Sygn. akt:KIO 153/19

WYROK
z dnia 11 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Daniel Konicz

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2019 r. przez Odwołującego – wykonawcę OPA-ROW sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, przy udziale wykonawcy MWM Elektro sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę w łącznej wysokości 3.894,00 zł (słownie: trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt cztery złote 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 153/19

Uzasadnienie

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, (dalej: „Zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Modernizacja maszyny wyciągowej wraz z rozdzielnią 6kV i urządzenia sygnalizacji szybowej górniczego wyciągu szybowego szybu IV z KWK
Borynia-Zoflówka-Jastrzębie Ruch Zofiówka", zwane dalej: „Postępowaniem".

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 października 2018 r., pod nr 2018/S 202-460706.

18 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o unieważnieniu uprzednio przeprowadzonej, w dniu 17 stycznia 2018 r., aukcji elektronicznej i wyznaczeniu terminu powtórzenia aukcji na dzień 23 stycznia 2019 r. Powtórzona aukcja odbyła się w wyznaczonym terminie, a w jej wyniku ustalono, że najkorzystniejszą ofertę złożył wykonawca OPA-ROW sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku.

Wskazane powyżej czynności zaskarżone zostały odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba" lub „KIO") 28 stycznia 2018 r. przez ww. wykonawcę, zwanego dalej „Odwołującym".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 91d oraz art. 91e Pzp przez uznanie, że w Postępowaniu możliwe jest unieważnienie prawidłowo przeprowadzonej aukcji elektronicznej w sytuacji,
gdy w trakcie trwania aukcji nie wystąpiła awaria systemu teleinformatycznego, powodująca przerwanie aukcji elektronicznej, a aukcja została zamknięta przez Zamawiającego;

2.art. 91d Pzp przez uznanie, że w Postępowaniu możliwe jest unieważnienie prawidłowo przeprowadzonej aukcji elektronicznej z powodu „błędu konfiguracji operatora systemu", pomimo pozytywnego przeprowadzenia, w dniu 16.01.2019 r., aukcji testowej, zorganizowanej celem weryfikacji, konfiguracji wymagań sprzętowych,

przetestowania poprawności działania oraz złożenia ofert podpisanych kwalifikowanym podpisem elektronicznym;

3. art. 91b ust. 1 Pzp przez uznanie, że istnieją przesłanki do ponownego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej (wyznaczonej na dzień 23.01.2019 r.) jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu;
4. art. 91a ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie w dniu 23.01.2019 r. ponownie aukcji elektronicznej, w sytuacji gdy akcja elektroniczna w dniu 17.01.2019 r. została prawidłowo przeprowadzona, nie została przerwana i została zamknięta przez Zamawiającego;
5. art. 91d ust. 2 Pzp przez zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 17.01.2019 r.;
6. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej w dniu 17.01.2019 r.;
2. unieważnienia czynności polegającej na ponownym zaproszeniu wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu i ponownym przeprowadzeniu, w dniu 23.01.2019 r, aukcji elektronicznej;
3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego, złożonej w toku aukcji elektronicznej, równej złożonej przez Odwołującego ofercie pisemnej, jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że jego interes prawny wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów Pzp nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik Postępowania, a Odwołujący mógłby pozyskać zamówienie w oparciu o złożoną ofertę w toku aukcji elektronicznej (w dniu 17.01.2019 r.), równą ze złożoną przez Odwołującego ofertą pisemną, ponieważ jego oferta jest ważna i nie podlega odrzuceniu, a w przypadku uwzględnienia odwołania jest ofertą najkorzystniejszą.

Na uzasadnienie zarzutów odwołania Odwołujący stwierdził, co następuje.

I.Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego. Zawarta w art. 7 ust. 1 Pzp norma prawna nakazująca równe traktowanie wykonawców nie znajdzie zastosowania w postępowaniach, w których bierze udział tylko jeden wykonawca. Nie oznacza to jednak, że nie może dojść do naruszenia tej zasady przez celową eliminację wykonawców i doprowadzenie do sytuacji, w których tylko jeden z nich weźmie udział w postępowaniu.

II.naruszenie art. 91d, art. 91e Pzp, art. 91b ust. 1 i art. 91a ust. 1 Pzp

W Postępowaniu złożone zostały dwie oferty. Oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pismem z 18.01.2019 r. Odwołujący został poinformowany o unieważnieniu przeprowadzonej w dniu 17.01.2019 r., w godz. 10:00-10:20, aukcji elektronicznej z uwagi na błąd konfiguracji operatora aukcji, oraz o ponownym zaproszeniu wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu do udziału w nowej aukcji w dniu 23.01.2019 r.

W dniu 17.01.2019 r., po uprzednim przeprowadzeniu aukcji testowej w dniu 16.01.2019 r., w której Odwołujący skutecznie złożył postąpienia, Odwołujący wziął udział w aukcji elektronicznej. W trakcie jej trwania Odwołujący nie stwierdził występowania jakichkolwiek problemów technicznych, a Zamawiający nie informował o zgłoszeniu problemów technicznych po stronie operatora czy też po stronie innych wykonawców. Aukcja nie została przerwana przez Zamawiającego, uzyskując o godz. 10:20 status „zakończona". Oferta złożona przez Odwołującego uzyskała 100 punktów i zajęła 1-sze miejsce w rankingu.

Artykuł 91d ust. 1 Pzp przewiduje, że w przypadku wystąpienia awarii systemu teleinformatycznego, która spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, „zamawiający wyznacza termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następujący po usunięciu awarii dzień roboczy, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zakończonym postąpieniu". W przypadku aukcji przeprowadzonej w dniu 17.01.2019 r. awaria nie spowodowała przerwania aukcji elektronicznej, Odwołujący nie stwierdził występowania jakichkolwiek problemów technicznych z platformą aukcyjną, a Zamawiający nie przerwał też aukcji z przyczyn leżących po stronie operatora aukcji na wniosek któregokolwiek z wykonawców i umożliwił jej zakończenie z wynikiem jak wyżej, co jednoznacznie wskazuje, że w przedmiotowej sprawie nie miała miejsca awaria systemu teleinformatycznego powodująca przerwanie aukcji. Dodatkowo wskazać należy, że przepis art. 91d ust. 1 Pzp nie przewiduje możliwości unieważnienia aukcji w całości, a jedynie możliwość jej przerwania, do czasu usunięcia awarii systemu teleinformatycznego. O przerwie takiej nie może zaś zdecydować arbitralnie Zamawiający, a może ona być spowodowana jedynie obiektywną przyczyną dotyczącą wszystkich podmiotów biorących udział w aukcji, tj. awarią systemu teleinformatycznego. W związku z tym należy stwierdzić, że aukcja ta uległa zakończeniu w terminie określonym w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej.

Po zakończeniu aukcji elektronicznej, poza ogólnym oświadczeniem Zamawiającego o „błędzie konfiguracji operatora aukcji" Odwołujący nie otrzymał od Zamawiającego, żadnego z wykonawców, ani od operatora aukcji elektronicznej żadnego dowodu potwierdzającego faktyczną przyczynę domniemanych problemów technicznych. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że to na nadawcy oświadczenia przesyłanego drogą elektroniczną (tu wykonawcy składającego postąpienie), spoczywa ciężar udowodnienia złożenia oświadczenie woli w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią przez Zamawiającego. Alternatywnie wykonawca próbujący wywieść skutki prawne z domniemanej awarii systemu obsługi aukcji elektronicznej wskazać musi obiektywne przyczyny techniczne leżące po stronie Zamawiającego, które uniemożliwiły mu czynne uczestnictwo w aukcji i wykonanie skutecznego postąpienia. Do czasu udowodnienia jednego z powyższych wynik aukcji z dnia 17.01.2019 r. jest wiążący, aukcja nie powinna zostać unieważniona, a Zamawiający winien dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z ostrożności Odwołujący wystąpił do operatora platformy aukcyjnej o przedstawienie wszelkich dowodów, m.in. w postaci logów i zapisów rewizyjnych, które świadczą o wystąpieniu podczas aukcji błędów uniemożliwiających składanie przez wykonawców postąpień. Niestety do dnia złożenia odwołania Odwołujący nie otrzymał odpowiedzi od operatora. Odpowiedzi takiej nie otrzymał również od Zamawiającego, pomimo złożenia takiego zapytania.

III.Naruszenie art. 91d ust. 2 Pzp

Zgodnie z ww. przepisem zamawiający po zamknięciu aukcji wybiera najkorzystniejszą ofertę w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej. Odwołujący wskazał wyżej, że aukcja w dniu 17.01.2019 r. została przeprowadzona prawidłowo, bez przerw i została zamknięta przez Zamawiającego. W związku z tym oferta Odwołującego, złożona w toku aukcji w dniu 17.01.2019 r., równa ofercie pisemnej złożonej przez Odwołującego, winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu.

Do odwołania Odwołujący załączył następujące dokumenty, wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z ich treści:

1. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej z 11 stycznia 2019 r. – dowód O1;
2. Wezwanie do opublikowania wyników aukcji elektronicznej z 17 stycznia 2018 r. – dowód O2;
3. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej z 18 stycznia 2019 r. – dowód O3;
4. Pismo Odwołującego z 22 stycznia 2019 r. kwestionujące unieważnienie aukcji elektronicznej z 17 stycznia 2019 r. i zasadność ponownego przeprowadzenia aukcji – dowód O4;
5. Informacja o wynikach aukcji elektronicznej z 23 stycznia 2019 r. – dowód O5;
6. Pismo Odwołującego z 24 stycznia 2019 r. wzywające Zamawiającego do przedstawienia dowodów potwierdzających wystąpienie błędów uniemożliwiających dokonywanie postąpień w toku aukcji z 17 stycznia 2019 r. – dowód O6;
7. Zrzuty ekranu (5 szt.) obrazujące działanie systemu na chwilę przed zakończeniem aukcji i chwilę po jej zakończeniu – dowody O7;
8. Zrzuty ekranu (2 szt.) z zawartością wszystkich aukcji (w tym testowych) przeprowadzonych w ramach Postępowania – dowody O8;
9. Zrzuty ekranu (3 szt.) ukazujące zakończoną 17 stycznia 2019 r. aukcję elektroniczną i zawierające okno dialogowe z wiadomością systemową o wstrzymaniu aukcji ze względu na awarię serwera ją obsługującego – dowody O9.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na poniższą argumentację.

Zamawiający podał, że w związku z faktem złożenia dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu (oferty Odwołującego i wykonawcy MWM Elektro sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini , zwanego dalej „Wykonawcą M") Zamawiający w dniu 11 stycznia 2019 r. zaprosił obu wykonawców do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej wyznaczonej na dzień 17 stycznia 2019 r., na godz. 10.00. Treść zaproszenia zawierała informacje dotyczące wymagań technicznych związanych z uczestniczeniem w aukcji oraz informacje dotyczące zasad jej przeprowadzenia. Ponadto w zaproszeniu Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji testowej, która miała pozwolić wykonawcom na zapoznanie się ze sposobem składania postąpień w trakcie właściwej aukcji oraz funkcjonowaniem platformy aukcyjnej. Aukcja testowa została wyznaczona na dzień 16 stycznia 2019 r., na godz. 10.00.

W trakcie aukcji testowej zarówno Odwołujący, jak i Wykonawca M zgłosili brak możliwości dokonywania postąpień. Wykonawcy wskazali, że pomimo złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego w oprogramowaniu obsługującym podpis, na platformie wyświetlany jest komunikat o błędzie uniemożliwiającym złożenie postąpienia. Jeszcze w trakcie aukcji testowej Zamawiający zwrócił się do operatora platformy aukcyjnej – Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Operator") o zdiagnozowanie i rozwiązanie problemu. Błąd został usunięty, wskutek czego aukcja testowa została w tym samym dniu ponowiona o godzinie 12.00. W trakcie powtórzonej aukcji nie wystąpiły żadne problemy techniczne utrudniające lub uniemożliwiające wykonawcom składanie kolejnych postąpień.

W trakcie właściwej aukcji elektronicznej, która odbyła się w dniu 17 stycznia 2019 r. Wykonawca M zawiadomił, że podobnie jak w aukcji testowej, nie mógł dokonać postąpienia i wystąpił tożsamy błąd platformy obsługującej aukcję elektroniczną. Na podstawie ustaleń poczynionych przez Zamawiającego oraz działającego w jego imieniu Operatora stwierdzono, że ponownie wystąpił błąd, który uniemożliwił wykonawcom składanie ofert w trakcie pierwszej aukcji testowej. W związku z tym w dniu 18 stycznia 2019 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu przedmiotowej aukcji oraz wyznaczeniu na dzień 23 stycznia 2019 r. terminu ponownego jej przeprowadzenia.

W dniu 22 stycznia 2019 r. przeprowadzona została aukcja testowa, natomiast w dniu 23 stycznia 2019 r. właściwa aukcja. W trakcie żadnej z wymienionych aukcji nie wystąpiły jakiekolwiek problemy techniczne, które by uniemożliwiły wykonawcom składanie postąpień. W wyniku aukcji elektronicznej Odwołujący złożył ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza.

Ustosunkowując się *stricte* do zarzutów odwołania Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Wykonawca wnoszący odwołanie musi wykazać fakt posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku działania zamawiającego. Powyższy obowiązek sprowadza się *de facto* do udowodnienia, że wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, odwołujący nie uzyskał zamówienia, które uzyskałby gdyby zamawiający działał prawidłowo i w wyniku tego działania mógł ponieść szkodę. Oznacza to, że interes przysługuje wykonawcy, który jest w stanie wykazać, że w przypadku prawidłowego działania zamawiającego uzyskałby zamówienie.

Zamawiający, w powołaniu na wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 169/14, stwierdził, że nie może uzasadniać interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp możliwość uzyskania zamówienia na korzystniejszych warunkach ze względu na wyższą cenę zaoferowaną w toku pierwszej z aukcji. Nie stanowi to bowiem o posiadaniu interesu w uzyskaniu danego zamówienia, a co najwyżej interesu w uzyskaniu zamówienia na dogodniejszych dla zainteresowanego warunkach.

Z najdalej idącej ostrożności, wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę przedstawionej powyżej argumentacji, Zamawiający podniósł, że Odwołujący składał postąpienia jedynie w trakcie aukcji testowej z 16 stycznia 2019 r. W trakcie właściwej aukcji nie złożył on żadnego postąpienia. Nie dokonywał postąpień w toku właściwej aukcji, stąd nie mógł stwierdzić, że platforma działała prawidłowo, ponieważ błąd ujawniał się wyłącznie przy próbie złożenia postąpienia. Zamawiający nie informował o problemie przed zakończeniem aukcji, jako że nie został on wówczas zdiagnozowany i usunięty. Istotne w tym zakresie ustalenia zostały poczynione dopiero następnego dnia (18 stycznia 2019 r.), kiedy to Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu oraz powtórzeniu czynności aukcji elektronicznej. Żaden przepis rangi ustawowej, w tym Pzp nie pozwala Zamawiającemu na przerwanie aukcji elektronicznej. Dlatego nie wiadomo jakie znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy ma zarzucane w treści odwołania zaniechania przerwania biegu aukcji.

Zamawiający wskazał następnie, że był uprawniony do unieważnienia aukcji elektronicznej, bowiem w jej trakcie wykonawcy nie dokonali żadnego postąpienia. Przywołał wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2427/11, z którego wywiódł, że podstawą do uznania aukcji elektronicznej za wadliwą jest wyłącznie wyjaśnienie, ustalenie i wykazanie, że wadliwy przebieg aukcji wywołany jest przyczyną leżącą po stronie zamawiającego lub platformy aukcyjnej, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Wskazał ponadto, że zamawiający jest w każdym czasie uprawniony do samodzielnego uchylenia wadliwie dokonanej czynności.

Zamawiający zauważył w końcowej części odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wziął czynny udział w aukcji elektronicznej z dnia 17 stycznia 2019 r., tj. dokonywał postąpień za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Stąd Odwołujący nie wykazał, że brak możliwości składania postąpień przez Wykonawcę M wynikał z okoliczności leżących po jego stronie. Jednocześnie Zamawiający udowodnił,
że w trakcie pierwszej z wyznaczonych aukcji wystąpił błąd platformy, wskutek którego składanie kolejnych postąpień było wyłączone. Konsekwencją powyższego jest wniosek, zgodnie z którym Odwołujący nie wypełnił spoczywającego na nim ciężaru dowodowego, co przesądza o konieczności oddalenia odwołania jako niewykazanego.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. Raportu z przebiegu aukcji testowej z 16 stycznia 2019 r. – dowód Z1;
2. Korespondencji poczty elektronicznej przedstawiciela Wykonawcy M do Zamawiającego z 16 stycznia br. z opisem błędu występującego w trakcie aukcji testowej – dowód Z2;
3. Korespondencji poczty elektronicznej przedstawiciela Odwołującego do Zamawiającego z 16 stycznia br. z opisem błędu występującego w trakcie aukcji testowej i zrzutami ekranu (2 szt.) obrazującymi błąd – dowody Z3;
4. Korespondencji poczty elektronicznej pracownika Zamawiającego do Operatora z 16 stycznia 2019 r. z informacją o zgłoszonym błędzie w przebiegu aukcji testowej z załącznikiem w postaci zrzutu ekranu – dowody Z4;
5. Raportu z przebiegu aukcji z 17 stycznia 2019 r. – dowód Z5;
6. Korespondencji poczty elektronicznej przedstawiciela Wykonawcy M do Zamawiającego z 17 stycznia br. z informacją o występowaniu błędu w trakcie aukcji i zrzutami ekranu (2 szt.) obrazującymi błąd – dowody Z6;
7. Korespondencji poczty elektronicznej pracownika Zamawiającego do Operatora z 17 stycznia 2019 r. z informacją o zgłoszonym przez Wykonawcę M błędzie w przebiegu aukcji – dowód Z7;
8. Korespondencji poczty elektronicznej przedstawiciela Operatora do Zamawiającego z 17 stycznia 2019 r. z informacją o błędzie konfiguracji aukcji z 17 stycznia br. – dowód Z8;
9. Pisma przedstawiciela Operatora z 31 stycznia 2019 r. wyjaśniającego przyczyny błędów występujących podczas aukcji z 16 i 17 stycznia br. – dowód Z9.

które załączył do odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zmawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca M, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy M (dalej również „Przystępujący") do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W zgłoszonym przystąpieniu Wykonawca M wskazał, że brak było podczas aukcji elektronicznej z dnia 17 stycznia 2019 r. możliwości przesłania oferty handlowej (jakiegokolwiek postąpienia) do platformy Operatora, wobec czego Przystępujący poinformował go o tym fakcie, uzyskując telefonicznie informację, że doszło do problemów technicznych po stronie Operatora. Problem był analogiczny do tego, który pojawił się podczas aukcji testowej przeprowadzonej w dniu 16 stycznia 2019 r. Następnie, problem został zgłoszony Zamawiającemu, który po analizie sprawy i pozyskaniu informacji ze strony Operatora podjął decyzję o unieważnieniu aukcji z dnia 17 stycznia 2019 r.

W tym stanie rzeczy Zamawiający zasadnie unieważnił czynność aukcji z dnia 17 stycznia 2019 r., gdyż brak było technicznej możliwości składania postąpień (błąd konfiguracji operatora aukcji).

Przystępujący podkreślił, że kluczowe jest, że żadne postąpienie nie zostało dokonane, gdyż Przystępujący nie był w stanie go dokonać z uwagi na błąd operatora aukcji, a Odwołujący nie miał faktycznej potrzeby jego dokonania, gdyż jego oferta była w chwili otwarcia aukcji najkorzystniejsza. Z tego względu nie było obaw co do tego, że aukcja zostanie przeprowadzona „po raz drugi", gdyż aukcja w dniu 17 stycznia 2019 r. *de facto* się nie odbyła. Z tych przyczyn aukcja z dnia 23 stycznia 2019 r. stanowiła faktycznie kontynuację aukcji z dnia 17 stycznia 2019 r. i zgodnie z art. 91d ust. 1 Pzp była prowadzona z uwzględnieniem stanu ofert z tego dnia.

Zdaniem Wykonawcy M gdyby faktycznie nie wystąpiły przeszkody techniczne do składania ofert w dniu 17

stycznia 2019 r., to Odwołujący nie powinien brać udziału w aukcji z dnia 23 stycznia 2019 r., a jego obecne stanowisko należy postrzegać wyłącznie jako próbę bezpodstawnego uchylenia się od skutków złożenia przez niego niekorzystnej cenowo oferty.

Wykonawca M wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści załączników do zgłoszonego przystąpienia w postaci:

1. Korespondencji poczty elektronicznej przedstawiciela Wykonawcy M do Operatora z 18 stycznia 2019 r. ze wskazaniem na nieprawidłowości w toku aukcji z 17 stycznia 2019 r. wraz z załącznikami w postaci pisma reklamacyjnego i zrzutów ekranu (5 szt.) obrazujących próby dokonania postąpień w toku aukcji i rodzaj generowanego w związku z nimi błędu i potwierdzeniem przyjęcia zgłoszenia – dowody P1;
2. Korespondencji poczty elektronicznej przedstawiciela Wykonawcy M do Zamawiającego z 17 stycznia 2019 r. z informacją o nieprawidłowościach w przebiegu aukcji – dowód P2;
3. Zrzutu ekranu obrazującego listę połączeń telefonicznych wykonywanych przez przedstawiciela Wykonawcy M do Operatora w dniu 17 stycznia 2019 r. – dowód P3;
4. Raportów z przebiegu aukcji testowych (2 szt.) przeprowadzonych 16 stycznia 2019 r. – dowody P4;
5. Raportu z przebiegu aukcji przeprowadzonej 17 stycznia 2019 r. – dowód P5;

Na rozprawie strony podtrzymały omówione powyżej stanowiska w sprawie.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. Raportu z przebiegu drugiej aukcji testowej z 16 stycznia 2019 r. ze zrzutem ekranu obrazującym dokonywane w jej toku postąpienia – dowody Z10;
2. Raportu z przebiegu aukcji z 23 stycznia 2019 r. – dowód Z11;

a nadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność ustalenia przyczyn braku możliwości dokonywania przez Przystępującego postąpień w toku aukcji z 17 stycznia 2019 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany,
zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści dokumentacji Postępowania w części obejmującej ww. dokumenty załączone do pisemnych stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego. Na ich podstawie skład orzekający stwierdził, że okoliczności stanu faktycznego nie są sporne i nie wymagają dodatkowego omówienia.

Skład orzekający oddalił wniosek dowodowy Zamawiającego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki, na okoliczność ustalenia przyczyn braku możliwości dokonywania przez Przystępującego postąpień w toku aukcji z 17 stycznia 2019 r. W sprawie nie zaszła konieczność odwoływania się do wiadomości specjalnych, uzasadniająca potrzebę przeprowadzenia takiego dowodu (art. 190 ust. 4 zdanie pierwsze *in fine* Pzp), ponieważ ustalenie stanu faktycznego w zakresie objętym tezą dowodową możliwe było na podstawie dowodów Z8 i Z9. W tej sytuacji uwzględnienie wniosku Zamawiającego powodowałoby nieuzasadnioną zwłokę w postępowaniu odwoławczym, przemawiającą za odmową przeprowadzenia dowodu (por. art. 190 ust. 6 *in fine* Pzp).

W powyższych okolicznościach Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba zbadała legitymację Odwołującego do wniesienia odwołania, kierując się wytycznymi z art. 179 ust. 1 Pzp. W wyniku tego badania skład orzekający doszedł do wniosku, że Odwołujący, w realiach stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy, nie legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia. W pojęciu tym nie mieści się bowiem dążenie do uzyskania zamówienia na warunkach bardziej korzystnych niż ustalonych w wyniku powtórzonej 23 stycznia 2019 r. aukcji elektronicznej, na co wprost wskazywała argumentacja Odwołującego. Interes w uzyskaniu zamówienia posiada taki wykonawca, któremu w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp uniemożliwiono ubieganie się o udzielenie zamówienia, bądź uzyskanie takiego zamówienia, z czym niewątpliwie nie mamy *ad casum* do czynienia, skoro oferta Odwołującego w wyniku powtórnego przeprowadzenia aukcji elektronicznej jest ofertą najkorzystniejszą (dowód O5). W konsekwencji skład orzekający podziela zapatrywania wyrażone przez KIO w wyroku z 12 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 169/14 i wskazuje, że podobne stanowisko Izba zajęła również w wyrokach z 24 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 93/12, 22 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1610/13, czy 30 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2640/14.

Dokonane przez Izbę ustalenie dotyczące braku interesu stanowi samodzielną przesłankę oddalenia odwołania (por. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 5 maja 2008 r., sygn. akt IX Ga 44/08).

Odnosząc się dodatkowo merytorycznie do zarzutów odwołania Izba prezentuje pogląd, że twierdzenie, jakoby Zamawiający nie mógł powtórzyć aukcji elektronicznej, a jedynie, zgodnie z art. 91d Pzp, aukcję taką kontynuować (przy zaistnieniu przesłanek i na warunkach wynikających z tego przepisu), jest chybione. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający jest uprawniony do korygowania wadliwych czynności w postępowaniu, niezależnie od przyczyn leżących u podstaw takiego działania. Wadliwość taka dotknęła aukcję elektroniczną przeprowadzoną w dniu 17 stycznia 2019 r., bowiem – co bezsprzecznie potwierdzają dowody P1, P2, Z6 i Z7 – Przystępujący nie mógł dokonywać w jej toku postąpień z uwagi na okoliczności, na które nie miał wpływu. Okoliczność ta obciążała Operatora, na co wskazują dowody Z8 i Z9. Nie ma przy tym znaczenia, że w przekonaniu Odwołującego aukcja przebiegała poprawnie, bowiem z jego perspektywy nie sposób dostrzec było jakichkolwiek nieprawidłowości w tym zakresie, (dowody O7), w szczególności nie doszło do wstrzymania aukcji ze względu na awarię serwera ją obsługującego (dowody O9). Nawiasem mówiąc Odwołujący nie dokonywał w toku tej aukcji postąpień (dowody Z5 i P5), wobec czego nie mógł stwierdzić, czy platforma aukcyjna zadziałałaby prawidłowo przy próbie postąpienia. Oceniając tą kwestię z punktu widzenia Wykonawcy M należało stwierdzić, że nie doszło do realizacji istoty aukcji elektronicznej, którą – zgodnie z art. 91c ust. 1 Pzp – jest możliwość dokonywania korzystniejszych postąpień za pomocą stosownego formularza. *Ergo* utrzymanie w mocy wyniku aukcji z 17 stycznia 2019 r. stanowiłoby naruszenie ww. przepisu, a nadto zasady uczciwej konkurencji, bowiem wykonawca prawidłowo zaproszony do udziału w aukcji pozbawiony został, z przyczyn od siebie niezależnych, możliwości konkurowania w celu uzyskania zamówienia. Nie sposób nie zauważyć również, że omawiana argumentacja Odwołującego wywoływałaby i ten skutek, że jeżeli w toku aukcji nie doszłoby do sytuacji opisanej w przepisie art. 91d Pzp, a, przykładowo, uczestniczyłby w niej wykonawca, którego oferta powinna zostać odrzucona z uwagi na niezgodność jej treści z SIWZ (o czym zamawiający przesądza przed zaproszeniem do udziału w aukcji – argument z art. 91a ust. 1 zdanie pierwsze *in fine* Pzp), to zamawiający pozbawiony byłby w ogóle możliwości usunięcia stanu niezgodności z prawem (tu – sprzeczności z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

Chybiony był również wniosek Odwołującego o braku możliwości unieważnienia aukcji elektronicznej w całości. Pozytywnie w tej kwestii wypowiedział się TSUE w wyroku C-324/14 z 7 kwietnia 2016 r. wskazując, że „[…]wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę[…]". Wnioski płynące z uzasadnienia tego orzeczenia należy *per analogiam* odnieść do przedmiotowej sprawy, w której wprawdzie wszyscy wykonawcy, którzy złożyli „dopuszczalne oferty" zostali dopuszczeni do udziału w aukcji, ale sam jej przebieg był nieprawidłowy z uwagi na zaistnienie okoliczności opisanych powyżej. W żadnym z tych przypadków nie dochodzi do awarii w rozumieniu art. 91d Pzp, ale jednocześnie w każdym z nich – do sprzeczności z innymi przepisami Pzp, które wymagają usunięcia w celu przywrócenia prowadzonej procedury do stanu zgodności z prawem.

W konsekwencji orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący:……..