

WYROK
z dnia 2 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Agata Dziuban

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2016 r. oraz w dniu 29 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2016 r. przez wykonawcę **JM-TRONIC Spółka z o.o., ul. Wapienna 43/45, 04-691 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16 – 18, 40-022 Katowice** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wymiana rozdzielni 6kV R 720 m KHW S.A. KWK Murcki – Staszic Ruch Staszic” – (postępowanie znak ZP/012/2016)

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Komplektacji i Montażu Systemów Automatyki Carboautomatyka S.A., ul. Budowlanych 168, 43-100 Tychy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

1

2. kosztami postępowania w wysokości **18 750 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **JM-TRONIC Spółka z o.o., ul. Wapienna 43/45, 04-691 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **JM-TRONIC Spółka z o.o., ul. Wapienna 43/45, 04-691 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **JM-TRONIC Spółka z o.o., ul. Wapienna 43/45, 04-691 Warszawa** na rzecz zamawiającego - **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16 – 18, 40-022 Katowice** kwotę w wysokości **3 750 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego i kosztów dojazdu na rozprawę.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. 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:

.....

2

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 2 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2317/16

Zamawiający – Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16 – 18, 40-022 Katowice prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wymiana rozdzielni 6kV R 720 m KHW S.A. KWK Murcki – Staszic Ruch Staszic” – (postępowanie znak ZP/012/2016).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 25.03.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 060 - 102354.

W dniu 28.11.2016 r. wykonawca powziął informację o wadliwym, w jego ocenie, przeprowadzeniu aukcji elektronicznej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08.12.2016 r. w formie pisemnej przez wykonawcę JM-TRONIC Spółka z o.o., ul. Wapienna 43/45, 04-691 Warszawa na czynność Zamawiającego polegającą na:
- przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, prowadzącej do wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu obrazę:
- art. 91c PZP, art. 7 ust. 1 PZP, oraz innych wskazane w treści odwołania - poprzez uznanie, iż aukcja elektroniczna została przeprowadzona zgodnie z tymi przepisami, a w szczególności że Odwołujący na bieżąco uzyskiwał informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty,

Odwołujący tym samym wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

3

(1) unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej i powtórzenie tej czynności.

Uzasadnienie interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody
Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jako że w wyniku wadliwych czynności Zamawiającego utracił możliwość jego pozyskania ponieważ pomimo tego, iż system aukcyjny na moment końcowej weryfikacji aukcji pokazywał pierwszą pozycję jego oferty, oferta w informacji o wynikach aukcji zajęła drugą pozycję. Wadliwe prowadzenie aukcji uniemożliwiło Odwołującemu składanie postępień oraz uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 23.11.2016 r. Zamawiający zaprosił wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.
(dowód: kopia e-maila z dnia 23.11.2016 r.)

W dniu 28.11.2016 r. odbyła się aukcja elektroniczna. Aukcja rozpoczęła się o godz. 10.00, a zakończyła o godz. 10.44. W tym też dniu Odwołujący otrzymał informację o wynikach aukcji, wskazującą, iż najkorzystniejszą ofertę złożyło Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” S.A. (CARBOAUTOMATYKA). W piśmie o wynikach aukcji zamawiający podał, iż wybrany wykonawca zaoferował cenę 9 290 000,00 zł. Natomiast Odwołujący zaoferował cenę 9 298 010,00 zł.

W tym też dniu Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach naruszających jego interes prawny.

Odwołujący nie zgadza się z wynikami aukcji elektronicznej przeprowadzonej w przedmiotowym postępowaniu i wskazuje, co następuje.

Zagadnienia dot. aukcji elektronicznej zostały uregulowane przez Zamawiającego w Rozdziale 1.2. pkt. 7 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Zamawiający przewidział, iż aukcja elektroniczna dotycząca ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, zostanie przeprowadzona jeżeli w postępowaniu złożone zostaną, co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postępień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji.

Zgodnie z pkt. 7.2. Rozdziału 1.2. SIWZ aukcja elektroniczna została przeprowadzona na Portalu Aukcji Publicznych, pod adresem: <https://laip-khw.coig.biz/>. W informacjach podstawowych zawartych na Portalu Aukcji Publicznych wskazano iż czasem obowiązującym w systemie jest tzw. „czas systemowy” cyt. „W Portalu Aukcji Publicznych wyświetlany jest aktualny czas. Jest on obowiązujący dla każdej czynności wykonywanej na portalu, m.in. jest kluczowy dla oceny złożenia postąpienia w czasie trwania aukcji.”

Ponadto Zamawiający wskazał, iż zalecane wymagania techniczne urządzeń informatycznych użytych do udziału w aukcji elektronicznej, zapewniające stabilne współdziałanie z Portalem Aukcji Publicznych znajdują się na stronie <https://laip-khw.coig.biz> w dziale „Informacje podstawowe” oraz instrukcji obsługi w dziale „Instrukcja obsługi” (dostępnej po zalogowaniu). W zaproszeniu do udziału w aukcji otrzymanym drogą elektroniczną Zamawiający podał następujące warunki prowadzenia aukcji:

„Identyfikator aukcji: AUK-P/2016/0820

Opis aukcji: część zamówienia nr: 1 - Wymiana rozdzielni 6kV R 720 na poziomie 720m KHS.A. KWK "Murcki-Staszic" Ruch "Staszic",

Termin otwarcia aukcji: 28.11.2016 o godz. 10:00 Planowany termin zamknięcia aukcji: 28.11.2016 o godz. 10:30 Przedłużenie: 5 min.

Jeżeli w okresie 5 min. przed planowanym terminem zamknięcia pojawi się jakakolwiek nowa oferta, to aukcja zostanie przedłużona o następne 5 min. od czasu złożenia postąpienia i zakończy się dopiero, gdy w ustalonym czasie 5 min. nie pojawi się żadna nowa oferta któregośkolwiek wykonawcy.

Sposób oceny ofert w toku aukcji: obejmuje automatyczne przeliczanie złożonych postąpień na punktową ocenę oferty z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej. Obliczanie punktacji będzie opierać się na wzorach określonych w SIWZ. Jeżeli w Portalu zostaną złożone równoważne oferty może rozpocząć się dogrywka. W przypadku braku postąpień w pierwszej dogrywce, aukcja zakończy się bez uruchamiania kolejnych dogrywek.

Kryteria oceny ofert (wraz z oceną oferty pisemnej):

Nazwa Waga

[%] Kierunek

Min. licytacji

Postąpienie Wartość Liczba

punktów Pozycja Wykonawcy w rankingu

CENA [zł] 75 9 578 010,000 [zł] 75,00000000 w dół 10000 [zł]

Gwarancja Najdłuższy okres gwarancji: 84 miesiące 15,00000000 1

Razem 100,00000000

Niżej znajduje się wzór na obliczanie liczby punktów dla postąpienia składanego w trakcie licytacji. Wzór dotyczy wszystkich licytowanych kryteriów.

1. Kierunek licytacji w dół (mniej lepiej):

$W_{obliczana} = (C_{min} / C_{bad}) \times W$

2. Kierunek licytacji w górę (więcej lepiej)

$W_{obliczana} = (C_{bad} / C_{max}) \times W$

gdzie:

$W_{obliczana}$ - wartość punktowa kryterium,

W - waga,

C_{min} - najniższa wartość kryterium spośród złożonych ofert wszystkich Wykonawców,

C_{max} - najwyższa wartość kryterium spośród złożonych ofert wszystkich Wykonawców,

C_{bad} - wartość kryterium badanej oferty.

Całkowita wartość punktowa badanej oferty wyliczana jest jako suma wartości punktowych

wszystkich kryteriów."

Ponadto załączył Regulamin korzystania z Portalu Aukcji Publicznych określający m.in. wymagania techniczne związane z korzystaniem z Platformy.

W toku aukcji wykonawcy składali szereg postępowań. Zmiany z tym związane były na bieżąco widoczne dla uczestników, zgodnie z zasadami aukcji, do momentu złożenia ostatniego postępowania przez CARBOAUTOMATYKĘ. Ostatnie postępowanie Odwołujący złożył o godz. 10.36.46, oferując cenę w wysokości 9 298 010,00 zł. Postępowanie to dawało mu pierwszą pozycję wg kryteriów oceny ofert, stosowanych w niniejszym postępowaniu. Obserwując weryfikację końcową aukcji (wskazującą na termin zamknięcia aukcji o godz. 10.43.13) Odwołujący o godz. 10.44.19 widział, iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą - system pokazywał pozycję 1. Odwołujący nie widział postępowania dokonanego przez CARBOAUTOMATYKĘ oraz zmiany pozycji swojej oferty.
{Dowód: zrzut z ekranu komputera nr 1)

6

Już po zakończeniu aukcji w wynikach widocznych o godz. 10.48.41, zawarta była informacja, iż rzeczywisty czas zamknięcia aukcji to godz. 10.44.31, a oferta Odwołującego zajmuje 2 pozycję, gdyż o godz. 10.39.31 CARBOAUTOMATYKA złożyła ofertę korzystniejszą niż oferta Odwołującego.
{Dowód: zrzut z ekranu nr 2 oraz protokół z aukcji)

Odwołujący o wykrytym błędzie zawiadomił Zamawiającego telefonicznie na nr tel. podany do kontaktu w zaproszeniu do aukcji tj. (32) 757-3416 rozmowa z Panią V. Z. oraz e-mailem w dniu 28.11.2016 r. o godz. 11.40

Następnie przesłał Zamawiającemu opis zaistniałego stanu faktycznego wraz z prośbą o powtórzenie aukcji w dniu 28.11.2016 r. W odpowiedzi na to pismo Zamawiający, w dniu 06.12.2016 r. wskazał, iż podczas aukcji nie stwierdzono problemów z działaniem Portalu, w związku z czym brak jest okoliczności uprawniających do unieważnienia aukcji.
{Dowód: wydruk wiadomości e-mail oraz dalsza korespondencja z Zamawiającym po zakończeniu aukcji)

Z powyższym Odwołujący nie może się zgodzić, gdyż zweryfikował również działanie swoich systemów i łączy używanych podczas aukcji i nie stwierdził ich wadliwego działania. Ponadto, jak widać na załączonych zrzutach ekranu czas systemowy określany przez Platformę ulegał zmianie na bieżąco, tak więc Odwołujący był połączony z przedmiotową Platformą, która nie przekazywała jednak danych o postępowaniach w czasie rzeczywistym.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 91 c ust. 3 PZP w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. W niniejszym przypadku Zamawiający nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku. W sytuacji, gdy w toku aukcji została złożona oferta korzystniejsza niż oferta Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był do poinformowania Odwołującego o złożeniu takiej oferty niezwłocznie po jej złożeniu, w trakcie trwania aukcji elektronicznej, co umożliwiałoby Odwołującemu reakcję w postaci złożenia kolejnego postępowania. Zamawiający naruszając dyspozycję powyżej przytoczonego przepisu, uniemożliwił Odwołującemu reakcję w postaci złożenia kolejnego postępowania, a tym samym naruszył zasady aukcji elektronicznej, oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powyższe, zdaniem Odwołującego, potwierdza również stanowisko doktryny i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

7

Organizator aukcji - zamawiający jest odpowiedzialny wobec wykonawców jako gospodarz postępowania za dobór platformy umożliwiającej zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad określonych przez zamawiającego w zaproszeniu do aukcji oraz wymogów ustawy wynikających z art. 91c Pzp (tak m.in. wyrok KIO z dn. 4.09.2013 r., w sprawie o sygn. akt KIO 2055/13). Ponadto jak wskazała Izba w

wyroku z dn. 11.01.2011 r. o sygn. akt KIO/UZP 2824/10 cyt. Wykonawca powinien zostać powiadomiony w czasie rzeczywistym o pozycji swojej oferty. Sytuacja jaka zaistniała w tym postępowaniu, zdaniem Izby, mogła istotnie wpłynąć na decyzje, odwołującego, co do kolejnych postąpień i czasu ich składania, a więc przełożyć się na całkowity wynik postępowania w danej części zamówienia. Odwołujący mógł być bowiem przekonany, w oparciu o dane, które obserwował na ekranie, iż jego oferta cały czas zajmuje pierwszą pozycję, skoro pozostawały one niezmiennie do czasu wyświetlenia odmiennego wyniku aukcji. Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p., 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. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 10 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki transportu i usług pocztowych. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów. (...)Obowiązkiem zamawiającego było pełne udokumentowanie przebiegu postępowania, aby umożliwić weryfikację tak ofert składanych przez poszczególnych wykonawców (postąpień) według czasu ich dokonania jak i dotrzymania przez zamawiającego wyznaczonych parametrów aukcji oraz wyboru najkorzystniejszej oferty."

Odwołujący również nadmienił, iż działanie Zamawiającego może prowadzić również do naruszenia art. 91 ust. 1 PZP poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów PZP, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a

8

przez to być przyczyną również do względnego unieważnienia umowy zgodnie z art. 146 ust. 6 PZP.

Na zakończenie uzasadnienia zostało wskazane, że Odwołujący na skutek wadliwego działania Platformy Aukcji Publicznych został pozbawiony możliwości składania kolejnych postąpień co jak wskazano powyżej stanowi naruszenie PZP. Jak wskazał Odwołujący takie działanie Zamawiającego może niewątpliwie mieć wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania w znaczeniu, o którym mowa w art. 192 ust. 2 PZP. Z tych też względów odwołanie niniejsze jest zasadne i konieczne.

Zamawiający pismem z dnia 19.12.2016 r. przekazał odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego oraz kosztów dojazdu pełnomocników na posiedzenie z udziałem stron. Dodatkowo Zamawiający korespondencją mailową z dnia 19.12.2016 r. (zarejestrowaną dnia 19.12.2016 r. pod DzK-KIO-19365/16) wraz z odpowiedzią na odwołanie przekazał dokument zatytułowany „Portal Aukcji Publicznych (LAIP) KHW S.A. – odpowiedź na reklamację firmy JM-TRONIC Spółka z o.o.”, oraz Regulamin korzystania z Portalu Aukcji Publicznych (obowiązuje dla aukcji dla których zaproszenia wysłano od dnia 24.07.2015 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego, wynikami aukcji elektronicznej oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia,

jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

9

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę i został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż zawarty w ramach żądania wniosek o unieważnienie i powtórzenia akcji elektronicznej pozwoliłby mu na powtórny udział w aukcji i ewentualne uzyskanie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, wyniku aukcji elektronicznej jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba odmówiła na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadka oraz dowodu z opinii biegłego uznając, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwala na wydanie rozstrzygnięcia, w szczególności pozwala na ustalenie prawidłowości przebiegu aukcji elektronicznej, właściwości i cech systemu za pomocą którego aukcja została przeprowadzona. Izba oddalając wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego uznała również, że ocena stanu faktycznej nie wymaga wiadomości specjalnych ze względu na przedstawienie w ramach postępowania reklamacyjnego przez COIG S.A. rejestru zdarzeń serwera aplikacyjnego pomiędzy portalem aukcyjnym a dwoma uczestnikami aukcji, tj. Odwołującym oraz Przystępującym. Izba uznała zatem, iż przedstawione przez Strony oraz Przystępującego dowody z dokumentów pozwalają na ocenę jej przebiegu, w tym interakcji pomiędzy serwerem aplikacyjnym i stanowiskiem komputerowym i jego oprogramowaniem, które zostało użyte w trakcie udziału w aukcji przez Odwołującego. Co do tezy dowodowej wskazanej przez Odwołującego w ramach przeprowadzenia dowodu ze świadka i obejmującej okoliczność przebiegu aukcji internetowej, braku informacji, że wykonawca Carboautomatyka złożył postąpienie o godz. 10:39:31 oraz na okoliczność braku „odświeżania się” portalu na którym była prowadzona aukcja po godz. 10:39:31 i sprawności sprzętu użytego do przeprowadzenia aukcji Izba wskazuje, że kwestia przebiegu aukcji została wykazana innym dowodem (dowodem z dokumentu w postaci odpowiedzi na reklamację JM-TRONIC Spółka z o.o.). Kwestia braku

10

informacji, że wykonawca Carboautomatyka złożył postąpienie o godz. 10:39:31 oraz na okoliczność braku „odświeżania się” portalu na którym była prowadzona aukcja po godz. 10:39:31 zostały wykazane za pomocą innych dowodów (dokumentów obejmujących dwa printscreen'y oraz rejestru zdarzeń serwera w przywołanej wyżej odpowiedzi na reklamację). W zakresie sprawności sprzętu użytego do przeprowadzenia przez Odwołującego aukcji i sposobu jej prowadzenia Izba wskazuje, że kwestia ta nie była przedmiotem sporu i nie była podnoszona przez żadnego z przeciwników procesowych Odwołującego, w tym nie stanowiła podstawy nie uznania reklamacji przez administratora COIG S.A. – zatem Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka.

Izba wskazuje jednocześnie, iż przedstawiony przez Zamawiającego dowód z dokumentu w postaci „Odpowiedzi na reklamację firmy JM-TRONIC Spółka z o.o.” (Dokumentacja techniczna departamentu DT COIG S.A.) sporządzony na zlecenie Zamawiającego przez administratora portalu aukcyjnego COIG S.A. został przez Izbę

uwzględniony jedynie w zakresie przedstawionego przez administratora rejestru zdarzeń serwera aplikacyjnego, wskazania struktury żądań (zapytań) oraz cech aplikacji aukcyjnej. W pozostałym zakresie stanowi on ocenę zaistniałych okoliczności przez podmiot zewnętrzny i nie był brany przez Izbę jako dowód w sprawie – stanowiąc opinie prywatną zgodną ze stanowiskiem Zamawiającego.

Izba uwzględniła również dowody z dokumentów przedstawione przez Przystępującego Carboautomatyka S.A. obejmujące printscreen'y okna dialogowego Portalu Aukcji Publicznych prowadzonego przez COIG S.A. dla Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. wskazujących na źródło regulaminu znajdującego się w zakładce „Informacje podstawowe” na stronie <https://laip-khw.coig.biz> zatytułowanego „Instrukcja obsługi Portalu Aukcji Publicznych”, jak również sam dokument zatytułowany „Instrukcja obsługi Portalu Aukcji Publicznych” opatrzona logiem „COIG”.

Izba dopuściła również dowody z dokumentów zawnioskowane przez Odwołującego w postaci pisma z dnia 28.11.2016 r. skierowanego do Zamawiającego i zawierającego wniosek o unieważnienie aukcji, print screen okna dialogowego aukcji elektronicznej z czasem systemowym 10:44:19 oraz wyniku aukcji elektronicznej z czasem systemowym 10:48:41, pisma z dnia 14.12.2016 r. operatora usługi internetowej Netia S.A., pisma z dnia 15.12.2016 r. administratora sieci internetowej (podpisanego przez Koordynatora Działu IT) wykonawcy JM-TRONIC Spółka z o.o., dokumentu zawierającego wykres przepustowości łącza internetowego z dnia 28.11.2016 r. realizowanego przez operatora NETIA, zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej z dnia 23.11.2016 r. wysłanego mailem na adres poczty mailowej Prokurenta w Spółce Odwołującego, wiadomości mailowej z dnia 28.11.2016 r.

wysłanej od Odwołującego do Zamawiającego zawierającego zgłoszenia błędu platformy do prowadzenia aukcji elektronicznej.

Izba dopuściła również dowody z dokumentów stanowiące korespondencję pomiędzy Zamawiającym a COIG S.A., tj. pisma z dnia 29.11.2016 r., odpowiedzi z dnia 02.12.2016 r., jak również pisma Zamawiającego z dnia 06.12.2016 r. skierowanego do Odwołującego z informacją, iż podczas aukcji nie stwierdzono problemów z działaniem Portalu Aukcji Publicznych, pism Zamawiającego z dnia 12.12.2016 r. skierowanego do wykonawcy Elektrobudowa S.A. oraz wykonawcy CARBOAUTOMATYKA S.A. oraz odpowiedzi na powyższe pisma odpowiednio z dnia 13.12.2016 r. i 12.12.2016 r. Izba uwzględniła również przedstawiony przez Zamawiającego dowód z dokumentu w postaci dokumentu zatytułowanego „Regulamin korzystania z Portalu Aukcji Publicznych” (obowiązuje od dnia 24.07.2015 r.), załącznika nr 2 – Informacje podstawowe zamieszczone w portalu LAIP (Portal Aukcji Publicznych KHW S.A.) dotyczące odpowiedzi na reklamację Firmy „JM-TRONIC do aukcji publicznej prowadzonej na platformie LIAP KHW S.A.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji IV pkt 2.2. zatytułowanym „Informacje na temat aukcji elektronicznej” wskazał następujące informacje:

Wykorzystana będzie aukcja elektroniczna: tak

Proszę podać dodatkowe informacje na temat aukcji elektronicznej: 1. Po dokonaniu oceny złożonych ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty może zostać przeprowadzona aukcja elektroniczna dotycząca ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną, co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postępowań na punktową ocenę oferty, z

uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji.

2. Adres Portalu Aukcji Publicznych, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna:

12

<https://laip-khw.coig.biz/>

3. Wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji Wykonawców:

a) Zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej zawierające między innymi komplet: login i hasło (umożliwiające zalogowanie do systemu aukcyjnego), zostanie przesłane Wykonawcom za pośrednictwem Portalu Aukcji Publicznych, na adres e-mail Wykonawcy, wskazany w pkt 1 oświadczenia rejestracyjnego, stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ.

b) Wykonawcy potwierdzą drogą elektroniczną na adres e-mail: ...@khw.pl otrzymanie zaproszeń i identyfikatorów.

4. Zalecane wymagania techniczne urządzeń informatycznych użytych do udziału w aukcji elektronicznej, zapewniające stabilne współdziałanie z Portalem Aukcji Publicznych znajdują się na stronie <https://laip-khw.coig.biz> w dziale „Informacje podstawowe” oraz instrukcji obsługi w dziale „Instrukcja obsługi” (dostępnej po zalogowaniu).

5. Administrator nie ponosi odpowiedzialności za nieprawidłowości wynikające z korzystania przez Uczestników z oprogramowania innego niż zalecane.

6. Akceptacja regulaminu Portalu Aukcji Publicznych jest elementem wymaganym w trakcie pierwszego logowania oraz po każdorazowej zmianie regulaminu Portalu.

7. Wykonawca ma możliwość zalogowania do Portalu Aukcji Publicznych, przeprowadzenia testu podpisu kwalifikowanego oraz udziału w stałej aukcji testowej od momentu otrzymania wraz z zaproszeniem poufnego identyfikatora (komplet login-hasło).

8. Informacje w zakresie pomocy technicznej w zakresie funkcjonowania systemu można uzyskać pod numerem telefonu 32 757 4925, w godzinach od 7:00 do 15:00.

9. W przypadku, gdy Wykonawca posiada podpis elektroniczny wystawiony przez zagraniczne centrum certyfikacji, jest on zobligowany do dostarczenia Administratorowi wzoru takiego podpisu w terminie nie krótszym niż 10 dni przed rozpoczęciem aukcji.

10. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany portalu, na którym przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna.

Izba ustaliła, że w SIWZ w rozdziale I.2. zatytułowanym „Dodatkowe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia”: Zamawiający w pkt 7 zatytułowanym „Postanowienia dotyczące aukcji elektronicznej” zawarł następujące informacje:

1. Po dokonaniu oceny złożonych ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty może zostać przeprowadzona aukcja elektroniczna dotycząca ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną, co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji.

2. Adres Portalu Aukcji Publicznych, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna:

<https://laip-khw.coig.biz/>

13

3. Wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji Wykonawców:

a) Zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej zawierające między innymi komplet: login i hasło (umożliwiające zalogowanie do systemu aukcyjnego), zostanie przesłane Wykonawcom za pośrednictwem Portalu Aukcji Publicznych, na adres e-mail Wykonawcy, wskazany w pkt. 1 oświadczenia rejestracyjnego, stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ.

b) Wykonawcy potwierdzą drogą elektroniczną na adres e-mail: ...@khw.pl otrzymanie zaproszeń i identyfikatorów.

4. Zalecane wymagania techniczne urządzeń informatycznych użytych do udziału w aukcji elektronicznej, zapewniające stabilne współdziałanie z Portalem Aukcji Publicznych znajdują się na stronie <https://laip-khw.coig.biz> w dziale „Informacje podstawowe” oraz instrukcji obsługi w dziale „Instrukcja obsługi” (dostępnej po zalogowaniu).

5. Administrator nie ponosi odpowiedzialności za nieprawidłowości wynikające z korzystania przez Uczestników z oprogramowania innego niż zalecane.

6. Akceptacja regulaminu Portalu Aukcji Publicznych jest elementem wymaganym w trakcie pierwszego logowania oraz po każdorazowej zmianie regulaminu Portalu.

7. Wykonawca ma możliwość zalogowania do Portalu Aukcji Publicznych, przeprowadzenia

testu podpisu kwalifikowanego oraz udziału w stałej aukcji testowej od momentu otrzymania wraz z zaproszeniem poufnego identyfikatora (komplet login-hasło).

8. Informacje w zakresie pomocy technicznej w zakresie funkcjonowania systemu można uzyskać pod numerem telefonu 32 757 4925, w godzinach od 7:00 do 15:00.

9. W przypadku, gdy Wykonawca posiada podpis elektroniczny wystawiony przez zagraniczne centrum certyfikacji, jest on zobligowany do dostarczenia Administratorowi wzoru takiego podpisu w terminie nie krótszym niż 10 dni przed rozpoczęciem aukcji.

10. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany portalu, na którym przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna.

Izba ustaliła w oparciu o dokument sporządzony przez administratora portalu aukcyjnego COIG S.A. prowadzonego dla Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. zatytułowany „Instrukcja obsługi Portalu Aukcji Publicznych”, w którego treści zostały zawarte m.in. następujące informacje:

Czas systemowy: W Portalu Aukcji Publicznych w prawej części strony wyświetlany jest aktualny czas. Jest on obowiązujący dla każdej czynności wykonywanej w portalu, m.in. jest kluczowy dla oceny złożenia postąpienia w czasie trwania aukcji (str. 6);

Krok 2: Udział w aukcji. Lista aukcji. W zakładce AUKCJE widoczne są aukcje w statusie ogłoszonym oraz w toku, do których wykonawca został zaproszony (str. 18)'

14

UWAGA! Strona jest automatycznie odświeżana, nie ma więc konieczności ręcznego odświeżania. W szczególnym przypadku, gdy połączenie internetowe zostanie utracone, może wystąpić potrzeba ręcznego odświeżania strony, wtedy przez dłuższy czas będzie wyświetlany komunikat u dołu strony: następne odświeżanie za 0 s.

Na str. 26 powyższe dokumentu znajduje się fragment zatytułowany „Zmiana statusu oferty”, w którym zawarto wizualizacje graficzne okna dialogowego z następującymi opisami:

- Po wysłaniu ważnej oferty, użytkownik zostanie poinformowany o tym fakcie stosowanym komunikatem w górnym prawym rogu ekranu;

- W przypadku zmiany miejsca użytkownika w rankingu, zmiana ta nastąpi w wartości kolumny „Poz” oraz pojawi się stosowny komunikat w dolnym prawym rogu ekranu.

W oparciu o dokument zatytułowany „Regulamin korzystania z Portalu Aukcji Publicznych” (obowiązującego od dnia 24.07.2015 r.) Izba ustaliła, że w § 4 zostały sprecyzowane m. in. następujące wymagania:

1. Wymagania techniczne związane z korzystaniem z Platformy:
- 2) Administrator zaleca Uczestnikom korzystanie ze stabilnych wersji (bez wsparcia dla wersji beta) przeglądarki internetowej Internet Explorer (wersje od 9 do 11). Wykorzystywana przeglądarka internetowa musi mieć włączoną obsługę JavaScript oraz zainstalowane darmowe oprogramowanie Java (JRE) – zgodnie z zaleceniami dostawcy Java.
3. Administrator nie ponosi odpowiedzialności za nieprawidłowości wynikające z korzystania przez Uczestników z oprogramowania innego niż zalecane.
4. Uczestnik jest wyłącznie odpowiedzialny za prawidłowe przygotowanie swojego stanowiska do korzystania z Platformy.

W załączniku nr 2 – Informacje podstawowe zamieszczone w portalu LAIP (Portal Aukcji Publicznych KHW S.A.) dotyczących odpowiedzi na reklamację firmy JM-TRONIC Spółka z o.o. wskazano informacje podstawowe dostępne po zalogowaniu się w portalu LAIP. W dziale „Wymagania stanowiskowe” zostało wskazane m.in., że:

1. Wymagania techniczne związane z korzystaniem z Platformy:
 - a. Administrator zaleca Uczestnikom korzystanie ze stabilnych wersji (bez wsparcia dla wersji beta) przeglądarki internetowej Internet Explorer (wersje od 9 do 11). Wykorzystywana przeglądarka internetowa musi mieć włączoną obsługę JavaScript oraz zainstalowane darmowe oprogramowanie Java (JRE) – zgodnie z zaleceniami dostawcy Java
2. Dodatkowo Administrator zaleca:

- a. Przygotowanie awaryjnego stanowiska, z alternatywnym dostępem do Internetu, na którym zweryfikowano poprawność działania Platformy (poprzez udział w aukcji testowej).
- b. Zwolnienie zasobów systemowych komputera na czas trwania aukcji, poprzez wyłączenie wszelkich automatycznych aktualizacji systemu Windows i aktualizacji oprogramowania antywirusowego oraz zbędnych aplikacji działających w tle, które mogłyby wpłynąć na prawidłowy udział w aukcji.
3. Administrator nie ponosi odpowiedzialności za nieprawidłowości wynikające z korzystania przez Uczestników z oprogramowania innego niż zalecane.

Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 28.11.2016 r. poinformował wykonawców o wyniku aukcji elektronicznej. W powyższym piśmie zawarto informację, iż ranking ofert przedstawia się następująco:

1. Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA S.A. otrzymało 100,00000000 pkt (czas złożenia ostatniej oferty 10:39:31);
2. JM TRONIC Spółka z o.o. otrzymało 99,93538940 pkt (czas złożenia ostatniej oferty 10:36:44);
3. ELEKTROBUDOWA S.A. otrzymało 98,21486553 pkt (czas złożenia ostatniej oferty 10:01:15).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż podniesione w treści odwołania zarzuty w postaci art. 91c i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz skorelowane z nimi żądania obejmujące unieważnienie aukcji elektronicznej stanowią jedno z najdalej posuniętych żądań, zaraz za unieważnieniem postępowania, jakie mogą zostać postawione w ramach środków ochrony prawnej.

Z tego też względu aby mogło dojść do ich uwzględnienia konieczne jest bezspeczne wykazanie, iż czynność aukcji elektronicznej została przeprowadzona w sposób wadliwy i odpowiedzialność za powyższe ponosi Zamawiający lub jest wynikiem wadliwego działania systemu informatycznego realizującego usługę aukcji elektronicznej. Unieważnienie aukcji elektronicznej, ze względu na to, że co do swej istoty udział w aukcji

elektronicznej jest niemal tożsamy z czynnością składania ofert, może zostać nakazane jedynie w ostateczności jako jedyne rozwiązanie zmierzające do konwalidacji przeprowadzonych w toku postępowania czynności.

Jest to wynikiem faktu, iż aukcja elektroniczna jest zautomatyzowanym sposobem oceny ofert odbywającym się bez ingerencji zamawiającego. Ocena ta jest przeprowadzana w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, co wynika jednoznacznie z treści art. 91a ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe wskazuje, iż wszelkie czynności w toku aukcji przebiegają w sposób zautomatyzowany w oparciu o reguły ustalone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ oraz zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej. Biorąc pod uwagę podstawy faktyczne podniesionych w treści odwołania zarzutów istotne jest ustalenie, czy przeprowadzona aukcja przebiegała bez zakłóceń oraz odstępstw od warunków ustalonych przez Zamawiającego. (tak też Izba w wyroku z dnia 7 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 138/12)

Obecna linia orzecnicza Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza taką możliwość jedynie w wyjątkowych sytuacjach, w przypadku gdy nieprawidłowości w przygotowaniu i przeprowadzeniu aukcji zostały wykazane w sposób nie budzący wątpliwości i jednocześnie odpowiedzialność za ten stan ponosi wyłącznie Zamawiający.

W przypadku błędów w funkcjonowaniu aukcji elektronicznej, w ocenie Izby, za właściwsze należy uznać dochodzenie roszczeń odszkodowawczych na drodze cywilnej, gdyż każdy z operatorów portalu aukcyjnego reguluje te kwestie w regulaminach lub innych dokumentach podobnego rodzaju.

Wykonawca każdorazowo korzystając z usług określonego podmiotu, który udostępnia swój portal celem prowadzenia aukcji elektronicznej, akceptuje zasady tam funkcjonujące i są one warunkami i regułami postawionymi przez Zamawiającego wykonawcom. Jak wynika z regulacji ustawy Pzp odnoszących się do aukcji elektronicznej oraz ustaleń poczynionych w toku niniejszego postępowania odwoławczego czynność oceny ofert w toku aukcji elektronicznej następuje automatycznie bez ingerencji zamawiającego. Jest to zgodne z jednoznacznymi uregulowaniami przepisu art. 91a ust. 3 ustawy Pzp.

Izba zatem co do zasady nie może nakazać zamawiającemu unieważnienia aukcji elektronicznej, gdyż tym samym unieważnieniu podlegałyby czynności wykonawców dokonane w toku aukcji obejmujące złożenie skutecznych oświadczeń woli w postaci postąpień w przedmiocie ceny ofertowej. Jak wynika bowiem z treści art. 91c ust. 4 ustawy Pzp oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej.

Powyższe nie zmienia faktu, iż to organizator aukcji – a więc zamawiający jest odpowiedzialny wobec wykonawców jako gospodarz postępowania za dobór platformy

17

umożliwiającej zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad określonych przez zamawiającego w zaproszeniu do aukcji oraz wymogów ustawy Pzp wynikających z treści art. 91c.

Istotne również jest to, że jej uczestnicy aby zagwarantować sobie właściwy udział w aukcji winni stosować się do zaleceń technicznych jej administratora, w przeciwnym wypadku ponoszą wszelkie ryzyka związane z odstępstwami od tych zaleceń.

Przechodząc od powyższych ogólnych tez do zdarzeń stanowiących podstawę niniejszego sporu odnieść się należy do technicznych aspektów funkcjonowania aukcji elektronicznej, której prawidłowość przeprowadzenia kwestionuje Odwołujący. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Zamawiający przekazał wszystkim wykonawcom zaproszonym do aukcji elektronicznej informacje na temat zasad jej prowadzenia, warunków przystąpienia, miejsca publikacji dokumentów regulujących kwestie techniczne i organizacyjne związane z aukcją. Wykonawcy, w tym Odwołujący, mogli dokonać rejestracji, zapoznać się z dokumentacją opisującą sposób korzystania z portalu aukcyjnego, w tym dokonać prób i testów na portalu aukcyjnym. Powyższe stanowiło warunek przystąpienia do aukcji, zaś fakt zapoznania się z regulaminami i instrukcjami musieli potwierdzić składając w tym zakresie stosowne oświadczenia.

Odnosząc się do kwestii technicznych, które należy wziąć pod uwagę przy rozpoznaniu postawionych przez Odwołującego zarzutów, Izba wskazuje, że wskazana przez Zamawiającego platforma aukcyjna, co wynika z wyjaśnień jej administratora COIG S.A. zawartych w odpowiedzi na reklamację, działa w oparciu o strukturę klient – serwer. Jest to istotny fakt pozwalający na ocenę przebiegu aukcji na poziomie logicznym, tj. przy uwzględnieniu ścieżek komunikacji pomiędzy serwerem aukcyjnym a komputerami, przy pomocy których wykonawcy uczestniczyli w aukcji, mogli śledzić jej przebieg i składali kolejne postąpienia.

Wskazać należy, iż architektura systemu informatycznego oparta o model klient – serwer jest to architektura umożliwiająca podział zadań (ról) pomiędzy usługodawcą a usługobiorcami. Polega ona na ustaleniu, że serwer zapewnia usługi dla klientów, zgłaszających do serwera konkretne żądania obsługi. Serwer służy do przetrzymywania danych, przyjmowania zgłoszeń od klientów i świadczenia usług na ich rzecz. Klienci zgłaszają się do serwera z konkretnym zapytaniem i oczekują na odpowiedź. Zasadniczą zaletą architektury klient-serwer jest to, że przez sieć bieżą jedynie konkretne odpowiedzi na konkretne pytania, a nie całe pliki, czy aplikacje do wykonania lokalnego, jak to miało miejsce w dawnych architekturach serwerowych. (źródło www.i-slownik.pl Słownik komputerowy i encyklopedia informatyczna).

18

W takim układzie klient - jest stroną żądającą dostępu do danej usługi lub zasobu. Tryb pracy klienta w tym przypadku jest trybem aktywnym, tj. wysyłającym żądanie do

serwera i oczekującym na odpowiedź od serwera. Serwer - jest stroną świadczącą usługę lub udostępniająca zasoby. Tryb pracy serwera jest trybem pasywny, tj. czeka on na żądania od klientów, w momencie otrzymania żądania, przetwarza je, a następnie wysyła odpowiedź (źródło: Krzysztof Pytel, Sylwia Osetek Systemy operacyjne i sieci komputerowe. Cz. 1 i 2. Wydawnictwa Szkolne i Pedagogiczne Warszawa 2010).

Jest to powszechnie występujący i zrozumiały dla każdego użytkownika komputerów model funkcjonowania sieci komputerowych i aplikacji informatycznych zapewniających świadczenie powszechnie już dostępnych usług. Niemal każdy użytkownik Internetu i wszelkiego rodzaju usług informatycznych spotkał się z tego rodzaju strukturą, która obecnie stanowi zasadniczy model architektury aplikacji informatycznych.

Powyższe oznacza bowiem, iż interakcja pomiędzy klientem (użytkownikiem systemu lub aplikacji) odbywa się na zasadzie wysyłania żądań i odpowiedzi serwera na te żądania. Powyższe jest o tyle istotne na kanwie niniejszego sporu, iż pozwala ocenić interakcje pomiędzy komputerem Odwołującego a aplikacją portalu aukcyjnego w toku aukcji elektronicznej.

Izba wskazuje, iż w niniejszej sprawie kwestią bezsporną była okoliczność wykorzystania przez Odwołującego innej niż zalecana w regulaminie przez administratora portalu aukcyjnego przeglądarki internetowej (Mozilla Firefox). Co do zasady za bezsporną należy również uznać okoliczność, że Odwołujący o złożeniu przez Przystępującego ostatniego postąpienia (które zapewniło Przystępującemu uzyskanie najkorzystniejszego miejsca w rankingu ofert) dowiedział się po zakończeniu aukcji elektronicznej, tj. po otrzymaniu informacji o jej wynikach.

W ramach powyższych ustaleń Izba uznała również za ustaloną okoliczność, wynikającą jednoznacznie z dowodu przedstawionego przez Odwołującego (printscreen ekranu komputera Odwołującego z widocznym oknem przeglądarki z godziny 10:44:19) oraz rejestru zdarzeń serwera aplikacyjnego pomiędzy portalem realizującym usługę aukcji elektronicznej a jej dwoma uczestnikami, tj. Odwołującym i Przystępującym (Portal aukcji publicznych (LAIP) KHW S.A. – odpowiedź na reklamację firmy JM-TRONIC Sp. z o.o.), z których wynika, że od godziny 10:39:31 przeglądarka w komputerze Odwołującego zaprzestała odświeżania danych związanych ze stanem aukcji, tj. rankingiem ofert.

Izba ustaliła bowiem, iż ostatnie odświeżenie danych, przez wysłanie zapytania obejmującego żądanie oznaczone „GET/licytacja/update”, tj. jedyne zapytania, które umożliwiłoby poznanie aktualnego stanu aukcji z uwzględnieniem rankingu złożonych ofert, miało miejsce o godzinę 10:39:31. Powyższa godzina jest jednocześnie tożsama z godziną zatwierdzenia (akceptacji przez system) ostatniego postąpienia złożonego przez

19

Przystępującego, które zapewniło mu uzyskanie pierwszego miejsca w rankingu ofert.

Powyższa okoliczność, w ocenie Odwołującego, stanowiła podstawę Jego argumentacji zmierzającej do wykazania, że doszło do nieprawidłowości w funkcjonowaniu aukcji elektronicznej i portal zaprzestał informowania go o jej przebiegu.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż zbieżność co do sekundy dwóch czynności w toku aukcji, tj. wysłania z komputera Odwołującego o godzinie 10:39:31 żądania oznaczonego „GET/licytacja/update” oraz dokonania przez aplikację w tym samym czasie zatwierdzenia podpisanej oferty Przystępującego, na co wskazuje żądanie oznaczone „POST/licytacja/confirmoffer”, spowodowało, że Odwołujący nie otrzymał informacji o tej czynności. Jednak od tego momentu do zakończenia aukcji przeglądarka zainstalowana w komputerze Odwołującego zaprzestała wysyłać zapytania do serwera aplikacyjnego mogące zaktualizować środkowe pole okna dialogowego, na którym widniała punktacja oraz miejsce oferty uczestnika w rankingu ofert.

Ze względu na ustaloną architekturę (strukturę) funkcjonowania portalu aukcyjnego opartą na zasadzie serwer – klient do aktualizacji powyższych danych mogło dojść tylko i wyłącznie na skutek wysłania przez komputer Odwołującego zapytania (żądania) oznaczonego „GET/licytacja/update”. W ocenie Izby nawet wysłanie przez komputer zapytania oznaczonego „GET/chat/refresh/ptg_id” nie mogło zmienić tej okoliczności, gdyż odnosiło się ono do aktualizacji tzw. chatu aukcji widniejącego w prawej górnej części okna dialogowego, gdzie wykonawca otrzymywał informacje o czasie aukcji, jej przedłużeniu oraz złożeniu oraz zatwierdzeniu jedynie własnych ofert.

W tym zakresie Izba uznała, jak wskazał Przystępujący, że serwer nie mógł samoistnie kierować do stanowiska komputerowego Odwołującego uaktualnionych stanów

aukcji jeżeli przeglądarka internetowa nie kierowała w tym czasie odpowiednio zdefiniowanych zapytań (żądań). Takie są bowiem konsekwencje przyjęcia, iż analizowana aplikacja funkcjonowała w oparciu o architekturę klient - serwer.

Odnosząc się do braku odpowiedzi portalu aukcyjnego na ostatnie zapytanie, które mogło zaktualizować stan aukcji na komputerze Odwołującego (godzina 10:39:31 początek linii żądania „GET/licitacja/update”), jak wyżej wskazano, nastąpiło ono jednocześnie z zatwierdzeniem ostatniego złożonego przez Przystępującego postąpienia.

Izba wskazuje, iż analiza struktury logicznej funkcjonowania systemu oraz sposobu jego komunikacji z wykonawcami biorącymi udział w aukcji elektronicznej, w tym analiza żądań kierowanych do serwera portalu aukcyjnego COIG w dniu 28.11.2016 r. pozwala na przyjęcie, iż ostatnie żądanie skierowane przez przeglądarkę zainstalowaną w komputerze Odwołującego i numerze IP 213.17.236.109, które mogło spowodować ustalenie przez wykonawcę JM-TRONIC Spółka z o.o. ostatecznego rankingu w toku aukcji miało miejsce w dniu 28.11.2016 r. o godzinie 10:39:31 na co wskazuje pozycja z rejestru zdarzeń

20

zawierająca następującą linię żądania: „GET/licitacja/update” i od tego momentu przeglądarka na stanowisku komputerowym, przy pomocy którego Odwołujący brał udział w aukcji elektronicznej, zaprzestała wysyłać do serwera żądania mogące pozwolić wyświetlić na Jego komputerze aktualny stan aukcji elektronicznej.

Od tego momentu wyszukiwarka zainstalowana w komputerze Odwołującego wysyłała do serwera jedynie 3 rodzaje żądań, tj. „GET/aukcje/index/json/1”, „GET/index/time” oraz „GET/check/php” – a zatem żądania, które odnosiły się do odświeżenia listy aukcji, w których uczestniczy wykonawca, synchronizacji czasu systemowego oraz weryfikacji komunikacji z serwerem. O tym, że komunikacja ta przebiegała w sposób prawidłowy świadczy okoliczność, iż w „printscreensach” przedstawionych przez Odwołującego jako dowód figuruje w prawym górnym rogu aktualny czas systemowy przekazywany przez serwer portalu aukcyjnego. Oznacza to, że serwer ten prawidłowo odpowiadał na żądania wysyłane przez przeglądarkę w zakresie czasu systemowego, zaś nie doszło do aktualizacji stanu aukcji i rankingu ofert, gdyż w tym zakresie przeglądarka przez niemal 4 minuty do zakończenia aukcji nie wysłała zapytania w tym zakresie.

Izba uznała za logiczne i spójne wyjaśnienia Zamawiającego, złożone w toku rozprawy mającej miejsce dnia 29.12.2016 r., gdzie Zamawiający został zobowiązany przez Izbę do uzyskania od administratora systemu informacji, do których elementów okna dialogowego odnoszą się żądania oznaczone ścieżkami „GET/aukcje/index/json/1”; „GET/licitacja/update” oraz „GET/chat/refresh/ptg_id/”, z których to wyjaśnień wynika, iż ścieżki te odnoszą się odpowiednio do listy aukcji znajdującej się pionowo z lewej strony okna dialogowego, centralnie umiejscowionego poziomo okna dialogowego (z opisem „Nr”, „Nazwa części zamówienia”, „Kryterium”, „Najl. oferta”, „Twoja oferta”, „Punkty”, „Poz”, „Post min” oraz „Nowa oferta”) oraz czatu aukcji znajdującego się poziomo w górnym prawym rogu okna dialogowego.

Z tego też względu analiza logiki funkcjonowania portalu aukcyjnego i tym samym aplikacji aukcyjnej COIG S.A., w tym w szczególności sekwencja poszczególnych zdarzeń mających miejsce dnia 28.11.2016 r. w okresie od 10.36.03 (od godziny przedstawienia przez COIG S.A. rejestru zdarzeń w dokumencie zatytułowanym „Portal aukcji publicznych (LAIP) KHW S.A. – odpowiedź na reklamację firmy JM-TRONIC Spółka z o.o.”) do godziny 10:44:50 (j.w.) pozwala przyjąć, iż nie sposób doszukać się nieprawidłowości w funkcjonowaniu portalu aukcyjnego. Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, że komunikat w dolnym pasku o treści „następne odświeżenie za 0 s” i tym samym zalecenie zawarte w uwadze na 19 stronie dokumentu zatytułowanego „Instrukcja obsługi Portalu Aukcji Publicznych” COIG S.A. nie miała zastosowania, gdyż nie doszło do przerwania połączenia z siecią, co Odwołujący dowodził w oparciu o przedstawione przez siebie oświadczenia administratora sieci, wykresy aktywności pasma internetowego oraz oświadczenia własnych

21

usług informatycznych. Wskazać bowiem należy w tym miejscu, iż zastosowanie przez Odwołującego innej, niż zalecana przez administratora portalu, przeglądarki internetowej mogło doprowadzić do braku automatycznego odświeżania pomimo zachowania przepustowości łącza i utrzymania połączenia. Nadto jak wskazywał Przystępujący w toku

rozprawy, odnosząc się do przedstawionego przez Odwołującego jako dowód wykresu funkcjonowania transmisji danych w jego siedzibie w dniu aukcji, można założyć, iż w okolicach godz. 10:39 wystąpił zwiększenie ilości przesyłanych informacji, co w kontekście § 4 ust. 2 pkt 2 Regulaminu korzystania z Portalu Aukcji Publicznych, który nakazywał, celem poprawnego jej przeprowadzenia, zwolnienie i wyłączenie innych aplikacji, mogła mieć negatywny wpływ na jej przebieg. Tym samym, stwierdzony w sposób nie budzący wątpliwości, brak odświeżania strony internetowej w przeglądarce internetowej Odwołującego stanowił powód braku informacji o złożeniu korzystniejszej oferty – niezależnie od przyczyn tego zjawiska (nadmierne obciążenie łącza, czy też niewłaściwa współpraca przeglądarki z serwerem). W oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, w ocenie Izby, nie stwierdzono jednak błędów w funkcjonowaniu samej aplikacji aukcyjnej. Wprost przeciwnie okoliczności sprawy wskazują, iż Odwołujący nie stosując się do zaleceń administratora (co do zalecanego oprogramowania, jak również samego postępowania w toku aukcji w przypadku wystąpienia określonych komunikatów) portalu przyjął na siebie ryzyko zaistnienia nieprawidłowości w trakcie jej trwania.

Sam fakt wysłania przez przeglądarkę komputera Odwołującego (przeglądarka Mozilla Firefox – zgodnie z stanem „praca” widniejącym na printscreen’ach przedstawionych przez Odwołującego) ostatniego zapytania o godzinie 10:39:31, tj. w tej samej sekundzie, kiedy doszło do zaakceptowania oferty wykonawca CARBOAUTOMATYKA S.A. nie świadczy jeszcze o nieprawidłowości w funkcjonowaniu tej aplikacji. Jak wyżej wskazano od tego momentu bowiem do czasu zamknięcia aukcji, które nastąpiło o godzinie 10:43:13, upłynęło kilka minut w czasie których nie doszło ani do automatycznego odświeżenia stanu aukcji przez przeglądarkę w komputerze Odwołującego ani do jej ręcznego odświeżenia przez osobę, która z Jego ramienia prowadziła tę aukcję.

Oddalając zarzuty odwołania Izba za najistotniejszy dowód uznała przedstawiony przez Odwołującego printscreen z portalu aukcji publicznych Katowickiego Holdingu Węgowego S.A. z dnia 28.11.2016 r. z widniejącym oknem dialogowym przeglądarki Mozilla Firefox (ze statusem „praca”) oznaczony godziną 10:44:19 wg czasu systemowego (górny pasek okna dialogowego), z widniejącym czasem komputera 10:44, gdzie na dolnym pasku okna dialogowego widnieje komunikat „Ostatnia aktualizacja: 28.11.2016 10:39:31 następne odświeżenie za: 0 s”. Drugim z dowodów, które legły u podstaw podjętego rozstrzygnięcia, jest dokument zatytułowany „Portal aukcji publicznych (LAIP) KHW S.A. – odpowiedź na

22

reklamację firmy JM-TRONIC Sp. z o.o.”, z którego wynika, iż Portal Aukcji Publicznych autorstwa COIG S.A. funkcjonuje w trybie klient – serwer (pkt 1.2. str. 3) oraz został przedstawiony rejestr zdarzeń serwera aplikacyjnego z dnia 28.11.2016 r. (pkt 4.1. str. 7 – 20).

W tym miejscu Izba podziela w całej rozciągłości stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego, iż fakt wykorzystania przez Odwołującego w toku aukcji elektronicznej z innej niż rekomendowana przez COIG S.A. przeglądarki internetowej obciążył związanym w tym ryzykiem wyłącznie tego wykonawcę. Mając na uwadze zalecenia zawarte w dokumencie zatytułowanym „Regulamin korzystania z Portalu Aukcji Publicznych” zawartych w § 4 ust. 1 pkt 1, 3 oraz 4 w związku z postanowieniami Rozdziału I.2 pkt 4 i 5 SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu Odwołujący winien w toku aukcji dołożyć szczególnej staranności celem wyeliminowania niedogodności lub nieprawidłowości we wzajemnej komunikacji urządzeń i aplikacji spowodowanej zastosowaniem odmiennej niż rekomendowana przeglądarki internetowej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż podniesione przez Odwołującego zarzuty nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

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

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona

hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

23

24