

WYROK
z dnia 25 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Jolanta Markowska
Agata Mikołajczyk
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2019 r. przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Derśław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu oraz DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Enea Elektrownia Połaniec Spółka Akcyjna z siedzibą w Połańcu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Karabela” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Karabela-Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, zgłaszających 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 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Kielcach.

Przewodniczący.....
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Enea Elektrownia Połaniec Spółka Akcyjna z siedzibą w Połańcu („Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Kompleksowa usługa ochrony mienia, terenów i obiektów w Enea Elektrownia Połaniec Spółka Akcyjna”(dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 sierpnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 150-345701.

I. W dniu 4 lutego 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Derśław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu oraz DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach („Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj.:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Karabela” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, Karabela - Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Wykonawca Karabela”), mimo iż jest niezgodna z ustawą, albowiem podpis złożony przez Wykonawcę pod ofertą - postąpieniami nie odpowiada aktualnie obowiązującym przepisom prawa, jest nieważny, dokumenty podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykorzystującym funkcję skrótu dokumentu SHA-1 po 1 lipca 2018 r. nie mogą zostać uznane za prawidłowe, tym

samym oferta - postąpienia nie zostały złożone zgodnie z postanowieniami ustawy, w tym ustawy Pzp,

- 2) brak automatycznej weryfikacji złożonej oferty - postąpienia pod kątem poprawności zastosowanego przez Wykonawcę Karabela kwalifikowanego podpisu elektronicznego, podjęcie takiej weryfikacji dopiero przy 9 dogrywce, podczas gdy Zamawiający na każdym etapie postępowania, na każdym etapie aukcji na bieżąco zobowiązany jest do weryfikacji poprawności działań Wykonawcy Karabela w szczególności wykorzystania kwalifikowanego podpisu elektronicznego, albowiem postąpienia pod rygorem nieważności składa się opatrując je kwalifikowanym podpisem elektronicznym,
- 3) podjęcie próby uprzedzenia Wykonawcy Karabela o nieprawidłowościach występujących w jego ofercie w trakcie trwania aukcji elektronicznej, podczas gdy Wykonawca jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień powinien znać powszechnie obowiązujące przepisy prawa, posiadać podpis kwalifikowany odpowiadający przepisom prawa. Nieprawidłowości występujące w ofercie Wykonawcy Karabela mają charakter nieusuwalny. Zamawiający nie może ingerować w treść składanej oferty, występujące nieprawidłowości powinien jedynie ocenić pod kątem przesłanek odrzucenia oferty z art. 89 ustawy Pzp,
- 4) przyjmowanie kolejnych postąpień Wykonawcy Karabela mimo, iż już po weryfikacji pierwszego postąpienia złożonego przy użyciu podpisu kwalifikowanego korzystającego ze skrótu podpisu SHA-1, Zamawiający powinien odmówić przyjęcia postąpień składanych przez Wykonawcę Karabela przy użyciu kwalifikowanego podpisu, w konsekwencji zakończyć aukcję,
- 5) zaniechanie wyczerpującego i bieżącego informowania Odwołującego o przyczynach wystąpienia nieprawidłowości w działaniu platformy, czasie trwania nieprawidłowości, momencie ich usunięcia,
- 6) zaniechanie zatrzymania aukcji elektronicznej w sytuacji, gdy rzekomo doszło do nieprawidłowego działania systemu teleinformatycznego z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (Administradora za którego działania i zaniechania odpowiedzialność ponosi Zamawiający),
- 7) zastosowanie opcji kontynuowania aukcji elektronicznej, podczas gdy w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie doszło do przerwania aukcji z uwagi na awarię systemu teleinformatycznego, a wręcz przeciwnie miało miejsce zakończenie aukcji,

oraz z ostrożności procesowej:

- 8) nieprawidłowe wyznaczenie terminu kontynuowania aukcji elektronicznej tj. bez zachowania odstępu jednego dnia roboczego od usunięcia awarii,
- 9) wyznaczenie terminu kontynuowania aukcji, wystosowanie zaproszenia do kontynuowania aukcji, z naruszeniem przepisów prawa, w konsekwencji doręczenie Odwołującemu zaproszenia do kontynuowania aukcji w takim czasie, że skuteczne przygotowanie się przez Odwołującego do uczestnictwa w niej nie było możliwe, co więcej nie było możliwe również - z uwagi na brak informacji od Zamawiającego - zweryfikowanie poprawności podjętych działań przez Zamawiającego,
- 10) podejmowanie czynności w Postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy Pzp w związku z art. 91c ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (t.j. Dz. U. z 2016 poz. 1579 z późn.zm., dalej: „uzoie”) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez:

– zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Karabela mimo, iż jej treść jest niezgodna z ustawą Pzp, uzoie, albowiem podpis złożony przez Wykonawcę Karabela pod ofertą - postąpieniem nie odpowiada aktualnie obowiązującym przepisom prawa jest nieważny, dokumenty podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykorzystującym funkcję skrótu dokumentu SHA-1 po 1 lipca 2018 r. nie mogą zostać uznane za prawidłowe, tym samym oferta - postąpienie nie zostało podpisane zgodnie z postanowieniami ustawy w tym ustawy Pzp i uzoie oraz siwz,

– podjęcie próby ingerencji w treść oferty - postąpień składanych przez Wykonawcę Karabela poprzez przesłanie do Wykonawcy Karabela komunikatu o nieprawidłowym skrócie podpisu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, co spowodowało nieprawidłowości w funkcjonowaniu platformy, podczas gdy Wykonawca Karabela jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień powinien znać powszechnie obowiązujące przepisy prawa, posiadać podpis kwalifikowany odpowiadający przepisom prawa, nieprawidłowości występujące w ofercie Wykonawcy Karabela mają charakter nieusuwalny. Zamawiający nie może ingerować w treści składanej oferty, występujące nieprawidłowości powinien jedynie ocenić pod kątem przesłanek odrzucenia oferty z art. 89 ustawy Pzp,

- 2) art. 91c ustawy Pzp w zw. z art. 91e ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez:

- brak automatycznej weryfikacji złożonej oferty - postąpienie pod kątem poprawności zastosowanego przez Wykonawcę Karabela kwalifikowanego podpisu elektronicznego, podjęcie takiej weryfikacji dopiero przy 9 dogrywce, podczas gdy Zamawiający na każdym etapie postępowania, na każdy etap aukcji na bieżąco zobowiązany jest do weryfikacji poprawności działań Wykonawcy Karabela w szczególności wykorzystania kwalifikowanego podpisu elektronicznego, albowiem postąpienia pod rygorem nieważności składane się opatrując je kwalifikowanym podpisem elektronicznym,
 - przyjmowanie kolejnych postąpień Wykonawcy mimo, iż już po weryfikacji pierwszego postąpienia złożonego przy użyciu podpisu kwalifikowanego korzystającego ze skrótu podpisu SHA-1, Zamawiający powinien odmówić przyjęcia postąpień składanych przez Wykonawcę przy użyciu kwalifikowanego podpisu, w konsekwencji zakończyć aukcję,
- 3)art. 91d ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez:

a)jego zastosowanie i zaproszenie do kontynuowania aukcji w dniu 25 stycznia 2019 r. podczas gdy w okolicznościach przedmiotowej sprawy:

- Zamawiający zaniechał wyczerpującego i bieżącego informowania Odwołującego o przyczynach wystąpienia nieprawidłowości w działaniu platformy, czasie trwania nieprawidłowości, momencie ich usunięcia,
- w dniu 24 stycznia 2019 r. Zamawiający zaniechał zatrzymania aukcji elektronicznej w sytuacji gdy rzekomo doszło do nieprawdopodobnie miało być: „nieprawidłowości” działania systemu teleinformatycznego z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (Administratora za którego działania i zaniechania odpowiedzialność ponosi Zamawiający),
- w dniu 24 stycznia 2019 r. nie doszło do przerwania aukcji z uwagi na awarię systemu teleinformatycznego, a wręcz przeciwnie miało miejsce zakończenie aukcji (zgodnie z komunikatem widocznym dla Odwołującego (vide zrzut ekranu, wyjaśnienia samego Administratora). Wobec powyższego Odwołujący podnosi, iż Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania opcji kontynuowania aukcji elektronicznej,

z ostrożności procesowej w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów - zarzut naruszenia art. 91d ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez:

- b)nieprawidłowe wyznaczenie terminu kontynuowania aukcji elektronicznej tj. bez zachowania odstępu jednego dnia roboczego od usunięcia awarii,
- c)wyznaczenie terminu kontynuowania aukcji, wystosowanie zaproszenia do kontynuowania aukcji, z naruszeniem przepisów prawa, w konsekwencji doręczenie Odwołującemu zaproszenia do kontynuowania aukcji w takim czasie, że skuteczne przygotowanie się przez Odwołującego do uczestnictwa w niej nie było możliwe, co więcej nie było możliwe również - z uwagi na brak informacji od Zamawiającego - zweryfikowanie poprawności podjętych działań przez Zamawiającego.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności przeprowadzenia kontynuacji aukcji elektronicznej w dniu 25 stycznia 2019 r.,
- 2)unieważnienia czynności polegającej na zaproszeniu do kontynuowania aukcji elektronicznej z dnia 25 stycznia 2019 r.
- 3)przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, a w tym odrzucenia oferty Wykonawcy Karabela,
- 4)odmowy przyjęcia postąpień składanych przez Wykonawcę Karabela w toku aukcji w dniu 24 stycznia 2019 r. z użyciem skrótu podpisu SHA-1.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Na wstępie Odwołujący przywołał zapisy, będące zgodnie z jego twierdzeniami postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

Ustawienia podpisu elektronicznego dla ofert składanych przez platformę

W przypadku osób korzystających z aplikacji dostarczanych w zestawach lub pobieranych ze stron kwalifikowanych centrów certyfikacji, zalecane jest zaktualizowanie oprogramowania do najnowszych wersji. Obowiązkowo od 1 lipca 2018 r. do składania zaawansowanych podpisów elektronicznych lub zaawansowanych pieczęci elektronicznych wymagane jest stosowanie funkcji skrótu SHA-2 Oferent będący użytkownikiem podpisu powinien się upewnić, że Ustawienia jego podpisu elektronicznego są właściwe tj. zawierają właściwą funkcję skrótu SHA-2 (SHA-256) pod rygorem odrzucenia oferty/postąpienia w aukcji i licytacji elektronicznej.

Poniżej prezentujemy jak prawidłowo ustawić funkcję skrótu SHA-256 na przykładzie najczęściej wykorzystywanych aplikacji wystawców podpisów kwalifikowanych. (...)

Złożenie ofert zgodnie z algorytmem funkcji skrótu innym niż SHA 2 (SHA-256) np. SHA-1 może skutkować odurzeniem

[prawdopodobnie miało być: odrzuceniem] ofert zgodnie z powyższym komunikatem Ministra Cyfryzacji z dnia 01 marca 2018 r.

Obowiązkiem użytkownika jest ustawić właściwą funkcję skrótu szczególnie w certyfikatach podpisu elektronicznego wydanych przed 1 lipca 2018r. (Vide str. 16-18 Instrukcji obsługi platformy zakupowej eB2B -podręcznik Oferenta, dalej: „Instrukcja”).

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania Odwołujący wskazał, co następuje:

Zarzuty oznaczone numerami 1 i 2.

Odwołujący przywołał treść art. 137 uzoie oraz art. 3 pkt 9), 12) – 15), 35) oraz 41) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE z dnia 23 lipca 2014 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 257, str. 73). W dalszej kolejności Odwołujący stwierdził:

Algorytm skrótu wylicza w sposób kryptograficzny skrót z treści podpisywanego dokumentu - dotyczy zatem treści podpisywanego dokumentu - za ten skrót odpowiada aplikacja, przy której użyciu składany jest podpis - ten skrót z treści dokumentu po 1 lipca 2018 roku musi być wyliczony zgodnie z SHA-256. Aby go zastosować, nie jest wymagana zmiana podpisu elektronicznego - wystarczająca jest aktualizacja aplikacji do składania podpisu i zmiana w opcjach tego oprogramowania. Wykonawca każdorazowo korzystając z usług określonego podmiotu, który udostępni swój portal w celu prowadzenia aukcji elektronicznej, akceptuje zasady tam funkcjonujące. Niezależnie od konieczności znajomości powszechnie obowiązujących przepisów prawa, od Wykonawcy, jako profesjonalnego uczestnika, wymaga się, aby zapoznał się dokładnie z warunkami aukcji i zasadami oraz zakresem świadczenia usługi w ramach serwisu elektronicznego prowadzonego przez administratora i zawartymi w regulaminie. Ważne są określone przez administratora wymagania techniczne i organizacyjne. Należy zwrócić uwagę, iż postąpienie nie ogranicza się do jednej czynności - złożenia podpisu elektronicznego, ale stanowi ciąg czynności, polegających m.in. na otwarciu okna podpisu, wprowadzeniu ciągu znaków i akceptacji wprowadzonych danych. „Warunkiem złożenia poprawnego i pełnego postąpienia jest zakończenie całego procesu składania postąpienia przed zamknięciem aukcji elektronicznej. System weryfikuje tutaj czas otrzymania potwierdzenia, że wysłany do platformy dokument z podpisem elektronicznym jest poprawnym podpisem i dotyczy wygenerowanego przez platformę dokumentu pdf opisującego postąpienie wykonawcy” (vide wyrok KIO 2102/16), Wyłącznie po pozytywnej weryfikacji postąpienie zostanie przyjęte.

Jak wynika z treści wyjaśnień przedłożonych przez Administratora w dniu 24 stycznia 2019 r. (wiadomość mailowa) uzupełnionych wyjaśnieniami z dnia 25 stycznia 2019 r. oraz z dnia 31 stycznia 2019 r. pracownik administratora w trakcie aukcji elektronicznej podjął próbę weryfikacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych złożonych przez Wykonawcę Karabela, w tym w zakresie formatu pliku podpisu (skrót podpisu). Jak wskazuje się w przedmiotowych wyjaśnieniach pracownik Administratora po weryfikacji podpisu złożonego przez Wykonawcę Karabela chciał skierować do Wykonawcy Karabela (wyświetlić widoczny dla Wykonawcy Karabela) komunikat, iż tylko podpis ze skrótem SHA-2 jest prawidłowy. Jak wynika z zrzutów ekranu załączonych w treści wyjaśnień z dnia 25 stycznia 2019 r. przesłany przez Wykonawcę Karabela plik podpisu korzystał z przestarzałego algorytmu SHA-1. Innymi słowy podpis pod ofertą - postąpieniem został złożony z wykorzystaniem algorytmu skrótu podpisu SHA-1. W konsekwencji podpis złożony przez Wykonawcę Karabela pod ofertą - postąpieniem nie odpowiada aktualnie obowiązującym przepisom prawa jest nieważny, dokumenty podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykorzystującym funkcję skrótu dokumentu SHA-1 po 1 lipca 2018 r. nie mogą zostać uznane za prawidłowe. Mając powyższe na uwadze, należy podnieść iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy Wykonawca Karabela do terminu zakończenia aukcji nie złożył oferty - postąpienia sporządzonej w postaci elektronicznej podpisanej przy pomocy ważnego kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Na uwagę zasługuje fakt, iż w przywołanej we wstępnej części Instrukcji Zamawiający w sposób jasny, precyzyjny i wyczerpujący określił zasady aukcji elektronicznej, co więcej przywołał wynikający z przepisów prawa obowiązek korzystania z aktualnego podpisu SHA-2, mimo iż taką wiedzę Wykonawca Karabela jako profesjonalny uczestnik rynku powinien posiadać. Podnieść należy, iż pracownik Administratora uczynił prawidłowo dokonując weryfikacji złożonego podpisu, takie działanie powinno mieć miejsce według przepisów ustawy Pzp przy każdym postąpieniu a nie dopiero w 9 dogrywce. W tym miejscu należy przypomnieć, że zgodnie z art. 137 uzoie z dniem 1 lipca utracił ważność algorytm SHA-1. Algorytm SHA-1 utracił rekomendację ETSI. Zatem dokumenty podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym używającym po 1.07.2018 r. do wyliczenia skrótu dokumentu SHA-1 nie mogą zostać uznane za prawidłowe. W Specyfikacji technicznej ETSI 119 312 (która zastąpiła specyfikację ETSI 102 176), nie wymienia się już algorytmu SHA-1, zaś konieczność odnoszenia się w aktach delegowanych do norm ETSI czyli Europejskiego Instytutu

Norm Telekomunikacyjnych wynika wprost z motywu 72 "eIDAS". Odwołujący wskazuje, iż kwalifikowany podpis, dla swej prawidłowości musi spełniać wszelkie wymogi wskazane w rozporządzeniu eIDAS ale powinien również spełniać wymogi ustawodawcy krajowego o ile takowe zostały wprowadzone. W przypadku braku spełnienia tych wymogów dany podpis nie ma waloru kwalifikowalności. Powyższa kwestia była przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 10 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2428/18 [Odwołujący przywołał fragment uzasadnienia ww. wyroku].

Zarzuty oznaczone nr 3.

W dniu 24 stycznia 2019 r. Zamawiający zaniechał zatrzymania aukcji elektronicznej w sytuacji gdy rzekomo doszło do nieprawidłowego działania systemu teleinformatycznego z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (Administratora za którego działania i zaniechania odpowiedzialność ponosi Zamawiający). W konsekwencji w dniu 24 stycznia 2019 r. nie doszło do przerwania aukcji z uwagi na awarię systemu teleinformatycznego, a wręcz przeciwnie miało miejsce zakończenie aukcji (zgodnie z komunikatem widocznym dla Odwołującego (vide zrzut ekranu, wyjaśnienia samego Administratora). Wobec powyższego Odwołujący podnosi, iż Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania opcji kontynuowania aukcji elektronicznej. Po nowelizacji z 2016 r. ustawodawca w art. 91d ust. 1 ustawy Pzp wskazał że w przypadku gdy awaria systemu teleinformatycznego spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, zamawiający wyznacza termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następny po usunięciu awarii dzień roboczy, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu. Ważne jest zatem rozstrzygnięcie, czy przeprowadzona aukcja przebiegała bez zakłóceń oraz odstępstw od warunków ustalonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu, siwz i zaproszeniu do aukcji. Należy pamiętać, że administrator platformy może jedynie przekazać informacje, które wykażą wadliwość lub niedziałanie systemu. Zamawiający unieważniając aukcję uchyla czynność przeprowadzenia aukcji, co ma istotny wpływ na oświadczenia złożone w toku aukcji (nie mogą być brane pod uwagę i wywoływać skutków), ale co ze względu na uprawnienia Zamawiającego jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i gwaranta przestrzegania regulacji to postępowanie normujących, mieści się w granicach jego normatywnych uprawnień.

Zamawiający nie poinformował przez Odwołującego o czasie trwania nieprawidłowości funkcjonowania Platformy, momencie usunięcia nieprawidłowości w funkcjonowaniu Platformy, w konsekwencji z ostrożności Odwołujący podnosi, iż Zamawiający nie był uprawniony do wyznaczenia terminu kontynuowania aukcji na dzień 25 stycznia 2019 r. Przede wszystkim Odwołujący wskazuje, iż nawet czysto hipotetycznie zakładając, iż Zamawiający mógł korzystać z kontynuowania aukcji - to data wyznaczenia terminu kontynuowania aukcji zależy od momentu usunięcia awarii. Zakładając, iż usunięcia awarii nastąpiło w dniu 24 stycznia 2019 r. to Zamawiający powinien o tym poinformować uczestników aukcji w tym dniu tj. 24 stycznia 2019 r. wyznaczając termin aukcji na następny dzień roboczy. Jeżeli zaś usunięcie awarii nastąpiło w dniu 25 stycznia 2019 r. następny dzień roboczy to 4 lutego 2019 r. Reasumując niedopuszczalne jest wystosowanie zaproszenia do kontynuowania aukcji w tym samym dniu w którym ma nastąpić aukcja i to jeszcze w niewielkim odstępie czasowym - informacja o zaproszeniu do kontynuowania aukcji została przesłana o godzinie 10:24, a termin rozpoczęcia na godzinę 13.00. Odwołujący podnosi, iż otrzymał zaproszenie do kontynuowania aukcji w takim czasie, że skuteczne przygotowanie się do jej przeprowadzenia nie było możliwe, co więcej nie było możliwe również - z uwagi na brak informacji od Zamawiającego - zweryfikowanie poprawności podjętych działań przez Zamawiającego.

II. Pismem z dnia 21 lutego 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 8 lutego 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Karabela” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Karabela-Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Wykonawca Karabela”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

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

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, wskazując, iż na skutek

zarzuconych Zamawiającemu naruszeń przepisów ustawy Pzp utraci możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na korzystniejszych dla niego – pod względem kwoty należnego mu wynagrodzenia – warunkach.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania oraz dokumenty złożone przez Odwołującego na rozprawie i załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

W dniu 21 stycznia 2019 r. Zamawiający przesłał wykonawcom zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej.

W dniu 24 stycznia 2019 r. o godz. 14:13 administrator platformy, na której została przeprowadzona aukcja (dalej jako „Administrator Platformy”, „Platforma”) poinformował drogą elektroniczną [wiadomość email w aktach sprawy], że podczas przeprowadzania aukcji elektronicznej doszło do błędu ze strony ww. podmiotu, na skutek którego doszło do uszkodzenia procesu weryfikacji podpisu elektronicznego wykonawców uczestniczących w aukcji. Jednocześnie poinformowano, iż zmiany zostały wycofane – system działa poprawnie.

Tego samego dnia o godzinie 16:12 pracownik Zamawiającego zwrócił się do Administratora Platformy z prośbą o niezwłoczne zamieszczenie na Platformie załączonej informacji do wykonawców biorących udział w aukcji, o następującej treści: „W związku z wystąpieniem nieprawidłowości w funkcjonowaniu platformy eB2B podczas aukcji elektronicznej, jeden z Wykonawców nie mógł złożyć skutecznego postąpienia. Mając powyższe na uwadze Zamawiający przystąpił do ustalenia uczestnika odpowiedzialnego za brak możliwości złożenia skutecznego postąpienia w toku prowadzonej aukcji. O dalszych czynnościach podjętych przez Zamawiającego będziemy Państwa niezwłocznie informować.” Ww. informacja została zamieszczona na platformie tego samego dnia o godz. 16:28.

W dniu 25 stycznia 2019 r. o godz. 10:24 Zamawiający wysłał Odwołującemu drogą elektroniczną zaproszenie do kontynuowania aukcji elektronicznej (Wykonawcy Karabela zaproszenie zostało wysłane o godz. 10:28. Zgodnie z treścią zaproszenia termin rozpoczęcia kontynuacji aukcji został wyznaczony na dzień 25 stycznia 2019 r. godz. 13:00.

Tego samego dnia o godz. 12:46 Odwołujący przesłał Zamawiającemu wniosek o przesunięcie terminu kontynuacji aukcji i przekazanie mu szczegółowych informacji w sprawie.

Tego samego dnia Zamawiający zamieścił na stronie internetowej „Informację o zamknięciu aukcji elektronicznej w dniu 25 stycznia 2019 r. Zgodnie z ww. Informacją w wyniku przeprowadzonej aukcji zostały złożone następujące oferty:

–Wykonawca – Wynagrodzenie brutto za kompleksową usługę ochrony mienia, terenów i obiektów (opłata miesięczna za usługę x 36 miesięcy) [brutto] – Stawka brutto jednej roboczogodziny remontu, modernizacji systemów CCTV lub SSWIN (1200 rgb) – Wartość całkowita brutto;

–Odwołujący – 9 930 000,00 zł – 58,50 zł – 10 148 160,00 zł;

–Wykonawca Karabela – 9 954 012,05 zł – 61,50 zł – 10 175 412,05 zł.

Pismami z dnia 25 oraz 31 stycznia 2019 r. Administrator Platformy złożył wyjaśnienia dotyczące przebiegu aukcji w dniu 24 stycznia 2019 r., nieprawidłowości w funkcjonowaniu Platformy oraz przyczyn ich wystąpienia, konfiguracji podpisu Wykonawcy Karabela oraz terminu usunięcia błędu w funkcjonowaniu Platformy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty oznaczone nr 1 i 2.

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadne z następujących powodów.

Po pierwsze, ww. przepisy stanowią podstawy odrzucania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z przepisem art. 91c ust. 1 ustawy Pzp w toku aukcji elektronicznej przepisów art. 89 nie stosuje się. Zgodnie z orzecznictwem Izby jak i orzecznictwem sądowym regulacja ta nie stoi na przeszkodzie odrzuceniu oferty wykonawcy także po przeprowadzeniu aukcji – w szczególności jako zawierającej rażąco niską cenę (tak np. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 31 stycznia 2012 r. V Ca 2878/11), jednakże w dalszym ciągu przesłanka odrzucenia musi się odnosić całościowo do oferty złożonej w postępowaniu. Należy przypomnieć, iż udział w aukcji jest dobrowolny, wykonawcy nie mają obowiązku składania kolejnych korzystniejszych postąpień – mogą poprzestać na treści oferty złożonej uprzednio w postępowaniu. W związku z tym również składanie nieskutecznych postąpień nie przekłada się bezpośrednio na zaistnienie podstawy odrzucenia oferty. Zgodnie z przepisem art. 91c ust. 2 ustawy Pzp postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Niezachowanie formy wymaganej ww. przepisem będzie zatem skutkowało nieważnością postąpienia (postąpień), a nie całej oferty złożonej w

postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego.

Po drugie, skład orzekający Izby podziela stanowisko prezentowane aktualnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki: z dnia 13 lutego 2019 r. KIO 137/19, z dnia 14 lutego 2019 r. KIO 156/19 oraz z dnia 15 lutego 2019 r. KIO 176/19), zgodnie z którym w aktualnym stanie prawnym brak jest przepisów odmawiających ważności kwalifikowanym podpisom elektronicznym wyłącznie z powodu zastosowania funkcji skrótu podpisu SHA-1. Podpisanie dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykorzystującym ww. algorytm nie stanowi przesłanki uznania takiego dokumentu za nieważny. W szczególności wymaga zauważenia, iż taka sankcja nie została wprost wskazana w przepisie, na który powoływał się Odwołujący, tj. art. 137 uzoie. Powyższe stanowisko pozostaje w zgodności z opinią Ministerstwa Cyfryzacji, zgodnie z którą „[d]o czasu formalnego wycofania przez Europejski Instytut Standardów Technicznych (ETSI) algorytm SHA-1 spełnia wymogi dla walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych z art. 32 eIDAS” (komunikat zamieszczony na stronie internetowej Ministerstwa Cyfryzacji www.gov.pl/web/cyfryzacja) oraz opinią Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W świetle opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych *oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednolite europejskie dokumenty zamówienia oraz oświadczenia i dokumenty występujące w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, które zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym z zastosowaniem algorytm[uj] SHA-1, są dokumentami prawidłowo podpisanymi w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W szczególności nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty z tego tylko powodu, że została opatrzona podpisem kwalifikowanym, w którym zastosowano algorytm funkcji skrótu SHA-1.*” ().

Po trzecie, niezależnie od powyższego, kwestia prawidłowości podpisu Wykonawcy Karabela była przedmiotem wyjaśnień Administratora Platformy. W pismach z dnia 25 oraz 31 stycznia 2019 r. Administrator Platformy oświadczył, iż wykonawca Karabela posiadał poprawnie skonfigurowany podpis i na potwierdzenie powyższego przedstawił zrzut ekranu, na którym widnieje informacja: „*Algorytm skrótu: SHA256*”. Bardziej szczegółowe wyjaśnienia administrator Platformy przedstawił w piśmie z dnia 18 lutego 2019 r., w którym oświadczył, iż „*eB2B zweryfikowało każdą ofertę konkurenta Powoda [tj. ofertę Wykonawcy Karabela]. Wszystkie postąpienia zawierały, zgodnie z instrukcją dla wykonawców, poprawny format SHA 256.*” W piśmie tym Administrator Platformy stwierdził również, iż „*błąd dot. formatu nie był zasadny, a komunikat błędu mylący, gdyż podpis obu wykonawców miał poprawne ustawienia SHA 256, co wykazujemy w dalszej części pisma.*” Do ww. wyjaśnień zostały załączone wygenerowane przez system oferty Wykonawcy Karabela wraz z zrzutami ekranu zawierającymi informacje o wykorzystaniu skrótu podpisu SHA256. Dowód przeciwny nie został przez Odwołującego przedstawiony.

Skład orzekający nie wziął pod uwagę treści zapisów zawartych w dokumencie *Instrukcja obsługi platformy zakupowej eB2B – podręcznik Oferentą* przywołanych przez Odwołującego w treści odwołania. Jak wynika z dokumentacji Postępowania ww. zapisy nie stanowiły części specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Okoliczność ta została przez Zamawiającego potwierdzona na rozprawie, czemu następnie Odwołujący nie zaprzeczył. Dodatkowo należy wskazać, że z fragmentu tego dokumentu zacytowanego przez Odwołującego w odwołaniu wynika, iż przywołane zapisy stanowią wyłącznie wytyczne Administratora Platformy w odniesieniu do opatrywania postąpień kwalifikowanym podpisem elektronicznym, wynikające z dokonywanej przez ten podmiot wykładni przepisów prawa.

Zarzut dotyczący podjęcia „*próby ingerencji w treść oferty – postąpień składanych przez Wykonawcę Karabela poprzez przesłanie do Wykonawcy Karabela komunikatu o nieprawidłowym skrócie podpisu kwalifikowanego*” nie znalazł potwierdzenia w dokumentacji Postępowania. Jak wynika z wyjaśnień Administratora Platformy „*powodem niewłaściwego działania systemu był błąd pracownika eB2B, który niefortunnie, bo w trakcie postępowania, wgrał do produkcyjnej wersji systemu modyfikację, której celem było wyświetlenie komunikatu zwracającego uwagę użytkownika, że tylko format podpisu SHA-2 jest poprawny*” (...) Na skutek błędu developera eB2B tj. wgrania fragmentu nieskończonej modyfikacji weryfikującej format podpisu, doszło [d]o uszkodzenia walidacji systemu (...) *błąd dot. formatu podpisu nie był zasadny, a komunikat błędu mylący* (...) (pismo Administratora Platformy z dnia 18 lutego 2019 r., w którym w sposób bardziej szczegółowy wyjaśniono na czym polegał błąd ze strony pracownika obsługującego Platformę, o którym była mowa we wcześniejszych wyjaśnieniach). Chodziło zatem o próbę dokonania modyfikacji systemu dotyczącej każdego wykonawcy, a nie wyświetlenie komunikatu adresowanego wyłącznie do Wykonawcy Karabela w celu zwrócenia mu uwagi na nieprawidłowość dotyczącą jego postąpienia. Przy czym, komunikat o korzystaniu z algorytmu SHA-1 wygenerowany na skutek uszkodzenia procesu weryfikacji podpisu elektronicznego wykonawców uczestniczących w aukcji, był błędny.

Zarzut dotyczący „*braku automatycznej weryfikacji złożonej oferty – postąpień pod kątem poprawności zastosowanego przez Wykonawcę kwalifikowanego podpisu elektronicznego, podjęcie takiej weryfikacji dopiero przy 9 dogrywce*” nie został przez Odwołującego szczegółowo uzasadniony w treści odwołania. Odwołujący wskazał w tym kontekście na naruszenie art. 91c ustawy Pzp w zw. z art. 91e ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Rozpoznając

niniejszą sprawę skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu w odniesieniu do tego zarzutu przepisów ustawy Pzp. Z treści przepisu art. 91c ustawy Pzp wynika, iż w toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby aukcja elektroniczna stanowi zautomatyzowany, dodatkowy sposób oceny ofert odbywający się bez ingerencji zamawiającego. Urządzenia zamawiającego powinny zatem samoczynnie szeregować, oceniać i klasyfikować oferty przeliczając postąpienia na ocenę punktową według sposobu oceny ofert określonego w zaproszeniu do aukcji. Z dokumentacji Postępowania nie wynika, aby Platforma, na której została przeprowadzona aukcja, nie zapewniała spełnienia ww. wymogów. Dowodów potwierdzających te okoliczności nie przedstawił również Odwołujący. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie miało również miejsca sytuacja indywidualnej weryfikacji podpisów elektronicznych Wykonawcy Karabela przez pracownika Administratora Platformy, lecz wgranie do produkcyjnej wersji systemu modyfikacji, której celem było wyświetlanie komunikatu zwracającego uwagę użytkownikom, że tylko format podpisu SHA-2 jest poprawny (pismo Administratora Platformy z dnia 18 lutego 2019 r.). Odwołujący nie wskazał na żadną sytuację, w której złożone postąpienia któregośkolwiek wykonawcy nie podlegałyby automatycznej ocenie i klasyfikacji. Nie miało to również miejsca w przypadku prób złożenia postąpień przez Wykonawcę Karabela począwszy od postąpienia nr 11, albowiem na skutek uszkodzenia systemu te postąpienia nie zostały w ogóle przyjęte.

Natomiast zarzut Odwołującego co do „*przyjmowania kolejnych postąpień Wykonawcy mimo, iż już po weryfikacji pierwszego postąpienia złożonego przy użyciu podpisu kwalifikowanego korzystającego ze skrótu podpisu SHA – 1, Zamawiający powinien odmówić przyjęcia postąpień składanych przez Wykonawcę Karabela przy użyciu kwalifikowanego podpisu, w konsekwencji zakończyć aukcję*” nie znajduje w ogóle potwierdzenia w dokumentacji Postępowania. Wręcz przeciwnie, z dokumentacji Postępowania wynika, iż wyświetlenie się w toku aukcji komunikatu dotyczącego algorytmu podpisu SHA-1 zablokowało możliwość składania postąpień przez Wykonawcę Karabela. Sytuacja ta nie wynikała jednak z faktu posłużenia się przez tego wykonawcę skrótem podpisu SHA-1, lecz z uszkodzenia procesu weryfikacji podpisu elektronicznego wykonawców uczestniczących w aukcji na skutek wgrania do systemu fragmentu nieskończonej modyfikacji weryfikującej format podpisu. Jak natomiast wynika z przytoczonych wcześniej wyjaśnień Administratora Platformy ww. wykonawca podpisywał postąpienia podpisem wykorzystującym algorytm SHA256.

Zarzuty oznaczony nr 3.

W ramach grupy zarzutów oznaczonych nr 3 (naruszenie art. 91d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp) Odwołujący przede wszystkim wskazał na naruszenia ze strony Zamawiającego w odniesieniu do sposobu przeprowadzenia aukcji w dniu 24 stycznia 2019 r., a z ostrożności procesowej – w przypadku nieuwzględnienia zarzutów podniesionych w pierwszej kolejności – Odwołujący podniósł zarzut dotyczący nieprawidłowego wyznaczenia terminu kontynuowania aukcji elektronicznej.

Podniesione w pierwszej kolejności zarzuty dotyczące sposobu przeprowadzenia aukcji w dniu 24 stycznia 2019 r. zostały uznane za niezasadne. Jak wynika z dokumentacji Postępowania, Zamawiający po wyjaśnieniu zaistniałej sytuacji z Administratorem Platformy zwrócił się do tego podmiotu z prośbą o zamieszczenie na Platformie komunikatu dotyczących zidentyfikowanych nieprawidłowości w działaniach platformy. Należy przyznać rację Odwołującego, iż istotnie Zamawiający nie poinformował wykonawców o momencie usunięcia awarii jeszcze w dniu 24 stycznia 2019 r., jednakże okoliczność ta, mająca znaczenie na gruncie regulacji art. 91d ust. 1 ustawy Pzp, została wzięta pod uwagę przez skład orzekający Izby w kontekście zarzutów dotyczących wyznaczenia terminu kontynuowania aukcji, które zostały uznane za zasadne. Natomiast za niezasadny należało uznać zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego zatrzymania aukcji, skoro o zaistniałych nieprawidłowościach Zamawiający dowiedział się po upływie terminu zakończenia aukcji określonego w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej. Ponadto należy wskazać na wyjaśnienia złożonego przez Administratora Platformy, który stwierdził, iż „*Żaden system nigdy nie przerywa aukcji w przypadku błędu w złożeniu postąpienia, lecz wskazuje jego naturę i sugeruje wykonawcy poprawę postąpienia.*” Jako niezasadne należało również ocenić twierdzenia Odwołującego co do tego, iż w dniu 24 stycznia 2019 r. nie doszło do przerwania aukcji z uwagi na awarię systemu teleinformatycznego, a wręcz przeciwnie miało miejsce zakończenie aukcji, a zatem zastosowanie przez Zamawiającego opcji kontynuowania aukcji było nieuprawnione. Zgodnie z poglądami prezentowanymi przez doktrynę „*awaria to nieoczekiwane zachowanie się systemu, które wystąpiło w czasie jego pracy i zostało zauważone przez użytkowników*” (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie 5, Warszawa 2016). *Awarię w znaczeniu komentowanego przepisu będzie nieprzewidywane, niespodziewane uszkodzenie, które doprowadzi do przerwania aukcji* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Wydanie 7, rok 2019). Już w treści pierwszej wiadomości przesłanej do Zamawiającego drogą

elektroniczną w dniu 24 stycznia 2019 r. o godz. 14:13 Administrator Platformy wskazał, iż „doszło do uszkodzenia procesu weryfikacji podpisu elektronicznego wykonawców uczestniczących w aukcji”. Bliższe wyjaśnienie tej kwestii znajduje się w piśmie z dnia 18 lutego 2018 r., w którym Administrator Platformy stwierdził, że „na skutek błędu developera eB2B tj. wgrania fragmentu nieskończonej modyfikacji weryfikującej format podpisu, doszło do uszkodzenia walidacji systemu skutkującego uniemożliwieniem złożenia oferty przez Wykonawcę Karabela.” Z powyższych informacji wynika, że doszło do uszkodzenia systemu, co należy na gruncie art. 91d ust. 1 ustawy Pzp zakwalifikować jako awarię systemu. Skutkowało to przerwaniem aukcji – skoro aukcja, zgodnie z przepisem art. 91c ust. 1 ustawy Pzp, polega na składaniu przez wykonawców kolejnych korzystniejszych postępień za pomocą formularza udostępnionego na stronie internetowej, a w zaistniałej sytuacji możliwość składania postępień została zablokowana. Jak natomiast wynika z wyjaśnień Administratora Platformy zawartych w piśmie z dnia 24 oraz 31 stycznia 2019 r. z punktu widzenia Odwołującego system działał poprawnie tylko dlatego, że nie podejmował on prób złożenia nowych postępień. Gdyby to uczynił, system zachowałby się tak samo, tj. uniemożliwiłby mu składanie nowych postępień. Za okoliczność niemającą jakiegokolwiek znaczenia należy uznać ukazanie się na ekranie Odwołującego komunikatu o zakończeniu aukcji, albowiem było to wynikiem nieprawidłowego działania Platformy.

Natomiast za zasadne zostały uznane przez skład orzekający Izby zarzuty dotyczące nieprawidłowego wyznaczenia terminu kontynuowania aukcji elektronicznej. Z dokumentacji Postępowania, a także stanowiska przedstawionego przez Zamawiającego na rozprawie wynika, że już 24 stycznia 2019 r. o godz. 14:13 został on poinformowany przez Administratora Platformy o zaistniałych nieprawidłowościach jak i fakcie ich usunięcia. Mając zatem na uwadze treść art. 91d ust. 1 ustawy Pzp nakazującego wyznaczenie terminu kontynuowania aukcji na następny po usunięciu awarii dzień roboczy, jak i zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wyrażone w przepisach art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę przejrzystości) Zamawiający powinien niezwłocznie, jeszcze tego samego dnia, poinformować wykonawców o wyznaczeniu terminu kontynuowania aukcji w dniu 25 stycznia 2019 r. Informacja w powyższym zakresie nie tylko nie została przekazana w dniu 24 stycznia 2019 r., lecz w dniu 25 stycznia 2019 r. miało to miejsce dopiero o godz. 10:24 (Odwołujący) – 10:28 (Wykonawca Karabela). Dodatkowo jedynie należy zauważyć, iż w toku postępowania odwoławczego Zamawiający nie przedstawił żadnego konkretnego uzasadnienia zaistniałego opóźnienia w przekazaniu wykonawcom informacji o terminie kontynuowania aukcji. Stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie skutkowało jednak uwzględnieniem odwołania. Zgodnie bowiem z przepisem 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. W ocenie składu orzekającego Izby ww. naruszenie nie miało istotnego wpływu na wynik Postępowania. Odwołujący wziął udział w kontynuacji aukcji i składał skuteczne postąpienia. Za bezzasadne należy uznać twierdzenia Odwołującego, iż zbyt późne poinformowanie go o terminie kontynuacji aukcji uniemożliwiło mu odpowiednie przygotowanie się, co miałyby polegać na przeprowadzeniu dodatkowych analiz w zakresie prognozy rentowności. Jest rzeczą oczywistą, iż takie analizy profesjonalny wykonawca wykonuje przed złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ewentualne dodatkowe analizy w przypadku przeprowadzania aukcji elektronicznej – przed rozpoczęciem tej aukcji. Aukcja rozpoczęła się w dniu 24 stycznia 2019 r. i już wtedy oferowane ceny mogły zostać obniżone do poziomu z dnia 25 stycznia 2019 r. Za niezrozumiałe należało uznać twierdzenia Odwołującego, iż również brak możliwości zweryfikowania poprawności działań podjętych przez Zamawiającego w związku z zaniechaniem przekazania mu przez ten podmiot szczegółowych informacji dotyczących nieprawidłowości w przebiegu aukcji w dniu 24 stycznia 2019 r. uniemożliwił mu skuteczne przygotowanie się do udziału w kontynuacji aukcji.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:.....

.....

.....