

**WYROK**  
**z dnia 24 stycznia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Torpol S.A.- Lider, ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. – Partner, ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale wykonawcy Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 48/19 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,  
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Torpol S.A.- Lider, ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. – Partner, ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Torpol S.A.- Lider, ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. – Partner, ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Torpol S.A.- Lider, ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. – Partner, ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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:**.....

Sygn. akt: KIO 48/19

**Uzasadnienie**

**Zamawiający:**PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa wszczął postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: **Roboty budowlane na stacji Gdynia Port w ramach projektu „Poprawa dostępu kolejowego do portu morskiego w Gdyni”**, numer postępowania 9090/IRZR2/20780/06072/18/P.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13.10.2018r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: **2018/S 198-449198**.

**W** dniu 3 stycznia 2019 r. została przeprowadzona aukcja elektroniczna przy udziale: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Torpol S.A.- Lider, ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. – Partner, ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie, a także wykonawcy konkurencyjnego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

Nie zgadzając się ze sposobem przeprowadzenia aukcji elektronicznej w dniu 3 stycznia 2019r. i w konsekwencji zaniechaniem jej unieważnienia Odwołujący w dniu 14 stycznia 2019r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił:

1) naruszenie przepisu art. 91 c ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U.

z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z zapisami tomu 29 punkt 19.1.14. SIWZ - TOM I IDW, poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w postępowaniu w sposób, który nie gwarantował każdemu wykonawcy bieżącej informacji o pozycji złożonej przez niego oferty, co skutkowało wprowadzeniem Odwołującego w błąd w zakresie aktualnego przebiegu aukcji oraz rzeczywistej pozycji jego oferty, a tym samym uniemożliwiło złożenie oferty najwyższej ocenionej;

2) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W kontekście powyższych zarzutów, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia aukcji elektronicznej, przeprowadzenia jej ponownie (tj. powtórzenia), poprzedzając aukcję ponownym zaproszeniem do wzięcia udziału.

Nadto Odwołujący wnosił o:

1.1 merytoryczne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania;

1.2 uwzględnienie odwołania;

1.3 dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania, dopuszczenie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania i dowodów złożonych w toku rozprawy;

1.4 na podstawie §24 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r., zwanego dalej Rozporządzeniem) zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia rejestrów / danych z systemu teleinformatycznego platformy aukcyjnej ukazujących zapis przebiegu całej aukcji elektronicznej przeprowadzonej w ramach postępowania w dniu 3 stycznia 2019 roku o godz. 11.00 ukazujący dokonywane postąpienia i przepływ danych oraz sposób klasyfikacji pozycji oraz wszelkich czynności dokonywanych w ramach aukcji dowodzących wywiązanie się przez Zamawiającego z obowiązków opisanych art. 91c ust. 3 ustawy Pzp;

1.5 zasądzenie kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w ramach zamówienia Zamawiający zastrzegł możliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. W tym przypadku obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie odpowiednio funkcjonującej platformy elektronicznej, z którą wykonawcy drogą teleinformatyczną mogą się połączyć w sposób bezpośredni, składać postąpienia i uzyskać informację o rankingu ofert.

Zauważył powołując się na art. 15 ust. 1 ustawy Pzp, że za prawidłowe funkcjonowanie platformy odpowiada Zamawiający, albowiem to on przygotowuje i przeprowadza postępowanie.

Wskazał, że Zamawiający w treści Rozdziału 29 SIWZ-TOM IIDW określił w jaki sposób będzie oceniał klasyfikował złożone w toku aukcji oferty:

29.1.3. W toku aukcji elektronicznej Wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na Platformie Zakupowej, umożliwiającego wprowadzanie niezbędnych danych, w trybie bezpośredniego połączenia z Platformą Zakupową, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji.

29.1.4. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji.

29.1.14. Wykonawca w trakcie aukcji widzi swoją kwotę, pozycje w klasyfikacji ofert, aktualną punktację oraz punktację najkorzystniejszej oferty.

Zauważył, że w dniu 14.12.2018 r. Odwołujący otrzymał zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej. Zamawiający wyznaczył termin aukcji na 3.01.2019 godz. 11.00. Aukcja przeprowadzona była na platformie Zamawiającego pod adresem: zamowienia.plk-sa.pl.

Odwołujący zadeklarował, że przystępując do udziału w aukcji spełniał wszystkie postawione przez Zamawiającego wymagania, zarówno te odnoszące się do czynności poprzedzających aukcję, jak i te związane z samą aukcją.

W związku z tym podniósł, że dowodem powyższego jest uzyskanie możliwości złożenia postąpień w toku aukcji oraz załączony do odwołania raport oferenta.

Zaznaczył również, że w toku aukcji każde złożenie postąpienia miało gwarantować wykonawcą automatyczne przeliczenie zaoferowanej ceny na punkty oraz wskazanie pozycji w rankingu złożonej przez wykonawcę oferty.

Powołał się na przepis art. 91 c ust. 3 ustawy Pzp zgodnie z którym, 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. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców.

Wskazał, że przepis ten stanowi, że w toku aukcji elektronicznej Zamawiający winien na bieżąco przekazywać każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem Odwołującego - takie działanie jest niezbędne w celu podjęcia decyzji o składaniu kolejnych postąpień. Wykonawcy muszą mieć bowiem wiedzę, co do tego, jak ich oferta plasuje się między pozostałymi ofertami i w stosunku do oferty najkorzystniejszej, co umożliwi im podjęcie decyzji co do obniżenia ceny i złożenia kolejnych postąpień.

W ocenie Odwołującego - wykonawca powinien otrzymać informację w trybie automatycznym - niezwłocznie po złożeniu postąpienia.

Zarzucił, że w toku aukcji przeprowadzonej w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia obowiązku przekazania informacji o aktualnej pozycji złożonej przez odwołującego. Pozycja w Rankingu utrzymywała się bez zmian na ekranie komputera w portalu aukcyjnym pomimo złożenia najkorzystniejszej ceny.

Zwrócił uwagę, że o godzinie 11:06:21 złożył drugie postąpienie uzyskując maksymalną ilość - 100 punktów, jednak system aukcyjny przekazał informację o uzyskaniu 2.0 (drugiego) miejsca w rankingu ofert.

Według Odwołującego - skoro jego oferta uzyskała 100 punktów, to zgodnie z zasadami określonymi w treści SIWZ - IDW oraz ustawą Pzp jego oferta powinna plasować się na 1.0 (pierwszym) miejscu i taką informację powinni uzyskać wykonawcy biorący udział w aukcji.

Jako dowód naruszenia obowiązku przekazania informacji o aktualnej pozycji złożonej przez Odwołującego oferty załączył raport oferenta z aukcji otrzymany po jej zakończeniu, z którego wynika, że Odwołujący otrzymał nieprawidłową informację o pozycji złożonej przez niego oferty.

Wywodził, że uzyskanie informacji, o tym że jego oferta jest na drugiej pozycji, zmusiła go do złożenia kolejnego postąpienia w toku aukcji, co w konsekwencji spowodowało, że jego pozycja w rankingu uległa zmianie, niestety kosztem „nieplanowanego” zmniejszenia swojej ceny.

W opinii Odwołującego - takie działanie osłabiło pozycję, „wymuszając” na nim dokonanie postąpienia, które planował wykonać w dalszym czasie trwania aukcji tj. po złożeniu postąpienia przez konkurencyjnego wykonawcę.

Zarzucił, że Zamawiający, naruszając art. 91 c ust. 3 ustawy Pzp, wymusił na Odwołującym reakcję w postaci złożenia kolejnego postąpienia, a tym samym naruszył zasady aukcji elektronicznej.

Dalej, wskazał również, że w toku aukcji doszło również do zakłóceń w bieżącej transmisji informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty.

Stwierdził, że zakłócenia te nie były możliwe do usunięcia przy pomocy funkcji F5 - „odśwież”.

Przytoczył również przykład awarii systemu aukcyjnego, która zdarzyła się w bliźniaczo prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 4.01.2019r. i 7.01.2019r., gdzie Zamawiający w trybie art. 91 d ustawy Pzp powiadomił wykonawców o awarii systemu teleinformatycznego (postępowanie pod nazwą: Roboty budowlane na linii 226 i stacji Gdańsk Port Północny oraz linii 965 i stacji Gdańsk Kanał Kaszubski w ramach projektu „Poprawa infrastruktury kolejowego dostępu do portu Gdańsk” - pismo Zamawiającego).

Odwołujący przypomniał, że w punkcie 4.4 odwołania wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia rejestrów / danych z systemu teleinformatycznego platformy aukcyjnej ukazujących zapis przebiegu całej aukcji elektronicznej przeprowadzonej w ramach postępowania w dniu 3 stycznia 2019 r. o godz. 11.00, w szczególności ukazujący dokonywane postąpienia i przepływ danych oraz sposób klasyfikacji pozycji oraz wszelkich czynności dokonywanych w ramach aukcji dowodzących wywiązanie się przez Zamawiającego z obowiązków opisanych art. 91 c ust. 3 ustawy Pzp.

Swój wniosek dowodowy oparł o przepis z §24 Rozporządzenia zgodnie, z którym Skład orzekający może zobowiązać strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych do rozstrzygnięcia odwołania.

Odwołujący zastrzegł, że z obiektywnych przyczyn nie posiada szczegółowego raportu i wiedzy o sposobie klasyfikacji pozycji, bowiem nie posiada dostępu do systemów informatycznych Zamawiającego. Natomiast ze względu na specyfikę przedmiotu niniejszego odwołania, rejestr wszystkich czynności i przepływu danych oraz wskazanie sposobu klasyfikacji pozycji ofert, stanowi dowód istotny do rozstrzygnięcia niniejszego postępowania i pozwoli

jednoznacznie stwierdzić, czy Zamawiający ponosi odpowiedzialność za błędy systemu aukcyjnego.

Pismem z dnia 17 stycznia 2019r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca: Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ(pkt 29 IDW – Instrukcji dla Wykonawców), oferty Odwoływającego, raportu operatora z przebiegu aukcji elektronicznej z dnia 3 stycznia 2019r., informacji Zamawiającego z przeprowadzonej aukcji elektronicznej z dnia 7 stycznia 2019r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 23 stycznia 2019r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 21 stycznia 2019r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwoływającego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.91c ust.3 ustawy Pzp, jednak bez wpływu na wynik postępowania przetargowego.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do unieważnienia przeprowadzonej aukcji i jej powtórzenia w całości z powodu przekazania przez Zamawiającego Odwoływającemu błędnej informacji o pozycji złożonej oferty.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 91c ust.3 ustawy 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. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców.

Izba ustaliła, że z wyjaśnień operatora prowadzonej aukcji elektronicznej wynikało, co następuje: „różnica między ofertami wynosiła 9,68 zł – była poza granicą błędu systemu i obie oferty uzyskały po 100,00 pkt – po zaokrągleniu do 5 miejsc po przecinku(w rzeczywistości były to punkty: Torpol 100,00 pkt, Budimex 99,999999506 pkt)

Dlatego ranking pozostał bez zmian – jak pierwotnie (Budimex pierwszy, Torpol drugi), chociaż informacja dla Torpolu ewidentnie była myląca – cenowo był tańszy. Kolejne postąpienia przebiegały prawidłowo.”.

Powyższe wyjaśnienia oznaczają – według zapatrywania Izby - przyznanie okoliczności, że Zamawiający przekazał Odwoływającemu mylnie informację o drugiej pozycji złożonej z postąpienia oferty, a tym samym świadczy o braku stworzenia przez Zamawiającego takich warunków aukcji, która w chwili wystąpienia tej dezinformacji ograniczyła rozeznanie Odwoływającego, co do prawidłowej pozycji jego oferty.

Taki zaś stan rzeczy potwierdza naruszenie przez Zamawiającego art.91c ust.3 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby – nie zaistniały jednak przesłanki do uwzględnienia przedmiotowego odwołania z powodu naruszenia powołanego na wstępie przepisu prawa, a to z tej przyczyny, że stosownie do 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.

Według zapatrywania Izby – Odwoływający nie wykazał normalnego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy chwilową awarią systemu aukcyjnego, a późniejszymi postąpieniami, a w konsekwencji ostatnim postąpieniem, które nie stanowiło oferty najkorzystniejszej wobec Przystępującego.

Zapewnienia Odwoływającego o innych uchybieniach platformy prowadzonej przez operatora Zamawiającego w toku aukcji wpływających na jego zachowania Izba uznała za nieprzekonywujące, skoro Odwoływający w ogóle nie zadał sobie trudu ich zgłoszenia podczas czatu z Zamawiającym w czasie aukcji, ani bezpośrednio po niej.

Wymaga zauważenia, że Odwoływający jako profesjonalny uczestnik obrotu miał wystarczającą ilość czasu(czas trwania aukcji 60 minut, początek aukcji godz.11.00) od momentu wystąpienia uchybienia (godz.11.06) do zakończenia aukcji (godz.13.00, później uczynił 15 postąpień) do wykonania korzystnego dla siebie postąpienia.

Izba wzięła również pod uwagę złożone na rozprawie oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego zgodnie potwierdzające, że nie ma pomiędzy nimi sporu odnośnie spełniania przez Odwoływającego warunków technicznych z platformy, z której prowadził on postąpienia, a także, że nie ma również spornych kwestii związanych z oceną posiadanego podpisu kwalifikowanego przez osobę składającą postąpienia.

W związku z powyższym Izba uznała złożone w tym zakresie wnioski dowodowe Odwoływającego za

beprzedmiotowe.

Izba również potraktowała za nie mającą znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy okoliczność, że w innych przetargach u Zamawiającego występowały przeszkody w działaniu platformy aukcyjnej.

Izba uznała również za bezcelowe przeprowadzenie postępowania dowodowego na okoliczność przebiegu całej aukcji, skoro Odwołujący w ogóle nie skonkretyzował jakiegokolwiek zarzutu odnoszącego się do innego momentu prowadzonej aukcji, jak tylko z własnego postąpienia z aukcji elektronicznej o godz.11:06:21 z dnia 3 stycznia 2019r.

Dodatkowo, wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie podjął u Zamawiającego w czasie trwania aukcji, jak i bezpośrednio po niej żadnych działań zaradczych mających na celu usunięcie domniemanych uchybień w działaniu platformy aukcyjnej, jak chociażby wynikających z pkt 29.1.27 IDW (pomoc techniczna) czy czatu z Zamawiającym, co skłoniło Izbę do przyjęcia przekonania, że takich innych uchybień nie było.

W związku z powyższym Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy Odwołującego z pkt 4.4 o zobowiązanie do przedłożenia przez Zamawiającego rejestru/danych z systemu informatycznego platformy aukcyjnej ukazujący zapis przebiegu aukcji.

Powyższe rozstrzygnięcie nie zmienia faktu, że Izba oparła się o rejestr operatora aukcji wskazujący na mylną informację z postąpienia Odwołującego z godz.11.06, która jednak nie wpłynęła na wynik prowadzonego postępowania przetargowego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....**