

WYROK
z dnia 13 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S..... Z..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agencja Ochrony Osób i Mienia "ZUBRZYCKI" w Warszawie, Agencja Ochrony Osób i Mienia "ZUBRZYCKI" Sp. z o.o. w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie

przy udziale SOLID SECURITY Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S..... Z..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agencja Ochrony Osób i Mienia "ZUBRZYCKI" w Warszawie, Agencja Ochrony Osób i Mienia "ZUBRZYCKI" Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S..... Z..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agencja Ochrony Osób i Mienia "ZUBRZYCKI" w Warszawie, Agencja Ochrony Osób i Mienia "ZUBRZYCKI" Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Transportu Miejskiego - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest ochrona fizyczna osób i mienia, ochrona przeciwpożarowa oraz ochrona osób i mienia w komunikacji miejskiej.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE 10 grudnia 2013 r., pod numerem 2013/S 239-415873.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

22 stycznia 2014 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego. W wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej za najkorzystniejszą został uznana oferta SOLID SECURITY Sp. z o.o. w Warszawie.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego S..... Z..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Agencja Ochrony Osób i Mienia "ZUBRZYCKI" w Warszawie, Agencja Ochrony Osób i Mienia "ZUBRZYCKI" Sp. z o.o. w Warszawie wnieśli odwołanie 31 stycznia 2014 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz brak równego traktowania wykonawców;
2. Art. 15 Pzp przez niezapewnienie prawidłowego funkcjonowania (wolnego od błędów) platformy elektronicznej, z którą wykonawca drogą teleinformatyczną mógłby się połączyć dla skutecznego złożenia postąpień;
3. art. 91c Pzp przez uniemożliwienie odwołującemu wprowadzenia niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną (platformą aukcyjną) i składanie kolejnych korzystniejszych postąpień, podlegających automatycznej ocenie i klasyfikacji oraz zaniechanie w dostarczeniu wykonawcy prawidłowo funkcjonującej platformy aukcyjnej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. uznania drugiej aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 21 stycznia 2014 roku za przeprowadzoną w sposób nieprawidłowy (wadliwy);
2. uznania wyników drugiej aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 21 stycznia 2014

roku za niewiążące i nie stanowiące o rozstrzygnięciu przetargu;

3. przeprowadzenia ponownej aukcji elektronicznej celem wyboru najkorzystniejszej oferty unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie przez Izbę następujących dowodów:

1. dowodu z wydruku ekranu komputera (Print Screen) wskazującego na błąd w czasie trwania aukcji elektronicznej w dniu 20 stycznia 2014 r.;
2. dowód z dokumentu w postaci wiadomości e-mail z dnia 20 stycznia 2014 r. wysłanej do aukcje@um.warszawa.um.pl przez wykonawcę z informacją o problemach technicznych z portalem aukcyjnym;
3. dowód z dokumentu w postaci wiadomości e-mail z dnia 20 stycznia 2014 r. otrzymanej od Pana R..... J..... o przyjęciu informacji o zaistniałych problemach technicznych;
4. dowodu z dokumentu w postaci wiadomości e-mail z dnia 20 stycznia 2014 r. otrzymanej od Pani A..... M..... z ramienia zamawiającego z zapytaniem o wyrażenie zgody na przeprowadzenie kolejnej (powtórzonej) aukcji elektronicznej;
5. dowodu z dokumentu w postaci wiadomości e-mail z dnia 20 stycznia 2014 r. otrzymanej od Pani A..... M..... z ramienia zamawiającego z określeniem daty i godziny powtórzenia aukcji elektronicznej;
6. dowodu z wiadomości e-mail z dnia 20 stycznia 2014 r. skierowanej do Pani A..... M..... reprezentującej zamawiającego o wyrażeniu zgody na uczestnictwo w powtórzonej aukcji elektronicznej;
7. dowodu z dokumentu w postaci wiadomości e-mail z dnia 20 stycznia 2014 roku otrzymanej od Pana T..... B..... Podinspektora w Urzędzie m. st. Warszawy Biuro Zamówień Publicznych Wydział Narzędzi Elektronicznych i Analiz informującej Odwołującego się o powtórzeniu aukcji testowej w dniu 21 stycznia 2014 r.;
8. dowodu z dokumentu w postaci wiadomości e-mail z dnia 21 stycznia 2014 r. z godziny 12:35, w której odwołujący informuje Pana T..... B..... Podinspektora w Urzędzie m. st. Warszawy Biuro Zamówień Publicznych Wydział Narzędzi Elektronicznych i Analiz o fakcie problemów technicznych w trakcie przebiegu powtórzonej aukcji elektronicznej uniemożliwiających dokonanie przez wykonawcę kolejnego postąpienia.
9. dowodu z dokumentu przesłanego do Urzędu m. st. Warszawy Biuro Zamówień Publicznych Wydział Narzędzi Elektronicznych i Analiz z informacją o problemach technicznych z funkcjonowaniem portalu aukcyjnego uniemożliwiającego odwołującemu się dokonanie kolejnych postąpień.
10. dowodu z dokumentu otrzymanego od firmy SUPERMEDIA Sp. z o.o. dostawcy usług internetowych dla odwołującego, z którego wynika że w dniach 21 stycznia 2014 roku w czasie przeprowadzania aukcji elektronicznej nie zaistniały problemy techniczne z funkcjonowaniem

naszych łącz internetowych, jak również, że nie było takich problemów pomiędzy urządzeniem brzegowym, a infrastrukturą SUPERMEDIA sp. z o.o. wraz z poprzedzającą ją korespondencją e-mail;

11. dowodu z pisma otrzymanego od Zamawiającego z dnia 22 stycznia 2014 roku (ZTM- NPZ1-2210-50-1-14/AMO), z którego treści wynika, że podczas przebiegu aukcji elektronicznej nie zostały odnotowane żadne nieprawidłowości w działaniu platformy ani zakłócenia w połączeniu z serwerem platformy aukcyjnej Marketplanet;
12. dowód z dokumentu w postaci pisma z dnia 27 stycznia 2014 roku (Ldz. 059/14/A), w którym Odwołujący zwraca się do Zamawiającego z wnioskiem o udzielenie mu informacji na temat logów load balancera oraz logów aplikacji serwera portalu aukcyjnego;
13. dowód z dokumentu w postaci pisma z dnia 29 stycznia 2014 roku, w którym dostawca usług internetowych dla odwołującego się wskazuje, że w dniach przeprowadzenia aukcji elektronicznej nie odnotowano żadnej awarii oraz, że na styku pomiędzy urządzeniem brzegowym a infrastrukturą dostawcy internetu nie odnotowano żadnych uszkodzonych pakietów;
14. dowodu z zeznań świadków ze strony wykonawcy uczestniczących w dniu 20 i 21 stycznia 2014 roku w aukcji elektronicznej o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, na okoliczność brania w niej udziału i występujących problemów technicznych u odwołującego w postaci pojawiających się informacji na ekranie komputera informujących o wystąpieniu błędu (ów) uniemożliwiających dokonanie kolejnego postąpienia, będącego odpowiedzią na postąpienie drugiego uczestnika aukcji, pomimo zalogowania do portalu aukcyjnego: Pana K..... G..... Dyrektora ds. Zabezpieczeń i Ochrony w Agencji Ochrony Osób i Mienia „ZUBRZYCKI”, Pani A..... D..... z działu marketingu Agencji Ochrony Osób i Mienia „ZUBRZYCKI”, Pana J..... O..... zajmującego się obsługą informatyczną w Agencji Ochrony Osób i Mienia „ZUBRZYCKI”

W uzasadnieniu odwołujący powołał następujące okoliczności faktyczne:

„Pismem z dnia 14 stycznia 2014 roku (ZTM-NPZ-NPZ1-2210-29-1-14/AMO) zamawiający przekazał informację w przedmiocie pozycji i punktacji złożonych ofert i ich oceny (załącznik nr 1) oraz z podaniem terminu aukcji elektronicznej określonym na dzień 20 stycznia 2014 roku. Czas trwania aukcji elektronicznej został określony na 15 minut. Zamawiający zamknął aukcję elektroniczną, gdy od jej otwarcia przez 15 minut nie zostanie złożone postąpienie lub gdy w ciągu 3 minut (licząc od początku pierwszej pełnej minuty od złożenia ostatniego postąpienia) nie zostanie złożone żadne inne postąpienie (dogrywka), jednakże nie wcześniej, niż po upływie 15 minut od otwarcia aukcji.

Szczegółowo kwestia aukcji elektronicznej została uregulowana w punkcie XV SIWZ, w którym określone między innymi wymagania techniczne, jakie powinien spełniać Wykonawca przystępujący do udziału w niej. W tym miejscu Odwołujący pragnie podkreślić, że wszystkie wymagania techniczne (sprzętowe), w szczególności bezpieczny podpis elektroniczny z ważnym

certyfikatem i komputer z określonymi w specyfikacji wymaganiami zostały przez niego spełnione. W tym miejscu należy wskazać, iż z załącznika nr 1 wynika, że oferta złożona przez Odwołującego się została sklasyfikowana na pozycji pierwszej z uwagi na najniższą zaoferowaną łączną kwotą to jest 3.615 731,08 zł. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z zasadą przyjętą w SIWZ ceną wyjściową w aukcji elektronicznej dla każdego wykonawcy są stawki (ceny jednostkowe) zaproponowane przez wykonawcę w ofercie pisemnej. Oferta pisemna Odwołującego w wyniku oceny złożonych ofert zgodnie z załącznikiem nr 1 była umieszczona na pozycji 1 i na tym etapie prowadzenia postępowania była ofertą najkorzystniejszą. Ten aspekt cenowy wskazuje na fakt, istnienia interesu prawnego po stronie Odwołującego się Wykonawcy w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Jego pozycja wyjściowa w aukcji była korzystniejsza od pozostałych podmiotów, które złożyły swoje oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Odwołujący, mając przewagę cenową nad pozostałymi uczestnikami, mógł śledzić na platformie aukcyjnej postąpienia pozostałych Wykonawców.

W dniu 20 stycznia 2014 roku w imieniu Odwołującego się Pan K..... G....., zgłoszony jako osoba do uczestniczenia w aukcji, posiadając bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, wspólnie z informatykiem dokonali logowania na aukcji testowej. Podjęte próby testowe dokonania postąpień wskazywały na błędne funkcjonowanie portalu aukcyjnego. Odwołujący skontaktował się telefonicznie z przedstawicielem Zamawiającego prowadzącego aukcję testową Panem T..... B....., który przekierował rozmowę do Pani A..... M..... z Działu Prawnego i Zamówień Publicznych ZTM. Po tej rozmowie Pan T..... B..... otworzył dla Odwołującego się ponownie testową wersję portalu aukcyjnego. Nie sprawdzając jego działania ponownie skontaktowaliśmy się z Panią A..... M....., która za pomocą programu TeamViewer dokonała zdalnie (pozostając przez cały ten czas w połączeniu telefonicznym) ustawień komputera Odwołującego się celem umożliwienia prawidłowego działania portalu aukcyjnego. Po tych działaniach konfiguracyjnych podjęte próby testowe nie wykazały żadnych problemów z funkcjonowaniem portalu aukcyjnego umieszczonego pod adresem <https://aukcjeumw.marketplanet.pl>. prowadzonego przez Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Domaniewskiej 49.

Po rozpoczęciu właściwej aukcji elektronicznej o godzinie 12⁰⁰ i wykonaniu postąpienia, po którym zajmowaliśmy pierwszą pozycję w ramach aukcji, nastąpiły problemy techniczne z serwerem obsługującym portal aukcyjny. Natychmiast po stwierdzeniu tego faktu nawiązany został kontakt telefoniczny z Zamawiającym, który udzielił nam informacji o awarii serwera obsługującego portal aukcyjny. Odwołujący dla celów dowodowych wykonał Print Screen wskazujący pustą stronę portalu. O zaistniałych problemach poinformowany został zamawiający, któremu została przesłana stosowna wiadomość e-mail. W odpowiedzi na nią Pan R..... J..... w imieniu Zamawiającego poinformował Odwołującego o przyjęciu informacji. Następnie Pani A..... M..... wystąpiła (drogą mailową) z zapytaniem do Odwołującego, czy wyraża zgodę na przeprowadzenie kolejnej aukcji w dniu jutrzejszym tj. 21 stycznia 2014 roku. Wykonawca, mając

interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego, stosowną zgodę wyraził. W kolejnej wiadomości mailowej Pani A..... M..... poinformowała Wykonawcę o terminie powtórki aukcji elektronicznej wyznaczonym na dzień 21 stycznia 2014 roku na godzinę 12. Zaś Pan T..... B..... przekazał Wykonawcy informację, że również w dniu 21 stycznia 2014 roku w godzinach 8 - 11⁰⁰ będzie powtórzona aukcja testowa. W dniu 21 stycznia 2014 roku około godziny 10⁰⁰ z ramienia Wykonawcy Pan K..... G..... i Pan J..... O..... zalogowali się na portalu z aukcją testową i przeprowadzili pomyślenie próby testowe (dwie próby). O godzinie 12⁰⁰ z chwilą rozpoczęcia właściwej aukcji elektronicznej, po poprawnym zalogowaniu, Pan K..... G..... w imieniu wykonawcy dokonał jako pierwszy prawidłowego postąpienia. Następne postąpienie zostało dokonane przez drugiego uczestnika aukcji. Około godziny 12¹² Odwołujący się podjął próbę kolejnego postąpienia zmierzającego do obniżenia ceny oferty. Jednakże portal aukcyjny wykazał na ekranie istnienie błędu, uniemożliwiającego poprawne przyjęcie postąpienia przez portal aukcyjny. Kolejna (druga) próba dokonania postąpienia również, z uwagi na pojawiający się komunikat o błędzie, również była nieskuteczna. O godz. 12¹⁶ Zamawiający dokonał zamknięcia aukcji.

Zaznaczamy, że zgodnie z przygotowaną symulacją postąpień, w przypadku prawidłowego funkcjonowania platformy (portalu) aukcyjnego oferta złożona przez Odwołującego się byłaby cenowo na pierwszym miejscu w rankingu ofert. W sytuacji prawidłowo funkcjonującej platformy aukcyjnej Odwołujący mógłby dokonać prawidłowego postąpienia lub kilku postąpień, także w ramach ewentualnych dogrywek, dążąc do tego, by jego oferta była ofertą najkorzystniejszą. Wadliwe funkcjonowanie platformy aukcyjnej, skutkujące niemożnością dokonania kolejnych postąpień przez Odwołującego się wskazuje na okoliczność, że Wykonawca (odwołujący się) może ponieść szkodę w wyniku nie uzyskania przedmiotu zamówienia.

Na marginesie opisu stanu faktycznego związanego z przeprowadzeniem aukcji elektronicznej, Odwołujący pragnie podnieść, że stosownie do dyspozycji art. 15 ustawy Pzp to Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie. W związku z tym to On, będąc swoistego rodzaju „dysponentem” tegoż postępowania, ponosi pełną odpowiedzialność za jego prawidłowe przeprowadzenie, co ma zastosowanie również do aukcji elektronicznej, w ramach której odbywa się szczególnego rodzaju dogrywka pomiędzy Wykonawcami, których oferty zostały zakwalifikowane do udziału w postępowaniu przetargowym na etapie oceny złożonych ofert.”(...). Podkreślenia wymaga również fakt, że Zamawiający nie informował Odwołującego się o przyczynach, które legły u podstaw wadliwego funkcjonowania platformy aukcyjnej w dniu 20 stycznia 2014 roku, jak również czy błędy w jej funkcjonowaniu zostały na tyle skutecznie naprawione, by zapewnić prawidłowe jej funkcjonowanie w dniu następnym.

Dokonując dalszego opisu okoliczności faktycznych, Odwołujący wskazuje, że podjął działania zmierzające do wyjaśnienia przyczyn problemów technicznych. Poinformował o zaistniałej sytuacji, podczas drugiej aukcji Pana T..... B..... w formie mailowej, przesłał stosowne pismo do Urzędu m.st. Warszawy Biuro Zamówień Publicznych Wydział Narzędzi Elektronicznych

i Analiz. Odwołujący zwrócił się również o udzielenie informacji do swojego dostawcy usług internetowych firmy SUPERMEDIA Sp. z o.o., czy w czasie trwania aukcji elektronicznej wystąpiły jakiegokolwiek problemy techniczne związane z funkcjonowaniem łącz internetowych.

W dniu 22 stycznia 2014 r. pismem ZTM-NPZ-NPZ1-2210-41-1-1-14/AMO, Zamawiający poinformował Odwołującego się, że za najkorzystniejszą została uznana oferta firmy Solid Security Sp. z o.o., zaś jego oferta została sklasyfikowana na miejscu drugim. Jednocześnie pismem z tego samego dnia ZTMNPZ-NPZ1-2210-50-1-1-14/AMO Zamawiający lakonicznie stwierdził, że *„podczas przebiegu aukcji nie zostały odnotowane żadne nieprawidłowości w działaniu platformy ani zakłócenia w połączeniu z serwerem platformy aukcyjnej Marketplanet”*. Lakoniczność tego twierdzenia Zamawiającego, nie poparta żadnymi dowodami na ich potwierdzenie, pozwala wywieść tezę, że Zamawiający nie podjął należytych starań zmierzających do wyjaśnienia źródeł błędnego funkcjonowania platformy aukcyjnej w dniu 21 stycznia 2014 roku. Informacja wynikająca z tej wypowiedzi nie pozwala na ustalenie przyczyn wadliwego funkcjonowania platformy aukcyjnej, jak również ustalenia, kto ponosi odpowiedzialność za zaistniały stan. „Przemilczenie” w tej kwestii, w zestawieniu z dyspozycją art. 15 ust. 1Pzp, w ocenie Odwołującego obciąża Zamawiającego. W szczególności nabiera to znaczenia i powinno podlegać szczegółowym ustaleniom, w kontekście pisma z dnia 27 stycznia 2014 roku, w którym Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie informacji na temat logów load balancera oraz logów aplikacji z serwera aukcyjnego w czasie przeprowadzania aukcji, celem ustalenia czy wystąpiły problemy techniczne. Do chwili złożenia przedmiotowego odwołania informacja w tym przedmiocie nie została Odwołującemu udzielona. Tym samym, to na Zamawiającym ciąży obowiązek wyjaśnienia, ustalenia i wykazania, że wadliwy przebieg aukcji był wywołany przyczyną leżącą po jego stronie lub platformy aukcyjnej. Odwołujący się bowiem nie ma ku temu żadnych technicznych, faktycznych i prawnych możliwości.

Mając na względzie należyłą staranność w wyjaśnieniu przyczyn ewentualnych błędów, w szczególności wyeliminowanie ich po stronie samego Odwołującego, uzyskał on informację od swojego dostawcy usług internetowych, który w piśmie z dnia 29 stycznia 2014 roku, stwierdził, że w dacie przeprowadzenia aukcji elektronicznej nie zanotowano żadnych błędów (awarii) w funkcjonowaniu łącza internetowego Odwołującego.

Konkludując powyższe rozważania dotyczące opisu stanu faktycznego podlegającego ocenie przez Izbę, należy postawić tezę, że ocenie Odwołującego nie można ustalić przyczyn niemożności dokonania kolejnych postępień w czasie powtórzonej aukcji elektronicznej. Sam Zamawiający, pomimo skierowanej do niego prośby o ustalenie poprawności logowań przez Wykonawcę, zaniechał w tym względzie udzielenia informacji. Ograniczył się li tylko do ogólnikowego stwierdzenia, że nie było żadnych błędów w działaniu platformy aukcyjnej i obsługującego ją serwera, W żaden więc sposób i formie Zamawiający nie wykazał (nie poparł żadnymi dowodami), że stan błędnego funkcjonowania platformy aukcyjnej nie nastąpił a ograniczył się jedynie do wydania oświadczenia.

SOLID SECURITY Sp. z o.o. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą i zysków wynikających z wykonania umowy.

Powołane przez odwołującego okoliczności faktyczne, nie były sporne między stronami, z tym że osobą która pomagała odwołującemu usunąć istniejące po jego stronie przeszkody techniczne umożliwiające uczestnictwo w aukcji była Pani A..... W..... .

Kluczową kwestią dla oceny zarzutów odwołania jest ustalenie strony obciążonej ciężarem dowodu.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że z powodu braku przekazania odwołującemu logów load balancera oraz logów aplikacji z serwera aukcyjnego, czego domagał się odwołujący pismem z 27 stycznia 2014 r., ciężar ten spoczywa na zamawiającym.

Przeciwnie, w sprawie znajduje zastosowanie podstawowa zasada wynikająca z art. 6 k.c., transponowana do ustawy w art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny, zatem obowiązkiem dowodowym obciążony był odwołujący.

Zamawiający nie był więc zobowiązany w szczególności do wykazania w okolicznościach badanej sprawy, że problemy które uniemożliwiły odbycie aukcji w 20 stycznia 2014 r. zostały całkowicie usunięte. Po pierwsze, odwołujący wyraził zgodę na udział w powtórzonej aukcji w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Po drugie, skuteczne usunięcie problemów zaistniałych w związku z platformą aukcyjną potwierdzają: pomyślny przebieg aukcji testowej, brak przeszkód w uczestnictwie w aukcji innych wykonawców oraz niezakłócony przebieg aukcji testowej przeprowadzanej na tej samej platformie w czasie aukcji z 21 stycznia 2014 r. (dowody: dokumenty złożone przez zamawiającego na rozprawie, w aktach sprawy).

Odwołujący wywodził, że przyczyny uniemożliwiające mu dokonanie kolejnego postąpienia w

aukcji, która odbyła się 21 stycznia 2014 r. leżały wyłącznie po stronie zamawiającego i wynikały z nieprawidłowego działania platformy aukcyjnej.

Twierdzenie to jest niezasadne już w świetle ustaleń zaprezentowanych powyżej. Ponadto, odwołujący nie udowodnił w postępowaniu odwoławczym, że po jego stronie nie istniały przeszkody techniczne uniemożliwiające mu udział w aukcji.

Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że odwołujący wykazał wyłącznie, że w czasie aukcji jego łącza internetowe były sprawne oraz nie było problemów na styku pomiędzy urządzeniem brzegowym a infrastrukturą dostawcy internetu. Odwołujący nie wykazał natomiast, że komputer używany przez niego był w pełni sprawny i nie mógł być przyczyną utraty możliwości zalogowania się na platformie aukcyjnej oraz dokonywania kolejnych postępień w czasie aukcji 21 stycznia 2014 r.

To, że zdaniem odwołującego, parametry techniczne komputera wykorzystywanego przez niego w czasie aukcji przewyższają wymagania zamawiającego, nie ma znaczenia, gdyż kwestią podstawową jest sprawność posiadanych urządzeń o minimalnych wymaganych parametrach.

Brak jest dowodów na prawidłowe działanie komputera odwołującego. Dowodem takim mógłby być „print screen”, którego jednak odwołujący (inaczej niż 20 stycznia 2014 r.) nie sporządził. Twierdzenie, że przeszkodą do uzyskania „print screenu” była presja czasowa jest zdaniem Izby niewiarygodne.

Uznanie, że przyczyną uniemożliwiającą udział w aukcji były problemy ze sprzętem komputerowym odwołującego jest prawdopodobne w świetle twierdzeń zamawiającego, którym odwołujący nie zaprzeczył oraz dowodów złożonych przez zamawiającego na rozprawie.

Zamawiający wyjaśnił m.in., że w dniu poprzedzającym kwestionowaną aukcję, w czasie aukcji testowej, u odwołującego wystąpiły problemy z czytnikiem i z używaniem podpisu elektronicznego, które zostały usunięte przez Panią A..... W..... za zgodą odwołującego. Doraźnym remedium na to było użycie innego portu, jednak nawet poruszenie kabla w czasie aukcji mogło spowodować problemy techniczne po stronie odwołującego.

Izba uznała, że zamawiający prawidłowo przygotował aukcję z dnia 21 stycznia 2014 r. Zarzuty naruszenia art. 7, art. 15 i art. 91c Pzp nie znalazły potwierdzenia.

Odmówiono przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków oraz odroczenia rozprawy w celu umożliwienia odwołującemu odniesienie się do logów load balancera oraz logów aplikacji z serwera aukcyjnego zarzutów. Podstawą zarzutów odwołania były kwestie techniczne i informatyczne i odwołujący winien być przygotowany do odpierania twierdzeń zamawiającego na rozprawie, zwłaszcza w odniesieniu do dokumentu, którego sam żądał od zamawiającego.

Dowód z zeznań świadków był zbędny wobec możliwości oparcia rozstrzygnięcia na dowodach z dokumentów i niespornych między stronami okolicznościach faktycznych.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, gdyż zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), podstawą ku temu jest rachunek, a ten nie został złożony przez pełnomocnika zamawiającego do akt sprawy.

Przewodniczący: