Sygn. akt KIO 1286/19

WYROK

z dnia 25 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] „JSK Architekci" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 18 02-092 [pełnomocnik], [2] T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Stanów Zjednoczonych 32 lok. U15, 04-036 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze", ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] AP-Tech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu, ul. Juliana Tuwima 15, 22-400 Zamość [pełnomocnik], [2] DIGIFORT Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Chłopickiego 17/19 lok. 40, 04-314 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1286/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] „JSK Architekci" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 18 02-092 [pełnomocnik], [2] T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Stanów Zjednoczonych 32 lok. U15, 04-036 Warszawa

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] „JSK Architekci" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 18 02-092 [pełnomocnik], [2] T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Stanów Zjednoczonych 32 lok. U15, 04-036 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) 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 1286/19

Uzasadnienie

Zamawiający Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wykonanie dokumentacji projektowej rozbudowy Terminala i Pirsu Południowego na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego (PFU) Nr ref.: 11/PN/ZP/TLLZP/19«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12.02.2019 r. pod nrem 2019/S 03-068383.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną 26.06.2019 r.

08.07.2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegając się o udzielenia zamówienia [1] „JSK Architekci” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 18 02-092 [pełnomocnik], [2] T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Stanów Zjednoczonych 32 lok. U15, 04-036 Warszawa (dalej - odwołujący), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 3 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na nieprawidłowe, to jest niezgodne z przepisami Pzp i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej - „SIWZ”) prowadzenie aukcji elektronicznej, w szczególności na zaniechanie zamknięcia aukcji elektronicznej w terminach wskazanych w SIWZ i kontynuowaniu aukcji elektronicznej pomimo tego, że zgodnie z SIWZ i Pzp powinna zostać zakończona, a oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą oraz na przyjęciu, że najkorzystniejsza oferta złożona została przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] AP-Tech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu, ul. Juliana Tuwima 15, 22-400 Zamość [pełnomocnik], [2] DIGIFORT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Chłopickiego 17/19 lok. 40, 04-314 Warszawa (dalej - wykonawca A).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 91 b ust. 2 Pzp oraz pkt XVI SIWZ przez przeprowadzenie aukcji elektronicznej niezgodnie z regułami opisanymi w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej oraz SIWZ, w szczególności przez zaniechanie zakończenia aukcji elektronicznej pomimo upływu 15 minut bezczynności, co uniemożliwiło odwołującemu uzyskanie zamówienia w ramach prowadzonej aukcji elektronicznej;

2) art. 91c Pzp w zw. z art. 91b ust. 2 pkt 4 Pzp oraz pkt XVI SIWZ przez umożliwienie i bezzasadne tolerowanie składania kolejnych postąpień pomimo upływu wskazanego w zaproszeniu do udziału aukcji elektronicznej terminu 15 minut bezczynności oraz umożliwienie i bezzasadne tolerowanie składania przez innych niż odwołujący wykonawców kolejnych ofert nie będących postąpieniami w rozumieniu przepisów Pzp, a następnie przyjęcie, że najkorzystniejsza oferta złożona została przez wykonawcę A;

3) art. 7 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców polegające na dopuszczeniu do składania przez innych niż odwołujący wykonawców kolejnych ofert w sposób niezgodny z SIWZ i Pzp (to jest niebędących postąpieniami w rozumieniu Pzp), w szczególności dopuszczenie do, niezgodnego z SIWZ i postanowieniami zaproszenia do aukcji, składania ofert, po upływie czasu, w którym aukcja elektroniczna powinna zostać zamknięta oraz przyjęciu, że najkorzystniejsza oferta złożona została przez wykonawcę A, mimo że taki wynik naruszał zasady aukcji elektronicznej ustalone uprzednio przez zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1) uchylenie czynności polegającej na zamknięciu aukcji elektronicznej 26.06.2019 r. o godzinie 20:08:19 i uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawcę A oraz uznanie, że aukcja została zakończona w 26.06.2019 r. o godzinie 18:27:18, a oferta odwołującego złożona 26.06.2019 r. o 18:12:18 jest ofertą najkorzystniejszą

- alternatywnie

2) w przypadku nieprzychylenia się przez Izbę do wniosku nr 1, odwołujący wniósł nakazanie unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej 26.06.2019 r. i powtórzenia aukcji elektronicznej w całości, zgodnie z przepisami Pzp i SIWZ;

3) ponadto odwołujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

a) dowodu z przesłuchania w charakterze strony wiceprezesa zarządu odwołującego, p. M. R., na okoliczność przebiegu aukcji elektronicznej 26.06.2019 r., w szczególności umożliwienia wykonawcy A i bezzasadnego

tolerowania składania przez tego wykonawcę kolejnych ofert pomimo upływu wskazanego w zaproszeniu do udziału aukcji elektronicznej terminu 15 minut bezczynności (wezwanie na adres odwołującego),

b) dowodu z dokumentów wskazanych w odwołaniu na przywołane okoliczności.

Argumentacja odwołującego

A. Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp we wniesieniu przedmiotowego odwołania, bowiem może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu. Jednakże z powodu dokonania przez zamawiającego niezgodnych z prawem czynności w toku prowadzonej aukcji elektronicznej, odwołujący może utracić możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

B. Odwołujący uzyskał wiadomość o czynnościach zamawiającego stanowiących przedmiot odwołania 26.04.2019 r., to jest w toku aukcji elektronicznej, a następnie z informacji o wynikach aukcji udostępnionej na portalu aukcyjnym.

Stan faktyczny

1. SIWZ została, w szczególności, zmodyfikowana pismem zamawiającego z 1.03.2019 r.

2. Odwołujący 4.04.2019 r. złożył ofertę.

3. Zamawiający wskazał w pkt XVI. 1 SIWZ, że zamawiający przewidział, po upływie terminu złożenia ofert, przeprowadzenie jednoetapowej aukcji elektronicznej, jeżeli zostaną złożone, co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu.

4. W pkt XVI SIWZ zamawiający opisał wszelkie wymogi techniczne związane ze składaniem kolejnych postąpień z wykorzystaniem podpisu elektronicznego.

5. Kryterium, które podlegać miało aukcji elektronicznej, to kryterium ceny, będące jednym z kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ. Formuły matematyczne, które miały zostać wykorzystane w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawionych nowych cen zostały określone w pkt XV SIWZ. Jak wskazano w pkt XVI.9 SIWZ, złożone przez wykonawców oferty miały zostać wprowadzone do systemu przez zamawiającego jako oferty wyjściowe, które mogą być „poprawiane" przez każdego wykonawcę przez składania kolejnych postąpień. Postąpienia składane w toku aukcji elektronicznej podlegać miały automatycznej ocenie i klasyfikacji, zgodnie ze wzorem określonym w SIWZ. Kwestia zamknięcia aukcji miała natomiast zostać określona w zaproszeniu do udziału w aukcji.

6. Zgodnie z pkt XVI. 10 SIWZ w toku aukcji elektronicznej wykonawcy mieli składać oferty elektroniczne. System wskazywać miał przewidywaną punktację, jaką uzyskiwała oferta po wprowadzonych zmianach.

7. Zgodnie z pkt XVI.11 SIWZ aukcja odbywać się miała według reguły zniżkowej

licytacji dynamicznej. Podkreślono jednocześnie, że postąpienie nie ogranicza się do jednej czynności - złożenia podpisu elektronicznego, ale stanowi ciąg czynności polegających m.in.

na otwarciu okna podpisu, wprowadzenie ciągu znaków i akceptacji wprowadzonych danych, co wymaga odpowiedniego czasu.

8. Jak wskazano w pkt XVI.14 SIWZ, zamawiający po zamknięciu aukcji wybiera najkorzystniejszą ofertę w oparciu o kryteria oceny ofert wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej.

9. Termin aukcji elektronicznej ulegał wielokrotnym przesunięciom. Ostatecznie 17.06.2019 r. zamawiający zaprosił wykonawców, w tym odwołującego, do udziału w aukcji elektronicznej. Termin otwarcia aukcji wyznaczony został na 26.06.2019 r., na 11:00.

10. W zaproszeniu do aukcji elektronicznej wskazano, że aukcja zostanie zamknięta po 15 minutach bezczynności.

11. Jednocześnie odwołujący poinformowany został, że jego oferta jest aktualnie na pozycji drugiej, zwartością punktową równą: 91.0771392405.

Dowód: e-mail zamawiającego do odwołującego z zaproszeniem do udziału w aukcji

12. Aukcja elektroniczna rozpoczęła się 26.06.2019 r. o 11:00:00 i trwała do 20:08:19 tego samego dnia.

13. Odwołujący brał czynny udział w aukcji.

14. W toku aukcji co najmniej dwukrotnie miała miejsce sytuacja, w której oferta odwołującego pozostawała ofertą najkorzystniejszą, nie przebitą przez żadne kolejne postąpienie przez okres co najmniej 15 minut.

15. Oferta złożona przez odwołującego o 18:12:18 przez okres 15 minut i 55 sekund pozostawała na pozycji nr 1 „nieprzebita" przez inną ofertę.

Dowód: wydruki zrzutu obrazu - informacja z godzin 18:28:13.

16. Następnie oferta odwołującego złożona o 19:31:39 przez okres 20 minut i 8 sekund pozostawała na pozycji nr 1 „nieprzebita" przez inną ofertę.

Dowód: wydruki zrzutu obrazu - Informacja z godziny 19:51:31

17. Zgodnie z zasadami aukcji ustalonymi przez zamawiającego w SIWZ oraz zaproszeniu do aukcji, aukcja powinna zostać zakończona o 18:27:18, a oferta odwołującego złożona o 18:12:18 powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

18. Jednak pomimo tego, że nawet dwukrotnie żaden z pozostałych wykonawców nie złożył skutecznie postąpienia w aukcji w okresie 15 minut od złożenia najkorzystniejszej oferty przez odwołującego (a zatem oferty, która byłaby niższa od najkorzystniejszej w danym momencie oferty odwołującego i jednocześnie niższa od poprzedniej oferty danego wykonawcy o minimalną wartość postąpienia), aukcja nie uległa zakończeniu.

19. Odwołujący kontynuował więc licytację, do momentu, do którego obniżanie ceny miało w jego ocenie uzasadnienie ekonomiczne. Ostatecznie zmuszony był zaprzestać dokonywania kolejnych postąpień i ukończył aukcję na miejscu drugim.

20. Po zakończeniu aukcji na platformie aukcyjnej pojawiła się informacja potwierdzająca, że pierwsze miejsce w aukcji zajął jeden z pozostałych wykonawców, wykonawca A.

Dowód: wydruki zrzutu obrazu - informacja z portalu aukcyjnego o wyniku aukcji, rankingu ofert po zakończeniu aukcji, a także szczegółach oferty odwołującego i uznanej za najkorzystniejsza oferty wykonawcy A.

21. Taki sposób prowadzenia aukcji narusza postanowienia SIWZ oraz przepisy Pzp.

Uzasadnienie prawne

22. Zgodnie z art. 91 b Pzp zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, informując jednocześnie w tym zaproszeniu wykonawców o pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera

ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

23. Odwołujący przytoczył wyrok KIO z 5 listopada 2015 r., sygn. KIO 2275/15 i wyrok KIO z 12 lipca 2013 r., sygn. KIO 1535/13.

24. Zgodnie z art. 91c ust. 1 Pzp, 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. Konsekwentnie, SIWZ mówi w pkt XVI o składaniu ofert rozumianych jako postąpienia.

25. Jak wskazuje doktryna, „postąpienie, które nie powoduje, że oferta składającego postąpienie staje się korzystniejsza od oferty najkorzystniejszej w chwili składania postąpienia, nie może być przyjęte. Oznacza to np., że wyrównanie warunków własnej oferty do zaoferowanych wcześniej przez innego wykonawcę nie jest postąpieniem korzystniejszym i jako takie jest niezgodne z przepisem. Tym samym jest obarczone sankcją nieważności jako czynność prawna sprzeczna z prawem" (W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz). Innymi słowy postąpienie, by wywoływać skutek jako czynność prawna musi być ofertą, która jest niższa od poprzedniej oferty danego wykonawcy o co najmniej minimalną wartość postąpienia wskazaną w SIWZ i zasadach aukcji, ale jednocześnie i przede wszystkim niższa od oferty najkorzystniejszej w danym momencie złożonej przez innego wykonawcę.

26. Konsekwentnie, na gruncie przepisów Pzp oferta, która nie jest postąpieniem (nie jest korzystniejsza od oferty najkorzystniejszej w danym momencie złożonej przez innego wykonawcę), nie powinna być dopuszczana przez platformę aukcyjną i powinna być traktowana jako czynność nieważna (nie powodująca skutków).

27. W postępowaniu moment zakończenia aukcji określony został w zaproszeniu do udziału w aukcji. Wskazano tam, że: „Aukcja zostanie zamknięta po 15 minutach bezczynności".

28. Skoro zgodnie z Pzp aktywnością w ramach aukcji elektronicznej jest składanie postąpień, czynności nie będące postąpieniem, nie są aktywnością, a wręcz nie powinny w ogóle być możliwe - jeśli zaś zostały dopuszczone przez platformę aukcyjną, są czynnościami nieważnymi. W braku skutecznych postąpień w okresie wskazanym w zaproszeniu do aukcji, aukcja powinna zostać zakończona po upływie wskazanego terminu (to jest 15 minut).

29. Wynika to także z art. 91 e Pzp, zgodnie z którym zamawiający zamyka aukcję elektroniczną: (i) w terminie określonym w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej; (ii) jeżeli w ustalonym terminie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia; (iii) po zakończeniu ostatniego, ustalonego etapu. Przepis ten również wskazuje, że bezczynność musi być rozumiana jako brak skutecznych postąpień.

30. Art. 91e Pzp stanowi transpozycję art. 35 ust. 8 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym: „instytucje zamawiające zamykają aukcję elektroniczną w jeden lub więcej z następujących sposobów: (i) zgodnie z wcześniej określoną datą i godziną; (ii) w przypadku gdy nie otrzymają żadnych nowych cen lub nowych wartości spełniających wymagania dotyczące minimalnej wysokości postąpień. pod warunkiem że określiły wcześniej dopuszczalny czas, jaki może upłynąć od otrzymania ostatniej propozycji do zamknięcia aukcji elektronicznej; (iii) w przypadku przeprowadzenia wcześniej określonej liczby etapów aukcji" (I. Skubiszak-Kalinowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz).

31. Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanego postępowania oznacza to, że aukcja elektroniczna powinna być zamknięta, jeśli w ciągu 15 minut nie zostanie złożone postąpienie, to jest nie zostanie złożona nowa oferta cenowa korzystniejsza od najkorzystniejszej w danym momencie oferty innego wykonawcy. Każda inna interpretacja pojęcia „bezczynności" będzie wykładnią contra legem, sprzeczną z przepisami Pzp.

32. Odwołujący przytoczył wyrok KIO z 4 lutego 2011 r., sygn. KIO 161/11.

33. Jest oczywiste, że aukcja powinna zostać zakończona o 18:27:18, a oferta odwołującego złożona o godzinie 18:12:18 powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Kontynuowanie aukcji po godzinie 18:27:18 należy zaś uznać za naruszające reguły aukcji ustalone przez zamawiającego, SIWZ i przepisy Pzp.

34. 35. Odwołujący przytoczył wyrok KIO 25 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2427/11 i wyrok KIO z 9 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 181/11

36. Zamawiający powinien zatem przyjąć, że w okresie pomiędzy 18:12:18 a 18:27:18 nie zostało zgłoszone żadne postąpienie, a zatem aukcję należało zamknąć o 18:27:18, zaś

za najkorzystniejszą ofertę uznać ofertę odwołującego. Wszelkie późniejsze zdarzenia, które wynikają z niezgodnego z Pzp i SIWZ zachowania platformy aukcyjnej, zamawiający powinien pominąć, bo dalsze prowadzenie aukcji należy uznać za naruszające tak przepisy Pzp jak i zasad aukcji elektronicznej ustalonych przez samego zamawiającego. Taka interpretacja jest tym bardziej uzasadniona, że w toku prowadzonej aukcji każdy uczestnik znajdujący się na pozycji niższej niż pierwsza otrzymywał precyzyjną informację o swojej pozycji w rankingu, o liczbie punktów potrzebnych mu aby wyjść na pozycję pierwszą oraz podpowiedź dotyczącą kwoty, jaką musiałby zaoferować, aby przebić ofertę w danej chwili najkorzystniejszą.

Dowód: wydruki zrzutu obrazu - informacja z 19:54:58 pokazująca informacje, jakimi dysponował uczestnik aukcji elektronicznej.

37. Tym samym nie powinno stanowić problemu dla profesjonalnego wykonawcy (i nie stanowiło dla odwołującego) złożenie w ciągu 15 minut kolejnej oferty będącej postąpieniem w rozumieniu Pzp, to jest oferty korzystniejszej od oferty najwyżej ocenianej z uwagi na kryterium ceny w danym momencie aukcji.

38. Sytuacja, w której aukcja kontynuowana była po 18:27:18, a ostatecznym zwycięzcą aukcji zostaje uznany wykonawca A stanowi to również przejaw naruszenia zasady równego traktowania uczestników postępowania, ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Nic bowiem nie stało na przeszkodzie, aby pomiędzy 18:12:18 a 18:27:18 inni wykonawcy złożyli skuteczne postąpienie, to znaczy niższe od najkorzystniejszej w tym czasie oferty odwołującego. Dysponowali oni bowiem informacjami o minimalnej wartości niezbędnego skutecznego postąpienia.

39. Dopuszczenie do składania ofert, które nie są postąpieniami (będących korzystniejszymi jedynie od poprzedniej oferty danego wykonawcy, lecz nie będących korzystniejszymi od oferty najkorzystniejszej w danym momencie), oraz następnie uznanie tak składanych ofert za najkorzystniejsze, jest sprzeczne z przepisami Pzp i regułami prowadzenia aukcji czy licytacji w ogóle. Jednocześnie, przy dużej rozbieżności między wartością zamówienia (44.280.000 PLN), a minimalną wymaganą różnicą w stosunku do własnej wcześniejszej oferty (50.000 PLN) takie działania umożliwiają przedłużanie aukcji o nieproporcjonalnie długi i niezasadny czas, co również sprzeczne jest z ideą aukcji i jej celem oraz istotą. Pobrany z portalu aukcyjnego wydruk historii przebiegu aukcji wskazuje wyraźnie tymczasem, że po złożeniu przez odwołującego ofert, o których mowa w pkt 15 i 16 odwołania powyżej inny wykonawca składał oferty nie będące postąpieniami w rozumieniu SIWZ i Pzp, to jest oferty nie będące korzystniejszymi od najkorzystniejszej w danym momencie oferty odwołującego, a pomimo tego, to jest braku skutecznego postąpienia, a więc bezczynności wykonawców, aukcja nie została zakończona z upływem 15 minut od chwili złożenia najkorzystniejszej oferty przez odwołującego, a ulegała przedłużeniu o kolejne minuty.

Dowód: wydruki historii aukcji elektronicznej
zeznania strony (p. M. R.)

40. Żądanie dokonania ponownej oceny przebiegu aukcji i dokonanie wyboru oferty odwołującego złożonej o 18:12:18 jest uzasadnione. Brak jest przeszkód dla powtórnej oceny wyników i przebiegu aukcji przez zamawiającego i podjęcia przez zamawiającego czynności, o których nakazanie zamawiającemu odwołujący wnosi. Dokonanie takich czynności w przedstawionym w odwołaniu stanie faktycznym i prawnym jest wręcz obowiązkiem odwołującego. Jak wskazano w wyroku KIO z 7 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 138/12 »okoliczności ujawnione w toku aukcji mogą przesądzać o konieczności przeprowadzenia dodatkowych czynności, które w konsekwencji mogą doprowadzić do odmiennego wyniku postępowania, o którym zamawiający powinien poinformować wykonawców stosownie do treści art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp. Dokonanie określonych czynności po zakończeniu aukcji elektronicznej może zatem doprowadzić do ustalenia odmiennego wyniku postępowania niż wynik uzyskany wskutek przeprowadzenia aukcji'.

41. Co do alternatywnego żądania unieważnienia aukcji, wskazać należy, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO błędy po stronie zamawiającego, jak i w funkcjonowaniu samej platformy aukcyjnej, mogą być co najmniej przesłanką unieważnienia aukcji. „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" (wyrok KIO z 25 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2427/11). „Podejmowanie decyzji o powtórzeniu czynności aukcji elektronicznej z uwagi na wadliwość jej przebiegu może nastąpić tylko w sytuacji, gdy zamawiający nie wykonał swych obowiązków określonych w art. 91 c Pzp. 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" wyrok KIO z 25 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2427/11). Bez wątpienia takim zdarzeniem jest kontynuowanie aukcji elektronicznej pomimo upływu okresu bezczynności wskazanego w zaproszeniu do udziału w aukcji w sposób sprzeczny z SIWZ i Pzp.

42. Odwołanie wnoszone jest w terminie. Jak wskazano w wyroku KIO z 7 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 138/12: „moment przeprowadzenia aukcji elektronicznej można uznać za początek biegu terminu na wniesienie środka ochrony prawnej jedynie w przypadku, gdy jej przebieg jest niezgodny z warunkami określonymi przez zamawiającego", co w rozpoznawanym przypadku ma miejsce.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 8.07.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 9.07.2019 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

11.07.2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] AP-Tech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu, ul. Juliana Tuwima 15, 22-400 Zamość [pełnomocnik], [2] DIGIFORT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Chłopickiego 17/19 lok. 40, 04-314 Warszawa złożyli Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowód złożony na rozprawie przez zamawiającego:

A) stanowisko Biura Organizacyjno-Finansowego UZP z 16.07.2019 r. na wykazanie prawidłowości przeprowadzenia aukcji przez zamawiającego.

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia art. 91 b ust. 2 Pzp oraz pkt XVI SIWZ - przez przeprowadzenie aukcji elektronicznej niezgodnie z regułami opisanymi w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej oraz SIWZ, w szczególności przez zaniechanie

zakończenia aukcji elektronicznej pomimo upływu 15 minut bezczynności, co uniemożliwiło odwołującemu uzyskanie zamówienia w ramach prowadzonej aukcji elektronicznej - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający w pkt XVI SIWZ przewidział przeprowadzenie jednoetapowej aukcji elektronicznej na zasadach określonych w art. 91a-91e Pzp. Nie jest sporne między stronami, że zakończenie aukcji miało nastąpić po 15 minutowej bezczynności na Platformie Aukcji Elektronicznych (braku postąpienia). Zamawiający dopuścił zgłaszanie nowych postanowień o minimalną kwotę 50 000 zł. Ale zamawiający rozumiał postąpienie jako każde zgłoszenie nowej ceny mniejszej niż 50 000 zł przez któregokolwiek uczestnika aukcji, natomiast odwołujący rozumiał postąpienie jako każde zgłoszenie nowej ceny mniejszej niż 50 000 zł przez któregokolwiek uczestnika aukcji, które to zgłoszenie wywoływało zmianę na pozycji najkorzystniejszej oferty.

Jednak odwołujący nie potrafił dowieść z jakiego postanowienia SIWZ, PFU czy zaproszenia do aukcji sformułowanych przez zamawiającego lub ogólnego przepisu prawa czy uregulowania regulaminu aukcji wynika takie rozumienie postąpienia. Odwołujący podkreślił na rozprawie, że cyt. »Istotą aukcji są kolejne postąpienia wysuwające postępującego na czoło. Inaczej, to organizator aukcji powinien podkreślić w swoich postanowieniach SIWZ czy w zaproszeniach«.

Także odwołujący podkreślił, że wątpliwości należy w postępowaniu zamówieniowym interpretować na korzyść wykonawcy.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wziął pod uwagę, że w postępowaniu zamówieniowym liczy się nie tylko zajęcie pierwszego miejsca w rankingu ofert, ale również kolejnych miejsc, co może mieć znaczenie choćby w przepadku wystąpienia w ostatniej chwili konieczności odrzucenia oferty dotychczas uważanej za najkorzystniejszą. Choćby dlatego istoty aukcji nie można rozumieć, jak to sugeruje odwołujący, że zacieśnia się ona tylko do postąpień zmieniających uplasowanie ofert na pozycji prowadzącej. Izba stwierdza, że istota aukcji rozciąga się na wszystkie postąpienia, nawet te, które nie przynoszą zmian w rankingu ofert, gdyż po zakończeniu postępowania do tak zadeklarowanej ceny będzie mógł się odnosić zamawiający i wymagać zawarcia umowy na takich właśnie warunkach cenowych. Ponadto Izba musi zauważyć, że dodatek w rozumieniu pojęcia »postąpienia« o człon »zgłoszenie wywoływało zmianę na pozycji najkorzystniejszej oferty« nie może się ostać, gdyż był wysunięty po terminie składania ofert czy przeprowadzenia aukcji, a tego typu doprecyzowania mogą mieć znaczenie tylko wtedy, gdy znajdą się w SIWZ przed upływem tego terminu, co wynika z art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp, które brzmi »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Z przepisu tego wynika, że po upływie tego terminu nie mogą być wprowadzane zmiany do postanowień zamawiającego.

Dodatkowo Izba wskazuje, że odwołujący widział na swoim monitorze ruchy drugiego wykonawcy [przystępującego], co odwołujący potwierdził na posiedzeniu, gdyż zmieniała się jego globalna punktacja, chociaż nie zmieniało się jego miejsce w ogólnym rankingu ofert. Dlatego odwołujący widząc zmiany w aukcji nie powinien stwierdzać »bezczynności« prowadzącej po zadeklarowanych przez zamawiającego 15 minutach do zakończenia aukcji.

Ponadto z dowodu A wynika, że w żadnym przypadku przerwa między poszczególnymi postąpieniami nie przekroczyła 15 minut, do prowadziłoby do zakończenia aukcji, cyt. »W przypadku sytuacji, która została przedstawiona w odwołaniu, tj. postąpienia złożonego przez odwołującego się wykonawcę o godzinie 18:12:: 18 system zarejestrował kolejne postąpienia innych wykonawców w okresach krótszych niż 15 minut - następne postąpienia złożone po godzinie 18:12::18 miało miejsce o godzinnie 18:16::24 czyli po 4 minutach i 6 sekundach«. Zamawiający nie przedstawił dowodu na drugi kwestionowany okres - po godz. 19:00, ale z analogii (oraz zauważenia przez odwołującego ruchu na swoim monitorze, o czym było wyżej) można wywieść również, że okres bezczynności nie sięgał granicznych 15 minut.

Ponadto dowody poszczególne zrzuty ekranu przedstawione przez odwołującego nie wniosły do obrazu sprawy nic nowego, gdyż nie okazały możliwości innego rozumienia pojęć »postąpienie i bezczynność« niż wykazywał to zamawiający.

Ogólnie Izba stwierdza, że w trakcie postępowania nie było przerw w postąpieniach wykonawców, czyli »bezczynności« dłuższej niż 15 minut, a dopiero taka bezczynność wystąpiła na zakończenie aukcji. Samo rozumienie pojęcia »postąpienie« przez odwołującego nie może wpłynąć na wynik postępowania, bo rozumienie to nie wynika z żadnego aktu mającego w postępowaniu normatywny charakter, a tylko wynika z odczuć odwołującego.

W związku z tym Izba nie może uwzględnić pierwszego zarzutu odwołującego.

W ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 91 c Pzp w zw. z art. 91 b ust. 2 pkt 4 Pzp oraz pkt XVI SIWZ - przez umożliwienie i bezzasadne tolerowanie składania kolejnych postąpień pomimo upływu wskazanego w zaproszeniu do udziału aukcji elektronicznej terminu 15 minut bezczynności oraz umożliwienie i bezzasadne tolerowanie składania przez innych niż odwołujący wykonawców kolejnych ofert nie będących postąpieniami w rozumieniu przepisów Pzp, a następnie przyjęcie, że najkorzystniejsza oferta złożona została przez wykonawcę A - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, jak wynika z uzasadnienia oddalenia zarzutu pierwszego, że zamawiający nie tolerował dłuższych niż 15 minut przerw między składaniem poszczególnych postąpień [»bezczynności] zamawiający i nie umożliwiał po takim okresie składania kolejnych postąpień, a odwołujący posiadał mylne wrażenie o znaczeniu postąpienia tylko jako postąpieniu mającym zmieniającym pierwsze miejsce w rankingu ofert, gdy zamawiający uwarunkował w swoich dokumentach, że postąpieniem będzie każde postąpienie mające wartość większą niż 50 000 zł.

Izba nie może przychylić się do stanowiska odwołującego dotyczącego zawężenia i zmienienia pojęcia »postąpienia« po upływie terminu przeprowadzenia aukcji i w związku z tym Izba nie może stwierdzić naruszenia art. 91 c Pzp w zw. z art. 91 b ust. 2 pkt 4 Pzp oraz pkt XVI SIWZ.

W ocenie Izby zarzut trzeci naruszenia art. 7 Pzp - przez nierówne traktowanie wykonawców polegające na dopuszczeniu do składania przez innych niż odwołujący wykonawców kolejnych ofert w sposób niezgodny z SIWZ i Pzp (to jest niebędących postąpieniami w rozumieniu Pzp), w szczególności dopuszczenie do, niezgodnego z SIWZ i postanowieniami zaproszenia do aukcji, składania ofert, po upływie czasu, w którym aukcja elektroniczna powinna zostać zamknięta oraz przyjęciu, że najkorzystniejsza oferta złożona została przez wykonawcę A, mimo że taki wynik naruszał zasady aukcji elektronicznej ustalone uprzednio przez zamawiającego - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał niezgodności pojęcia »postąpienia« przyjętego przez zamawiającego z przepisami ustawy Pzp oraz w sposób niezgodny z SIWZ. Izba podkreśla, że w aukcji obowiązywał reguła zamawiającego określenia postąpienia, jako każdego postąpienia mającego wartość wyższą niż 50 000 zł. Dlatego aukcja nie była kończona po każdej przerwie wynoszącej więcej niż 15 minut pomiędzy dwoma postąpieniami zmieniającymi kolejność na pierwszym miejscu w rankingu ofert, ale została zakończona dopiero po 15-minutowej przerwie między złożeniem dwóch jakichkolwiek postąpień mających wartość większą niż 50 000 zł.

Dlatego Izba nie może uwzględnić również trzeciego zarzutu naruszenia art. 7 Pzp.

Wobec tego Izba nie mogła się przychylić do zarzutu

Zamawiający - podczas prowadzenia postępowania - nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia

Przewodniczący: .....