymagania techniczne i skutecznie złożyli oferty w postępowaniu. Złożone przez Odwołującego dowody potwierdzają, że do komunikacji z wykonawcami Zamawiający stosował narzędzia i urządzenia których właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz że nie ograniczały wykonawcom dostępu do przedmiotowego postępowania.

Odwołujący podnosi, że to Zamawiający odpowiada za zapewnienie, aby wskazana w SIWZ platforma zakupowa umożliwiała wykonawcom wykonanie wszelkich czynności, jakie są niezbędne do wzięcia udziału w postępowaniu. Tę czynność Zamawiającego należy traktować zarówno jako element przygotowania postępowania jak i prowadzenia postępowania a uchybienie temu obowiązkowi, stanowi podstawę do wniesienia odwołania.

Z wypowiedzi Odwołującego na rozprawie wynika, że chciał wziąć udział w aukcji elektronicznej, zalogował się do systemu i widział jej przebieg w czasie rzeczywistym. Widział postąpienie złożone przez Przystępującego i w jego następstwie chciał złożyć własne postąpienie, oferując niższe ceny. W tym celu wprowadził dane w formularzu przeznaczonym do składania postąpień. Powyższy proces nie został niczym zakłócony, jednakże problem pojawił kiedy odwołujący chciał złożyć podpis elektroniczny, bowiem system nie wygenerował okna umożliwiającego złożenie podpisu. Odwołujący powtórzył całą procedurę przy użyciu innej przeglądarki, jednak problem z brakiem możliwości złożenia podpisu elektronicznego dalej występował. Odwołujący wskazał, że postępował zgodnie z wytycznymi dla udziału w aukcji elektronicznej opisanymi w pkt 25 SIWZ, nie mógł skutecznie złożyć postąpień, najprawdopodobniej z uwagi na błąd techniczny platformy zakupowej, za co odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Dodał, że dzień wcześniej uczestniczył w aukcji testowej, która przebiegła bez zastrzeżeń.

Izba wskazuje, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, tj. sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi, że Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...) (por. wyrok KIO 1379/19 z dnia 2 sierpnia 2019 r.).

Wobec powyższego, Odwołujący jako podmiot kwestionujący nieprawidłowość przebiegu aukcji elektronicznej, winien przedstawić dowód na poparcie swoich twierdzeń. Jednakże, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Odwołujący nie jest w stanie przedstawić

dowodu zawierającego rejestr danych z systemu teleinformatycznego platformy aukcyjnej, bowiem nie ma możliwości dostępu do systemu. Rejestr taki został przedłożony na rozprawie przez Zamawiającego, a Odwołujący potwierdził, że dane w nim zawarte są wystarczające dla ustalenia przebiegu aukcji elektronicznej prowadzonej w dniu 24 lipca 2019 r. w godz. 10:00 - 10:15.

Z rejestru wynika, m.in. że po analizie logów aplikacyjnych:

- nie stwierdzono błędów systemu w module aukcji w dniu 24 lipca 2019 r. w przedziale czasowym 20:00-10:15,
- nie stwierdzono błędów działania systemu w oparciu o komponenty modułu aukcyjnego działające w oparciu o serwer IIS (JavaScript) w dniu 24 lipca 2019 r. w przedziale czasowym 10:00-10:15,
- nie stwierdzono błędów wpływających na działanie modułów aukcyjnego, mogących obciążać pracę serwera i wpłynąć na wydajność podczas składania ofert dniu 24 lipca 2019 r. w przedziale czasowym 10:00-10:15,
- analiza kont użytkowników biorących udział w aukcji nie wykazała błędów przy składaniu ofert, oferty zostały złożone poprawnie, nie zarejestrowaliśmy nieudanych prób złożenia ofert,
- po przeanalizowaniu konta użytkownika g.@konicaminolta.pl logi systemowe wskazują że użytkownik włączył konsolę aukcyjną o godz. 09:44 z adresu IP 212.244.58.133 z następującej przeglądarki:
Mozilla/5.0+(Windows+NT+10.0;Win64;+x64)+AppleWebKit/537.36(KHTML,+like+Grecko)+Chrome/75.0.3770.142+Safari/537.36.
- wskazany użytkownik wykonał następujące operacje:
 - o 10:11:14 system aukcyjny aktualizuje komponenty niezbędne do składania, podpisu elektronicznego. Aktualizacja trwa do godz. 10:14:07,
 - o 10:14:12 użytkownik ponownie uruchomił konsolę aukcyjną,
 - o 10:14:17 ponowne ładowanie zaktualizowanych komponentów aplikacji szafir,
 - o 10:15:35 Certyfikat został załadowany do kontrolki szafir,
 - o 10:16:57 próba złożenia oferty.

Logi wskazują że poprawna próba złożenia oferty nastąpiła po zakończeniu aukcji.

Powyższy dowód, zdaniem Izby potwierdza, że podczas trwania aukcji elektronicznej, nie została zakłócona komunikacja oraz łączność pomiędzy Odwołującym a platformą aukcyjną. Każda aktywność Odwołującego została odnotowana przez system. Z raportu wynika również, że system odnotował dwukrotne ładowanie aktualizacji komponentów niezbędnych do złożenia podpisu elektronicznego. Pozostaje to w zgodzie ze stanowiskiem Odwołującego, z którego wynika że podczas próby złożenia postąpienia dokonał zmiany przeglądarki internetowej, co zgodnie z wypowiedzią pełnomocnika Zamawiającego mogło być realną przyczyną ponownego ładowania zaktualizowanych komponentów aplikacji Szafir.

Pełnomocnik Zamawiającego wskazał, że przyczyną braku możliwości złożenia podpisu elektronicznego mogło być korzystanie podczas aukcji testowej i aukcji elektronicznej z innych komputerów lub, że zainstalowana kontrolka podpisu straciła ważność. Podpis elektroniczny musi być aktualny na moment jego składania, a sprawdzenie aktualności podpisu jest możliwe poprzez wygenerowanie informacji w tym zakresie przez użytkownika z systemu - co wykazał Zamawiający dowodem złożonym na rozprawie. Ponadto Zamawiający przywołał zapisy ze str. 9 instrukcji dostępnej dla wykonawców „Platforma zakupowa podpis elektroniczny - konfiguracja; składanie postąpień aukcyjnych” z którego wynika, że funkcjonalność podpisu elektronicznego realizowana jest za pośrednictwem apletu KIR Szafir. Jest to dedykowane rozszerzenie, które należy zainstalować w przeglądarce. Jeżeli rozszerzenie nie jest zainstalowane, system sam zainicjuje instalację/aktualizację komponentu. Zatem, jeśli odwołujący korzystał z różnych przeglądarek (co nie było sporne) system samodzielnie rozpoczął aktualizację komponentu niezainstalowanego w przeglądarce. Ta okoliczność została również potwierdzona przez raport z przebiegu aukcji.

Ponadto w treści SIWZ 5.2. Zamawiający odwołał się do Instrukcji korzystania z systemu,

dostępnej pod wskazanym adresem internetowym. Ze str. 32 instrukcji: „Złożenie oferty przez wykonawcę - instrukcja użytkownika” wynika:

UWAGA: Przy składaniu oferty przez Platformę zalecamy, aby wszystkie czynności wykonywać w ramach jednej przeglądarki np. IE . W przypadku gdy mamy otwartą kontrolkę do podpisu na przeglądarce IE i chcemy wywołać podpis na innej przeglądarce - to z przyczyn technicznych aplikacji Szafir nie uda się tego zrobić.

Dodać należy, że dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie potwierdzają, że Odwołujący dysponował sprzętem, oprogramowaniem i łączem o parametrach wymaganych przez Zamawiającego, jednak nie wynika z nich, że w momencie trwania aukcji Odwołujący dysponował zainstalowanym w używanej przeglądarce komponentem podpisu Szafir. Ponadto, Odwołujący nie wykazał, że podczas trwania aukcji testowej korzystał z tego samego sprzętu co w aukcji elektronicznej, przy użyciu którego nie odnotowano problemów technicznych. Dodatkowo, złożony na rozprawie jako dowód - wydruk Konsoli oferenta, dokonany po zakończeniu aukcji, nie może dowodzić braku prawidłowego przebiegu aukcji, bowiem potwierdza dane po zakończeniu aukcji elektronicznej.

Iżba nie uwzględniła również dowodu Odwołującego, złożonego na okoliczność zawodności platformy zakupowej u innego zamawiającego, wskazując że dotyczy on innego czasu, innego postępowania i pozostaje bez związku z przedmiotowym odwołaniem.

Wobec powyższego, wskazać należy, że zarzut zaniechania umożliwienia Odwołującemu złożenia w toku aukcji elektronicznej w dniu 24 lipca 2019 r. postąpienia za pośrednictwem elektronicznej platformy nie został potwierdzony. Zamawiający wykazał, iż po jego stronie nie nastąpiły problemy techniczne, natomiast Odwołujący nie udowodnił, że sprostą wszystkim wymaganiom, tj. że miał zainstalowany aktualny komponent podpisu Szafir. Ponadto, nie wykazał że podczas aukcji testowej i aukcji elektronicznej korzystał z tego samego sprzętu, w tej samej konfiguracji. Co więcej potwierdził, że podczas próby złożenia podpisu elektronicznego korzystał z różnych przeglądarek, co zgodnie z informacją w instrukcji wskazywało na możliwość niepowodzenia.

Powyższe wskazuje, że zarzut należało oddalić.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania unieważnienia aukcji elektronicznej i zaniechania powtórzenia aukcji elektronicznej w związku z naruszeniem art. 91c ust. 1 Pzp poprzez nieumżliwienie wprowadzenia niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia ze stroną, składania kolejnych postąpień, podlegających automatycznej ocenie i klasyfikacji oraz prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców tj. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów Pzp, wskazać należy że zarzut jest chybiony.

Zgodnie z art. 91c ust. 1 Pzp:

W toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Przepisów art. 82 ust. 1 i 2, art. 83 i 84 oraz art. 86-89 nie stosuje się.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp:

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołując się do ww. przepisów oraz przywołanego przez Odwołującego wyroku z 20 grudnia 2012 KIO 2720/12 wskazać należy, że to Odwołujący powinien udowodnić, że przeprowadzona przez Zamawiającego aukcja elektroniczna nie posiadała co najmniej jednej z cech wymaganych przepisami Pzp, a mianowicie, że:

- zamawiający nie udostępnił wykonawcom formularza umieszczonego na stronie internetowej,
- formularz nie umożliwiał wprowadzenia niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną,

- zamawiający nie umożliwił wykonawcom składania kolejnych korzystniejszych postąpień,
- postąpienia składane przez wykonawców, nie podlegały automatycznej ocenie i klasyfikacji.

czemu Odwołujący nie sprostął.

Stan faktyczny sprawy potwierdza, że Zamawiający udostępnił wykonawcom formularz do udziału w aukcji elektronicznej, umożliwiającą wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia ze stroną (potwierdził to Odwołujący, bowiem mógł wprowadzić dane dotyczące niższej ceny). Postąpienia składane przez wykonawców podlegały automatycznej ocenie i klasyfikacji - Odwołujący widział, że postąpienie Przystępującego spowodowało uplasowanie go na pierwszej pozycji w rankingu cen. Ponadto sam fakt, że Przystępujący złożył postąpienie, świadczy o tym, że taka możliwość została przez

Zamawiającego stworzona. Wyprowadzenie wniosku odwrotnego, z którego by wynikało, że poprzez brak możliwości złożenia postąpienia przez Odwołującego, Zamawiający nie zapewnił możliwości złożenia wykonawcom postąpienia byłoby nieuprawnione, bowiem problem ten mógł być również wywołany okolicznościami technicznymi leżącymi po stronie Odwołującego.

Odwołujący nie wykazał, że dopełnił wszystkich wymagań w zakresie aktualności komponentu podpisu elektronicznego, ponadto potwierdził korzystanie z kilku przeglądarek (co mogło stanowić przyczynę problemów ze złożeniem podpisu elektronicznego). Powyższe nie potwierdza słuszności stawianego zarzutu dotyczącego zaniechania unieważnienia aukcji elektronicznej i zaniechania jej powtórzenia. Podczas prowadzenia aukcji elektronicznej Zamawiający nie odnotował zakłóceń, które by wskazywały na przeprowadzenie jej z naruszeniem wymaganych przepisów, a Odwołujący nie udowodnił, że problemy z możliwością złożenia przez niego podpisu elektronicznego leżą po stronie Zamawiającego. W związku z powyższym, nie było podstaw do unieważnienia aukcji elektronicznej, a zarzut w tym zakresie nie został potwierdzony.

Wobec powyższego Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie odniosła się do podniesionego podczas rozprawy zarzutu, dotyczącego zbyt krótkiego czasu na złożenie postąpienia, bowiem zarzut ten nie został podniesiony w odwołaniu. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowanie odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....