

WYROK
z dnia 18 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 18 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7.11.2016 r. przez odwołującego - **EUMC sp. z o.o., ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12/14, 50-411 Wrocław,**

przy udziale :

- A. wykonawcy **Sii Sp. z o. o, Al. Niepodległości 69, 02-626 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **NEWMND S.A, ul. Duńska 11, 54-427 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - EUMC sp. z o.o., ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - EUMC sp. z o.o., ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Gliwicach**.

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług w zakresie utrzymania i rozwoju platformy Share Point oraz utrzymania, rozwoju i modernizacji oprogramowania” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, zdaniem wnoszącego odwołanie EUMC Sp. z o.o. z Gliwic [Odwołujący], Zamawiający niezgodnie z przepisami ustawy Pzp dokonał czynności i zaniechań, które naruszają:

1. art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 2 pkt 5 Pzp, - wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów Pzp, to jest nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego,
2. art. 91c ust. 1 Pzp oraz art. 14 Pzp w związku z art. 61 § 2 kodeksu cywilnego - zaniechanie uznania, iż kolejne postąpienie złożone przez Odwołującego zostało złożone w terminie trwania aukcji wskazanym przez Zamawiającego,
3. art. 7 ust. 1 Pzp - nierówne traktowanie wykonawców i uznanie, iż postąpienie złożone przez Odwołującego wprowadzone do systemu zostało złożone po terminie zakończenia aukcji,

podczas gdy w innych sytuacjach uznawał, że złożenie elektronicznego oświadczenia woli zostało złożone w chwili jego wprowadzenia do systemu,

4. art.91c ust.4 w związku z art. 7 ustawy Pzp - zaniechanie unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, która została przeprowadzona w sposób wadliwy i według niejednorodnych zasad względem wszystkich wykonawców,
5. art.91a ust.1 oraz art. 91c ust.3 ustawy Pzp – nie zapewnienie sprawnie działającej platformy elektronicznej do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, umożliwiającej prawidłowe - w rozumieniu kodeksu cywilnego - składanie postępowań przez Wykonawców oraz informowanie Wykonawcy o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz punktacji najkorzystniejszej oferty.

3

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Newind SA i (2) uznania, iż w przeprowadzonej aukcji elektronicznej zostało skutecznie złożone przez Odwołującego oświadczenie woli, w wyniku którego jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą, względnie nakazanie unieważnienia aukcji elektronicznej oraz ponownego przeprowadzenia czynności aukcji elektronicznej. Wniósł także o przeprowadzenie wnioskowanych dowodów i obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym. W uzasadnieniu podniesionych w odwołaniu zarzutów w szczególności podał:

Postępowanie zostało wszczęte przed dniem 28 lipca 2016 r, a zatem mają do niego zastosowanie przepisy Pzp sprzed nowelizacji Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. i jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia powyżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie w art. 11 ust. 8 Pzp. Kryteriami oceny ofert Zamawiający ustanowił cenę (z wagą 95%) oraz przedłużenie okresu gwarancyjnego (z wagą 5%). Zamawiający przewidział w SIWZ wybór oferty najkorzystniejszej po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, a w jej toku stosowane było wyłącznie kryterium ceny. Aukcja elektroniczna miała być przeprowadzona za pośrednictwem Platformy Aukcji Elektronicznej udostępnianej przez Urząd Zamówień Publicznych. W SIWZ Zamawiający poinformował również wykonawców o wymaganiach technicznych niezbędnych do wzięcia udziału w aukcji. Wśród nich wskazał: komputer klasy PC; system operacyjny Windows lub Linux; sprawne łącze internetowe; zalecane przeglądarki internetowe: Mozilla Firefox, Opera, Google Chrome a także: oprogramowanie do odczytu plików zapisanych w PDF; urządzenia techniczne i oprogramowanie do składania podpisu elektronicznego; posiadanie podpisu za pomocą ważnego bezpiecznego elektronicznego weryfikowanego kwalifikowanego certyfikatu. Zamawiający zobowiązał wykonawców do składania postępowań w toku aukcji za pomocą oprogramowania dostarczanego przez wystawcę podpisu elektronicznego i składania podpisu w formacie Xades, a także do zapoznania się z Regulaminem dostępnym na stronie <https://aukcje.uzp.gov.pl>. Odwołujący złożył w terminie ważną ofertę, która przed terminem aukcji mogła być oceniona w taki sposób, że miała drugą w kolejności największą liczbę punktów z ofert ważnych. W dniu 21 października 2016 roku Zamawiający przesłał do Odwołującego mailem zaproszenie do wzięcia udziału w aukcji, wskazując niezbędne informacje do wzięcia w niej udziału. W szczególności Zamawiający wskazał, że aukcja przeprowadzona będzie w dniu 26 października 2016 roku i trwać będzie od godziny 10.00.00 do godziny 10.30.00. Zamawiający wskazał również, że minimalne postąpienie może wynosić 2000 zł. W toku aukcji elektronicznej Odwołujący złożył dwa postąpienia. Pierwsze rozpoczął o godzinie 10.06.36 i zakończył - zgodnie z informacją

4

uzyskaną od UZP w piśmie z dnia 3 listopada 2016 roku - o godzinie 10.09.21. Jak wskazał Urząd pierwsze postąpienie zakończyło się dodaniem wpisu do historii aukcji. Drugie postąpienie Odwołujący rozpoczął o godzinie 10.28.40 i wysłał je do platformy o godzinie 10.29.36, a jego weryfikacja - jak podaje UZP - zakończyła się o godzinie 10.30.00. Szczegółowy przebieg czynności dla każdego postąpienia wynika z logów udostępnionych przez UZP i wyglądał on w następujący sposób:

1. Pierwsze postąpienie:

- 10 :06 :36 - zmiana wartości kryterium
- 10 :07 :00 - Składanie postąpienia -1 etap, pobieranie dokumentu
- 10 :07:03 - pobieranie dokumentu
- 10:07:56 - Składanie postąpienia - 2 etap, zwracanie podpisanego dokumentu
- 10:08:07 - weryfikacja podpisanego dokumentu
- 10 :08:07 - wysyłane dokumentu do WebNotariusza -10.08.21 - dokument został podpisany poprawnie -10.09.21 - dodano wpis do historii

2. Drugie postąpienie

- 10:28:40 - zmiana wartości kryterium
- 10:28:52 - Składanie postąpienia -1 etap, pobieranie dokumentu
- 10:28:55 - pobieranie dokumentu
- 10:29:36 - Składanie postąpienia - 2 etap, zwracanie podpisanego dokumentu
- 10:29:47 - weryfikacja dokumentu
- 10:29:47 - wysyłane dokumentu do WebNotariusza
- 10:30:00 - dokument został podpisany poprawnie
- 10:30:40-anulowanie postąpienia (przez system Platformy).

Logi udostępnione przez UZP stanowią załącznik do niniejszego odwołania.

Aukcja została zamknięta o godzinie 10:30:00 bez uwzględnienia postąpienia złożonego przez Odwołującego, co wynikało z zestawienia ofert wygenerowanego przez Platformę Aukcji Elektronicznych po zakończeniu aukcji. Historia ta jest dostępna na stronie internetowej Platformy, wydruk z niej stanowi załącznik do odwołania. Stwierdził, że postąpienie to powodowało, że jego oferta stawiała się ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu. W uzasadnień zarzutów w szczególności podał, że w dniu 27 października 2016 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego pismo z wnioskiem o zbadanie przebiegu aukcji z uwzględnieniem przedstawionych przez Odwołującego informacji i zmianę jej wyników, ewentualnie w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości technicznych platformy aukcyjnej, o unieważnienie tej czynności i jej powtórzenie. Odwołujący niezależnie wniósł do Zamawiającego o wystąpienie do Urzędu Zamówień Publicznych o udostępnienie z archiwum Platformy, na podstawie postanowień Rozdziału III ust. 4 Regulaminu Platformy Aukcji Elektronicznych, potwierdzeń postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej w

5

postaci dokumentu elektronicznego opatrzonego bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu ze szczególnym uwzględnieniem postąpień Wykonawcy. Tego samego dnia Zamawiający przesłał do Odwołującego pismo kierujące go bezpośrednio do UZP w celu uzyskania potwierdzeń postąpień nie odnosząc się w żaden sposób do uwag zgłoszonych przez Odwołującego, a także kolejnym pismem przesłał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, z której wynika, że oferta Odwołującego z ceną wynikającą z dokonanego pierwszego postąpienia, została zakwalifikowana na drugiej pozycji. Jako najkorzystniejsza wybrana została oferta wykonawcy Newind SA. Podał także, że w dniu 28 października 2016 roku wystąpił do UZP z wnioskiem o udostępnienie mu informacji o postąpieniach gromadzonych przez Platformę Aukcji Elektronicznych. Informacje te w postaci szczegółowych logów do Platformy zostały mu udostępnione w dniu 3 listopada 2016 roku. Z pisma wyjaśniającego od UZP, poza potwierdzeniem wyżej wskazanych zdarzeń we wskazanym czasie, wynika również, że „warunkiem złożenia poprawnego i pełnego postąpienia w Platformie aukcji elektronicznych jest zakończenie całego procesu składania postąpienia przed zamknięciem aukcji elektronicznej. System weryfikuje tutaj czas otrzymania potwierdzenia, że wysłany do Platformy dokument z podpisem elektronicznym jest poprawnym podpisem i dotyczy wygenerowanego przez Platformę dokumentu PDF opisującego postąpienie Wykonawcy.” Odwołujący nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, w pierwszej kolejności zauważył, że poprzez dyspozycję art. 14 Pzp do składania oświadczeń woli w formie elektronicznej stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Stosowania tych przepisów, jako właściwych nie wyłącza również Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną (art. 11 tej ustawy), do której odwołuje treść Regulaminu Platformy Aukcji Elektronicznych UZP. Wskazał, że przepis art. 61 § 2 kc stanowi, że oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Istotne zatem dla ustalenia chwili złożenia skutecznego oświadczenia jest to, kiedy oświadczenie to zostało wprowadzone do środka komunikacji elektronicznej, a nie to kiedy

jego adresat z nim się zapoznał. Z wymogu możliwości zapoznania się adresata z treścią oświadczenia (nawiązującego to przyjętej w art. 61 § 1 KC "teorii" doręczenia) można wnioskować, że środek komunikacji elektronicznej, o którym mowa w przepisie, to urządzenie, do którego dostęp ma adresat oświadczenia, a nie urządzenie składającego oświadczenie. Zaistnienie stanu, w którym adresat oświadczenia mógł zapoznać się z jego treścią, należy oceniać podobnie jak na tle art. 61 § 1 kc. Jest to zatem moment, w którym można było oczekiwać zapoznania się z treścią oświadczenia przez danego adresata, znajdującego się w danych okolicznościach i działającego w zwykły sposób. Nie ma natomiast znaczenia rzeczywiste zapoznanie się z oświadczeniem. Oświadczenie, w

6

przypadku aukcji elektronicznej, jest więc złożone w chwili, w której adresat mógł oświadczenie odebrać w systemie informatycznym Platformy Aukcji Elektronicznej. Ani kodeks cywilny ani Ustawa o podpisie elektronicznym nie wprowadzają również żadnych dodatkowych warunków, które musiałby spełnić składający oświadczenie woli w formie elektronicznej, aby stwierdzić prawidłowość i skuteczność jego złożenia. Wymagany przepisami Pzp dla składania oświadczeń woli w przypadku aukcji elektronicznej, bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, co do zasady, identyfikuje składającego oświadczenie i ma wpływ na ważność oświadczenia, jednak nie ma wpływu na moment jego złożenia. Z udostępnionych logów do Platformy wynika wprost, że czynność postąpienia składa się z dwóch etapów. Pierwszy - polega na pobraniu z Platformy dokumentu PDF i podpisaniu go bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, drugi - na przesłaniu tak podpisanego dokumentu do Platformy. W tym momencie jest on wprowadzany do środka komunikacji elektronicznej adresata i rozpoczyna się proces jego weryfikacji, przy czym odnosi się on jedynie do poprawności złożonego podpisu elektronicznego. Przywołać tu należy definicję ustawową weryfikacji bezpiecznego podpisu elektronicznego wynikającą z Ustawy o podpisie elektronicznym - są to czynności, które pozwalają na identyfikację osoby składającej podpis elektroniczny oraz pozwalają stwierdzić, że podpis został złożony za pomocą danych służących do składania podpisu elektronicznego przyporządkowanych do tej osoby, a także że dane opatrzone tym podpisem nie uległy zmianie po złożeniu podpisu elektronicznego. Stanowisko wyrażone przez UZP w piśmie z dnia 3 listopada 2016 roku odnoszące się do warunku złożenia poprawnego i pełnego postąpienia jest zatem niedopuszczalną modyfikacją zasady doręczeń wynikającej z kodeksu cywilnego. Dalej podał, że nawet gdyby z jakichś nieznanych Odwołującemu powodów taką modyfikację dopuścić jednak, jako wiążącą dla użytkowników Platformy, to nie wynika ona z treści Regulaminu i Odwołujący o takim warunku postąpienia nie był wcześniej informowany, mimo iż przepisy Ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, mające zastosowanie w przypadku aukcji elektronicznej w sposób jasny i wyraźny w art. 6 pkt 2 nakazują usługodawcy - tu UZP - zapewnić usługobiorcy dostęp w szczególności do aktualnej informacji o funkcji i celu oprogramowania lub danych niebędących składnikiem treści usługi, wprowadzanych przez usługodawcę do systemu teleinformatycznego, którym posługuje się usługobiorca. Jak wynika z udostępnionych logów, po wprowadzeniu do Platformy podpisanego bezpiecznym podpisem kwalifikowanym dokumentu z oświadczeniem o postąpieniu, i weryfikacji dokumentu, jest on dodatkowo kierowany do weryfikacji w aplikacji WebNotarius. Celem tej aplikacji jest umożliwienie weryfikacji dokumentu podpisanego elektronicznie i weryfikacja certyfikatu za pomocą którego podpis został złożony. Tymczasem, przynajmniej w przypadku Odwołującego, podpis elektroniczny został już

7

wcześniej, w chwili jego składania, zweryfikowany, jako poprawny i ważny przez Państwową Wytwórnię Papierów Wartościowych. Odwołujący nie miał w chwili przystępowania do aukcji informacji o ponownym weryfikowaniu podpisu już po złożeniu oświadczenia woli w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, a także o tym, iż dopiero po tej weryfikacji złożone oświadczenie woli będzie mogło być uznane za skutecznie złożone. Stanowisko UZP powoduje, że mimo jasnych regulacji kc, oświadczenie woli w formie elektronicznej w przypadku Platformy jest składane w momencie dokonania wpisu w historii aukcji. Zauważyć również należy, że stanowisko UZP jest niespójne. Z jednej strony w piśmie z 3 listopada 2016 r. Urząd twierdzi, że pierwsze postąpienie zostało dokonane o

godzinie 10.09.21, to jest gdy dokonano wpisu do historii aukcji po zweryfikowaniu poprawności podpisu dokumentu, gdyż „warunkiem złożenia poprawnego i pełnego postąpienia w Platformie aukcji elektronicznych jest zakończenie całego procesu składania postąpienia przed zamknięciem aukcji elektronicznej”. Z drugiej strony jednak, z dostępnej ogólnie historii przebiegu aukcji zamieszczonej na stronie internetowej UZP pod adresem <https://aukcje.uzp.gov.pl/index.php/history/auctionHistory/sid/A-343-2Q16> wynika, że pierwsze postąpienie Odwołującego zostało uznane przez UZP jako dokonane o godzinie 10.08.07 (oznaczone jako „data zdarzenia”). Zgodnie z logami w tym czasie nastąpiła weryfikacja złożonego dokumentu (podpisany wymaganym podpisem elektronicznym PDF z wartością ceny po postąpieniu) i niezależnie przekazanie do WebNotariusza. W tym przypadku zatem UZP nie czekało ani na informację zwrotną z tej aplikacji, która nastąpiła po 14 sekundach, ani tym bardziej na wpis do historii aukcji, który nastąpił po kolejnej minucie. Analogiczne czynności w przypadku drugiego postąpienia nastąpiły o godzinie 10.29.47, a zatem przed zakończeniem aukcji. Rodzi się zatem pytanie, dlaczego w tym przypadku, mimo złożenia oświadczenia w systemie informatycznym i uzyskania jego weryfikacji, a także potwierdzenia w toku aukcji poprawności złożonego podpisu przez podmiot uprawniony, postąpienie pozostało przez Urząd anulowane i to po terminie zakończenia aukcji. Urząd konsekwentnie, uznając, jako „datę zdarzenia” dla pierwszego postąpienia czynność weryfikacji dokumentu i przekazania go do Web Notariusza bez oczekiwania na wynik tej czynności, powinien dla drugiego postąpienia uznać, te same czynności, jako potwierdzające złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej. Stosowanie niejasnych i różnych zasad w jednej aukcji kwestionuje poprawność jej prowadzenia. Co również istotne, jak wynika z pisma UZP z dnia 3 listopada 2016 roku, Zamawiający ma dostęp do każdego dokumentu postąpienia złożonego w toku aukcji po zalogowaniu do Platformy Aukcji Elektronicznej, a zatem był w stanie sam to sprawdzić chociażby po piśmie Odwołującego zgłaszającego nieprawidłowości aukcji w dniu 27 października 2016 roku. Zamawiający natomiast mimo wniosku Odwołującego zaniechał przeprowadzenia odpowiednich czynności wyjaśniających i dokonał wyboru oferty

8

najkorzystniejszej. Konstrukcja warunku prawidłowości i skuteczności postąpienia przedstawiona przez UZP jest zatem niewiarygodna i nie znajduje potwierdzenia w innych czynnościach UZP podejmowanych w toku aukcji. Biorąc pod uwagę jedynie przytoczony przepis kodeksu cywilnego, brak jest uprawnienia do twierdzenia, że postąpienie mogłoby nastąpić po innych czynnościach niż wprowadzenie odpowiednio podpisanego oświadczenia woli w formie elektronicznej do systemu informatycznego, w szczególności po zakończeniu innych administracyjnych czynności przewidzianych w tym systemie, na przykład dodatkowej weryfikacji podpisu, czy czynności zarchiwizowania oświadczenia. Są to czynności poza wiedzą składającego oświadczenie i poza jego wpływem, nie mogą też stanowić warunku (zdarzenia przyszłego i niepewnego), o jakim napisało UZP w piśmie. Jako takie nie mogą oddziaływać na złożone w terminie oświadczenie woli uczestnika aukcji, w szczególności przez upływ czasu niezbędny na ich wykonanie przez system informatyczny nie związany ze składającym oświadczenie, a w konsekwencji skutkować nieskutecznością oświadczenia woli, jako złożonego po terminie. Analogicznie należy zastosować tu sytuację chwili złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w formie pisemnej. Oferta składana jest w wyznaczonym miejscu i dla uznania prawidłowości jej złożenia wystarczy wykazanie, że do określonej godziny wpłynęła ona do Zamawiającego. Sama weryfikacja poprawności formy wymaganej dla ważności oferty oraz umocowania osoby ją składającą następuje na późniejszym etapie i nie czas niezbędny na dokonanie tych czynności nie jest wliczany do terminu złożenia oferty. Samo oświadczenie woli – oferta - dociera do odbiorcy w późniejszym terminie, w jeszcze innym terminie może następować weryfikacja poprawności umocowania osób, które je złożyły, co nie wpływa jednak na fakt jego złożenia w terminie. Zwracamy uwagę, że jak wynika z logów, sama czynność wpisu do historii zajmuje systemowi UZP aż minutę, podczas gdy oświadczenie woli jest już do systemu wprowadzone i wywołuje skutki prawne zgodnie z kodeksem cywilnym. Wskazał na przepisy Pzp określające skutek złożenia postąpienia. Zgodnie z art. 91c ust. 4 Pzp oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej. Oferta Odwołującego w wysokości wskazanej w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie wiązała już Odwołującego w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Wiąże go natomiast, co najmniej od godziny 10:29:47 dnia 26 października 2016 roku, oferta

zgodna z postąpieniem wprowadzonym do Platformy, w cenie 690.000 zł jest to oferta najkorzystniejsza w Postępowaniu w rozumieniu Pzp. Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę, że nawet jeżeli uznać, że oświadczenie woli w formie elektronicznej ostatecznie przez Odwołującego złożone w chwili zwrotu przez WebNotariusza potwierdzenia weryfikacji podpisu elektronicznego, to zdarzenie to nastąpiło o godzinie 10.30.00. Zgodnie z udostępnionymi logami, zakładając ich chronologię, czynność ta nastąpiła przed zamknięciem aukcji elektronicznej, a nie po jej zakończeniu. Ciężar dowodu, że czynność ta nastąpiła w innej

9

chwili spoczywa na Zamawiającym. Ponadto wskazał, że w toku aukcji miały miejsce inne nieprawidłowości, które zgłosił do Zamawiającego w dniu 27 października 2016 roku, a które mogą mieć wpływ na ocenę poprawności działania Platformy. Wykonawca Newind SA. Analizując historię aukcji ze strony internetowej Platformy Aukcji Elektronicznej UZP – jego zdaniem – widać, że wykonawca Newind SA trzykrotnie dokonywał postąpień wychodząc na pierwszą pozycję już o godzinie 10.14.05, jednakże ta informacja nie została przez Platformę przekazana do Odwołującego. UZP w piśmie z dnia 3 listopada 2016 roku wskazał, że przyczyną tego mogło być korzystanie przez Odwołującego z innej przeglądarki internetowej niż zalecane przez UZP. Jednakże biorąc pod uwagę przepisy Pzp, kolejne postąpienie dokonane przez Newind SA o godzinie 10.27.45, czyli w chwili, gdy wykonawca ten już był na pierwszej pozycji wykonawców, nie powinno być Odwołującemu notyfikowane, podczas gdy właśnie informację o nim Odwołujący otrzymał i była ona bezpośrednią podstawą do złożenia przez niego kolejnego postąpienia. Zgodnie bowiem z postanowieniami art. 91c ust. 3 Pzp w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Kolejne postąpienie wykonawcy na pierwszej pozycji nie wpływało już ani na pozycję Odwołującego ani na jego punktację, a zatem nie powinno być mu przekazane. Za to powinien mieć informację o postąpieniu z godziny 10.14.05, jako tym, które zmieniło jego pozycję i punktację. W konkluzji stwierdził, że „Najkorzystniejszą ofertą w Postępowaniu jest oferta Odwołującego po złożeniu przez niego postąpienia o godzinie 10.29.47 w aukcji elektronicznej. Zamawiający mimo posiadania odpowiedniej informacji od Odwołującego oraz możliwości przeprowadzenia kontroli złożonych postąpień oraz logów, nie dokonał tych czynności, czym naruszył bezpośrednio i w konsekwencji wskazane w odwołaniu przepisy Pzp” Odwołujący podał także, że wniósł odwołanie, gdyż jego interes w uzyskaniu zamówienia, jako wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę na skutek dokonanego postąpienia w toku aukcji w Postępowaniu doznaje uszczerbku na skutek zakwalifikowania go na drugiej pozycji. Niezależnie, w interesie wykonawcy jak i Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zgodny z przepisami prawa, gdyż w przeciwnym razie naraża się na możliwość unieważnienia postępowania a także ewentualnie zawartej umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie podnosząc w szczególności następujące okoliczności:

W pierwszej kolejności wskazał, że zgodnie z treścią zarzutu naruszenia art. 91a ust.1 oraz art. 91c ust. 3 ustawy Pzp [zarzut nr 5] Odwołujący zarzucił Zamawiającemu

10

przeprowadzenie aukcji elektronicznej na platformie uniemożliwiającej przeprowadzenie, zgodnie z kodeksem cywilnym, składanie postąpień w drodze aukcji elektronicznej. Dodatkowo jak wynika z treści odwołania strona 6 i 7 cyt.: „stanowisko wyrażone przez UZP w piśmie z dnia 3 listopada 2016 r. odnoszące się do warunku złożenia poprawnego i pełnego postąpienia jest zatem niedopuszczalną modyfikacją zasady doręczeń wynikającej z kodeksu cywilnego. Nawet gdyby z jakiś nieznanych Odwołującemu powodów taką modyfikację dopuścić jednak, jako wiążącą dla użytkowników Platformy, to nie wynika ona z treści Regulaminu i Odwołujący o takim warunku postąpienia nie był wcześniej informowany, (...)” Stanowisko to nie jest zgodne z faktami. Odwołujący powziął informację o tym, iż najkorzystniejsza oferta w postępowaniu zostanie wybrana z zastosowaniem aukcji elektronicznej z zapisów ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SiWZ, które to dokumenty Zamawiający udostępnił na swojej

stronie internetowej poczynawszy od dnia 13.07.2016 r. do dnia 02.09.2016 r. Wykonawca, zgodnie z art. 36 ust.2 pkt 7 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. (Dz. U. z 2015 r. poz.2164) zwanej dalej ustawą, został poinformowany o parametrach wykorzystywanego sprzętu elektronicznego. Zamawiający poinformował w SIWZ, iż w celu przeprowadzenia aukcji, skorzysta z platformy aukcyjnej, której administratorem jest Urząd Zamówień Publicznych, zwany dalej UZP. Odwołujący potwierdził w odwołaniu, iż przystępując do aukcji zapoznał się z Regulaminem aukcji. Znając adres strony internetowej, na której będzie przeprowadzona aukcja, Odwołujący mógł zapoznać się z informacjami na niej udostępnionymi, w tym m.in. z informacją zamieszczoną w zakładce „Informacje podstawowe” o treści „Rozwiązanie zastosowane w programie aukcyjnym polega na tym, że po wprowadzeniu do systemu postąpienia, wygenerowany zostaje dokument PDF opisujący ofertę wykonawcy. Dokument ten należy pobrać (zapisać na dysku lokalnym), a następnie podpisać elektronicznie za pomocą oprogramowania dostarczanego przez wystawcę podpisu elektronicznego i odesłać podpisany dokument do systemu aukcyjnego. System dokona automatycznej weryfikacji podpisu elektronicznego - w przypadku pozytywnej weryfikacji, postąpienie zostanie przyjęte.” Zatem wiedzę o sposobie przeprowadzenia aukcji Odwołujący posiadał przed jej rozpoczęciem, w szczególności skoro Odwołujący już od dnia 13.07.2016 r. mógł dowiedzieć się o wymaganiach dotyczących aukcji elektronicznej, jakie stawia Zamawiający, mógł więc wnieść odwołanie na zapisy SIWZ określające warunki przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w tym wskazanie platformy elektronicznej, na której odbędzie się aukcja, oraz zapisy Regulaminu aukcji. Odwołujący nie wnosił zastrzeżeń do zaproponowanej platformy elektronicznej, a zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy odwołanie powinno zostać wniesione w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Skoro Odwołujący potwierdził w

11

odwołaniu, iż „Odwołujący przystępując do aukcji zapoznał się z Regulaminem Platformy” to zarzut jakoby Zamawiający wskazał platformę aukcyjną niezapewniającą składanie postąpień zgodnie z regułami kodeksu cywilnego jest spóźniony i powinien być wniesiony na zasadach określonych w art. 182 ust 3 pkt 1 ustawy. Podkreślił, że pozostałe zarzuty są wtórne i wynikają z nie zapoznania się przez Odwołującego z informacjami zawartymi na stronie UZP. Stwierdził dalej, że Zarzut nr 2 nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zgodnie z wyżej przedstawionym stanowiskiem Odwołujący został zobowiązany, zgodnie z rozdziałem XIV pkt 12 SIWZ do zapoznania się z Regulaminem dostępnym na stronie internetowej: <https://aukcje.uzp.gov.pl>. Zgodnie z informacją zawartą na przedmiotowej stronie „Rozwiązanie zastosowane w programie aukcyjnym polega na tym, że po wprowadzeniu do systemu postąpienia, wygenerowany zostaje dokument PDF opisujący ofertę wykonawcy. Dokument ten należy pobrać (zapisać na dysku lokalnym), a następnie podpisać elektronicznie za pomocą oprogramowania dostarczanego przez wystawcę podpisu elektronicznego i odesłać podpisany dokument do systemu aukcyjnego. System dokona automatycznej weryfikacji podpisu elektronicznego - w przypadku pozytywnej weryfikacji postąpienie zostanie przyjęte.” Nie można zatem uznać za zasadny argumentu podnoszonego przez Odwołującego, że automatyczna weryfikacja prowadzona przez system aukcyjny jest czynnością odrębną i należałoby ją traktować jako czynność niezależną od złożonego podpisu elektronicznego. UZP (Usługodawca - podmiot udostępniający platformę) na swojej stronie internetowej wyraźnie zaznaczał, że aby postąpienie było skuteczne musi ono zostać pozytywnie zweryfikowane. Wiedzę o tym Odwołujący posiadał przed rozpoczęciem aukcji. Zatem Zamawiający w pełni zgadza się ze stanowiskiem zajętym przez UZP, potwierdzającym, że postąpienie Odwołującego nie zostało pozytywnie zweryfikowane przez zakończeniem aukcji, co w konsekwencji nie pozwala na jego uznanie. Odwołujący wyraża stanowisko, że stanowisko UZP [Usługodawcy - podmiotu udostępniającego platformę] jest niespójne, z czym nie można się zgodzić, bowiem czym innym jest zapisany czas złożenia postąpienia, a czym innym proces jego weryfikacji. Odwołujący zbyt późno rozpoczął proces złożenia postąpienia, za co Zamawiający nie może ponosić odpowiedzialności. Jego zdaniem, analogiczne stanowisko wyraziła KIO w wyroku KIO 2720/12 w uzasadnieniu którego stwierdzono: „Wskazać należy, że złożenie podpisu elektronicznego nie stanowi jednej czynności, lecz wymagające odpowiedniego czasu - ciąg czynności polegający m.in. na otwarciu okna podpisu, wprowadzeniu ciągu znaków i akceptacji wprowadzonych danych. Wskazane przez Odwołującego okoliczności dotyczące

przebiegu ostatniej minuty aukcji prowadzą do wniosku, że odwołujący zbyt późno rozpoczął dokonywanie czynności związanych z trzecim postąpieniem i nie zdążył wykonać wszystkich tych czynności, które składały się na to postąpienie. Tym samym wadliwość czynności odwołującego nie może negatywnie wpływać na poprawność działania platformy aukcyjnej."

12

Wskazał ponadto, że Odwołujący niezwłocznie po otrzymaniu informacji o postąpieniu Wykonawcy Newind S.A. podjął czynności w celu złożenia korzystniejszego postąpienia, co widoczne jest w przedstawionych przez UZP logach. Niestety czas pozostały do końca aukcji nie pozwolił na złożenie postąpienia o czasie, za co Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności. Postanowienia Regulaminu dostępnego na stronach UZP (Usługodawcy - podmiotu udostępniającego platformę), wskazują wprost w rozdziale IV. „Wymagania techniczne i organizacyjne” pkt 2, iż „Usługodawca zastrzega, iż platforma została przetestowana w zakresie współpracy z przeglądarkami Mozilla Firefox 3.0, Google Chrome 5, Opera 10; w związku z czym zaleca się korzystanie z ww. przeglądarek internetowych. Usługodawca nie ponosi odpowiedzialności za nieprawidłowości wynikające z korzystania przez Usługobiorców z oprogramowania innego niż zalecane.” Podkreślił, że Regulamin w pkt 4 stanowi, iż „Przed rozpoczęciem korzystania z oferowanej usługi Usługobiorca zobowiązany jest do zapoznania się z niniejszym regulaminem i jego zaakceptowania”. Odwołujący biorąc udział w aukcji zdecydował się na korzystanie z niezalecanej przez Administratora przeglądarki Internet Explorer, co wynika z informacji przekazanych przez UZP, dla której Administrator nie gwarantuje poprawnego działania Platformy. Ze względu na brak kompatybilności przeglądarki Internet Explorer ze standardami przyjętymi w systemie aukcyjnym [powszechnie wykorzystywanymi w Internecie] oraz pojawiające się problemy związane z bezpieczeństwem, Administrator nie zalecał korzystania z tej aplikacji podczas użytkowania portalu aukcji. Administrator aukcji zastrzegł, że nie zostały przeprowadzone testy na zgodność z innymi przeglądarkami i z tego powodu nie może zagwarantować prawidłowej pracy systemu aukcyjnego z wykorzystaniem przeglądarek internetowych innych niż wyżej wskazane. W konsekwencji to Odwołujący nie zachował należytej staranności, co mogło mieć wpływ na czas złożenia postąpienia. Zarzuty nr 3 i 4 również nie zasługują na uwzględnienie. Reasumując stwierdził, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z Regulaminem aukcji i niedopuszczalnym byłoby modyfikowanie Regulaminu i zasad obowiązujących po przeprowadzonej aukcji, co byłoby naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania. Platforma aukcyjna działa automatycznie, nie faworyzując żadnego z Wykonawców. Podejmując decyzję o złożeniu oferty Odwołujący zgodził się z warunkami prowadzonego postępowania, a jednym z nich był wybór platformy UZP do przeprowadzenia aukcji. Odwołujący na stronie 4 swojego odwołania porównuje wykonanie czynności złożenia przez Odwołującego postąpienia z godziny 10.07 i 10.28. Nie bierze jednak pod uwagę, że drugie postąpienie nie zostało zweryfikowane w czasie trwania aukcji. Tak więc, nie można jednoznacznie stwierdzić z jaką godziną zostałoby ono odnotowane w systemie, jest to jednak rzecz drugorzędna, gdyż podstawowe znaczenie dla uznania postąpienia ma czas w jakim zostanie ono pozytywnie zweryfikowane. Zaznaczył, że takie same zasady obowiązywały wszystkich Wykonawców biorących udział w aukcji. Nie

13

można zatem uznać, że Zamawiający traktował Wykonawców w sposób nierówny. Ponadto, Odwołujący podnosi argument, że nie był informowany o zmianie pozycji rankingowej po złożeniu postąpienia przez Wykonawcę Newind S.A., podczas gdy po złożeniu postąpienia przez wykonawcę Newind S.A. pozycja Odwołującego w rankingu nie uległa zmianie, gdyż złożone postąpienie zrównało obu Wykonawców w rankingu, w konsekwencji zarówno Odwołujący jak i Wykonawca Newind S.A. znaleźli się na pierwszym miejscu, tak więc pozycja rankingowa Odwołującego nie uległa zmianie. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 91c ust.1 ustawy Pzp, kolejne postąpienia w toku aukcji podlegają automatycznej ocenie i klasyfikacji. Oznacza to jednoznacznie, że jakakolwiek ingerencja Zamawiającego w wyniki przeprowadzonej przez system oceny jest niedopuszczalna i musiałaby skutkować unieważnieniem aukcji. Jeżeli dodatkowo UZP, jako Usługodawca udostępniający platformę stwierdził w piśmie z dnia 3 listopada 2016 r. nr KW-7931/16 (ostatnie zdanie), że nie doszło do awarii systemu, Zamawiający był związany wynikami aukcji elektronicznej. Podsumowując, zarzut nr 1 również nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż w świetle

powyższych argumentów wszystkie czynności przeprowadzone przez Zamawiającego były prawidłowe, a w konsekwencji także wybór oferty najkorzystniejszej przeprowadzony został w sposób prawidłowy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Sii spółka z o.o., wnosząc o uwzględnienie odwołania, a po stronie Zamawiającego takie przystąpienie zgłosił wykonawca Newad S.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołanie izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzuty podnoszone w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Rozpoznając kluczowy zarzut naruszenia art. 91c ust. 1 Pzp oraz zarzut naruszenia art. 14 Pzp w związku z art. 61 § 2 kodeksu cywilnego, Izba zgodziła się z Zamawiającym, że każdy z wykonawców, w tym wnoszący odwołanie, informację o możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, powziął z Ogłoszenia o zamówieniu oraz z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia udostępnionych na jego stronie internetowej począwszy od dnia 13.07.2016 r. do dnia 02.09.2016 r. Wykonawca, poinformowany został także w punkcie pkt XIV specyfikacji o wymaganiach, co do aukcji, w tym także o parametrach wykorzystywanego sprzętu elektronicznego. Zamawiający podał,

14

że w celu przeprowadzenia aukcji, będzie korzystał z platformy aukcyjnej, której administratorem [usługodawcom] jest Urząd Zamówień Publicznych. Odwołujący potwierdził w odwołaniu, że przystępując do aukcji zapoznał się – tak jak wymagała także specyfikacja - z jej Regulaminem. W tym przypadku, do zastosowanego narzędzia nie zgłosił sprzeciwu, aczkolwiek jego skuteczność z pewnością uzależniona byłaby, zdaniem Izby, tylko od jakichś obiektywnie ważnych przeszkód, znanych wykonawcy, do zastosowania tego narzędzia i warunków korzystania z tej platformy. W odwołaniu wykonawca zarzut odnosi do jego oczekiwania, że ta platforma w swoim założeniu powinna była zapewnić składanie postąpień zgodnie z regułami kodeksu cywilnego. Tak jak słusznie wskazywał Zamawiający postąpienie w aukcji elektronicznej, to ściśle określona procedura, na którą składa się zespół czynności. Tak jak wskazano w opinii administratora [UZP] z 3.11.1016 „Warunkiem złożenia poprawnego i pełnego postąpienia w Platformie aukcji elektronicznych jest zakończenie całego procesu składania postąpienia przed zamknięciem aukcji elektronicznej. System weryfikuje tutaj czas otrzymania potwierdzenia, że wysłany do Platformy dokument z podpisem elektronicznym jest poprawnym podpisem i dotyczy wygenerowanego przez Platformę dokumentu PDF opisującego postąpienie Wykonawcy”. Dalej z tej opinii, co potwierdza historia aukcji, wynika, że ostatecznym etapem jest dodanie wpisu do historii aukcji. Tak jak podnosił Zamawiający, powołując się na orzeczenie KIO 2720/12, postąpienie nie ogranicza się do jednej czynności - złożenia podpisu elektronicznego, ale stanowi ciąg czynności polegający m.in. na otwarciu okna podpisu, wprowadzeniu ciągu znaków i akceptacji wprowadzonych danych, co wymaga odpowiedniego czasu. Wskazane przez Odwołującego okoliczności, dotyczące przebiegu ostatniej minuty aukcji, prowadzą do wniosku, że Odwołujący nie zdołał wykonać wszystkich tych czynności, które składały się na to postąpienie. Izba ponadto stwierdza, że zarówno Regulamin aukcji jak i dodatkowe informacje dostępne każdemu z wykonawców pod wskazanym w specyfikacji adresem [<https://aukcje.uzp.gov.pl>] nie pozwoliły uznać za zasadny argument podnoszony przez Odwołującego, że automatyczna weryfikacja prowadzona przez system aukcyjny jest czynnością odrębną i należałoby ją traktować, jako czynność niezależną od złożonego podpisu elektronicznego. UZP (Usługodawca - podmiot udostępniający platformę) na swojej stronie internetowej wyraźnie zaznaczał, że aby postąpienie było skuteczne musi ono zostać pozytywnie zweryfikowane. Tym samym podnoszony zarzut nie potwierdził wadliwości w poprawności działania platformy aukcyjnej, a Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty był związany wynikiem aukcji. Dodatkowo Izba zauważa, że znając adres strony internetowej, na której będzie przeprowadzona aukcja, Odwołujący, jako profesjonalny podmiot, nie tylko mógł, ale powinien – przed akceptacją Regulaminu aukcji - zapoznać się z informacjami na niej udostępnionymi, w tym m.in. z informacją zamieszczoną w zakładce „Informacje podstawowe” o treści: „Rozwiązanie zastosowane w programie

15

aukcyjnym polega na tym, że po wprowadzeniu do systemu postąpienia, wygenerowany zostaje dokument PDF opisujący ofertę wykonawcy. Dokument ten należy pobrać (zapisać na dysku lokalnym), a następnie podpisać elektronicznie za pomocą oprogramowania dostarczanego przez wystawcę podpisu elektronicznego i odesłać podpisany dokument do systemu aukcyjnego. System dokona automatycznej weryfikacji podpisu elektronicznego - w przypadku pozytywnej weryfikacji, postąpienie zostanie przyjęte." Reasumując Izba stwierdza, że wskazane powyżej kluczowe, w stanie faktycznym sprawy, zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie. Izba jednocześnie nie zgodziła się z Zamawiającym, że te zarzuty, jako – jego zdaniem - odnoszące się do specyfikacji i jej postanowień określających warunki przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w tym wskazanie platformy elektronicznej, na której odbędzie się aukcja, oraz zapisy Regulaminu aukcji zostały podniesione po terminie wymaganym art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby okoliczności wskazywane przez wykonawcę ujawniły się w trakcie trwania przedmiotowej aukcji, albowiem przed jej rozpoczęciem Odwołujący tkwił w niezasadnym przeświadczeniu, o zapewnieniu przez zastosowaną platformę aukcyjną składania postępowań zgodnie z regułami kodeksu cywilnego, do których nawiązuje w odwołaniu.

Pozostałe zarzuty podnoszone w odwołaniu, w szczególności naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 2 pkt 5 Pzp, tak jak stwierdził Zamawiający, w tym stanie faktycznym sprawy są wtórne. Odnosząc się do tych zarzutów Izba chciałaby przede wszystkim zwrócić uwagę na postanowienia punktu 2 Regulaminu w rozdziale IV [Wymagania techniczne i organizacyjne], w którym „Usługodawca zastrzega, iż platforma została przetestowana w zakresie współpracy z przeglądarkami Mozilla Firefox 3.0, Google Chrome 5, Opera 10; w związku z czym zaleca się korzystanie z ww. przeglądarek internetowych. Usługodawca nie ponosi odpowiedzialności za nieprawidłowości wynikające z korzystania przez Usługobiorców z oprogramowania innego niż zalecane." To zastrzeżenie powtórzono w rozdziale Xiv pkt 7 specyfikacji. Wbrew temu zastrzeżeniu Odwołujący zdecydował się na korzystanie z niezalecanej przez Administratora przeglądarki Internet Explorer, dla której nie gwarantuje poprawnego działania Platformy, czemu Odwołujący nie przeczył w toku rozprawy, stwierdzając jednocześnie, że to tylko aplikacja do przeglądania stron internetowych, pomijając fakt, że aktualnie możliwości przeglądarki internetowej znacznie wykraczają ponad tę funkcję. Niewykluczone, że nierekomendowanie zastosowanej przeglądarki, związane było z brakiem kompatybilności przeglądarki Internet Explorer ze standardami przyjętymi w systemie aukcyjnym [powszechnie wykorzystywanymi w Internecie] oraz pojawiające się problemy związane z bezpieczeństwem. Administrator aukcji zastrzegł, że nie zostały przeprowadzone testy na zgodność z innymi przeglądarkami i z tego powodu nie może zagwarantować prawidłowej pracy systemu aukcyjnego z wykorzystaniem

16

przeglądarek internetowych innych niż wyżej wskazane. Izba stwierdziła tym samym brak podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 91a ust. 1 oraz art. 91c ust. 3 ustawy Pzp opartego na twierdzeniu braku zapewnienia sprawnie działającej platformy elektronicznej do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, umożliwiającej prawidłowe - w rozumieniu kodeksu cywilnego - składanie postępowań przez wykonawców oraz informowanie wykonawcy o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz punktacji najkorzystniejszej oferty. Tym samym Izba także uznała za niezasadny zarzut, dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty oparty na twierdzeniu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 2 pkt 5 Pzp. Także za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia zasady równego traktowania, o której stanowi art. 7 ust. 1 Pzp, chociażby dlatego, że Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej postąpił zgodnie z Regulaminem aukcji. Stosownie do tego Regulaminu platforma aukcyjna działając automatycznie nie faworyzowała żadnego z wykonawców i takie same zasady obowiązywały wszystkich wykonawców biorących udział w aukcji. Odnosnie kwestii braku informowania Odwołującego o zmianie pozycji rankingowej po złożeniu postąpienia przez wykonawcę Newind S.A., Izba zwraca uwagę na stanowisko Administratora podane w opinii z 3.11.2016 r. który wyjaśnił, że analiza logów serwera WWW wykazała, że od godziny 10:09:22, o której Wykonawca otworzył zakładkę "Oferta", do godziny 10:28 system na bieżąco wysyłał do przeglądarki Wykonawcy informacje o aktualnym rankingu. W przypadku, w którym dane nie były poprawnie aktualizowane, przyczyną może być wykorzystana niewspierana przez System przeglądarka internetowa.

Wyjaśnił także, że „Możliwe jednak, że dane były poprawnie aktualizowane, a problem który zgłasza Wykonawca wynika z tego, że widział tylko swoją ofertę z miejsce w rankingu. Aukcja elektroniczna, o której mowa posiada 2 kryteria – kryterium ceny oraz kryterium niezmiennie. Ze względu na konieczność zapewnienia od strony technicznej anonimowości ofert Wykonawców w trakcie trwania aukcji, w przypadku istnienia kryterium niezmiennego, na zakładce „oferta” prezentowana jest jedynie oferta aktualnego Wykonawcy, jednak z prezentowaniem aktualnego miejsca w rankingu”. W konkluzji Izba zgodziła się ze stanowiskiem wyrażonym w tej opinii, że w toku aukcji nie stwierdzono usterek technicznych w działaniu Platformy – brak dowodów przeciwko temu stanowisku – uniemożliwiających prawidłowy przebieg aukcji - nie wystąpiły błędy „po stronie Platformy aukcji elektronicznych” w trakcie jej trwania. Wynika powyższe z Logów z Platformy Aukcji także omówionych w tej opinii - w trakcie trwania aukcji oraz po jej zakończeniu - oraz z Logów serwera WWW, potwierdzających wysyłanie informacji o aktualnych ofertach uczestniczących w aukcji.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji niniejszego wyroku.

17

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając 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).

Przewodniczący:

.....

18