

WYROK

z dnia 27 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 22 i 23 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2020 r. przez wykonawcę Budimex Budownictwo Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa

przy udziale wykonawcy MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Przedsiębiorstwu Państwowemu

„Porty Lotnicze” unieważnienie aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 2 stycznia 2020 r. w postępowaniu pod nazwą „Wykonanie w formule projektuj i wybuduj budynku Terminala na terenie lotniska Radom-Sadków wraz z wyposażeniem i uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie”,

2. Kosztami postępowania obciąża MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Budimex Budownictwo Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice na rzecz Budimex Budownictwo Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie w formule projektuj i wybuduj budynku Terminala na terenie lotniska Radom-Sadków, wraz z wyposażeniem i uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 października 2019 r. pod pozycją 2019/S 191-465012.

W dniu 13 stycznia 2020 r. wykonawca Budimex Budownictwo Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań dokonanych przez Zamawiającego polegających na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w dniu 2 stycznia 2020 r. w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) i Instrukcji obsługi aukcji w Portalu e-usługi SmartPZP (dalej: „Instrukcja”), a w konsekwencji zaniechaniu unieważnienia przeprowadzonej aukcji i jej ponownego przeprowadzenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 91c ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem XVI ust. 5 SIWZ w zw. z pkt 3 Instrukcji poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w postępowaniu w sposób, który nie gwarantował przekazywania na bieżąco każdemu wykonawcy informacji o aktualnej pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty, co skutkowało wprowadzeniem Odwołującego w błąd w zakresie pozycji jego oferty oraz aktualnego przebiegu aukcji, tym samym uniemożliwiło Odwołującemu aktywny udział w aukcji i skuteczne złożenie kolejnego postąpienia;

2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 10b ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości przejawiające się w braku zapewnienia niedyskryminacyjnych narzędzi i urządzeń środków komunikacji elektronicznej.

Odwołujący wskazał, że w ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający zastrzegł możliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, wybierając opcje aukcji dynamicznej. Jej warunki zostały określone w SIWZ w Rozdziale XVI. W Rozdziale XI ust. 7 SIWZ Zamawiający określił niezbędne wymagania sprzętowo - aplikacyjne dla wykonawcy umożliwiające pracę na Platformie SmartPZP, za pośrednictwem której miała zostać przeprowadzona aukcja. Wymagania te powtórzone zostały w dokumencie pn. „Instrukcja obsługi portalu e-usług SmartPZP” udostępnionym na portalu aukcyjnym SmartPZP, uzupełniającym je o wymagania dotyczące zainstalowania dodatku „Szafir” oraz oprogramowania zewnętrznego dostawcy podpisu elektronicznego.

Odwołujący stwierdził, że spełnił wszystkie wymagania w zakresie wykorzystywanego sprzętu elektronicznego i wymaganych rozwiązań, zabezpieczając wymagany sprzęt do udziału w aukcji elektronicznej przy udziale i wsparciu wewnętrznych specjalistów ds. IT. Na tak przygotowanym sprzęcie Odwołujący brał udział w przewidzianych przez Zamawiającego aukcjach testowych w dniach 16 i 17 grudnia 2019 r. oraz w unieważnionej na skutek usterki technicznej po stronie Platformy Aukcyjnej, aukcji w dniu 18 grudnia 2019 r. Odwołujący zaznaczył, że uczestnictwo w ww. aukcjach pozytywnie zweryfikowało prawidłowość przygotowania sprzętowego po stronie Odwołującego. Tożsamy sprzęt, o tożsamej konfiguracji wykorzystany został przez Odwołującego również w toku aukcji w dniu 2 stycznia 2020 r.

Jak podał Odwołujący, w przeprowadzonej w dniu 2 stycznia 2020 r. aukcji wzięli udział wszyscy zaproszeni wykonawcy, tj. Mirbud S.A., Budimex Budownictwo Sp. z o.o. oraz Hochtief Polska S.A., z cenami wyjściowymi odpowiednio 297.000.000 zł brutto, 396.376.545,42 zł brutto oraz 412.801.707,12 zł brutto. Odwołujący w toku aukcji dokonał

łącznie 16 skutecznych postąpień, zarejestrowanych w sposób prawidłowy na Platformie Aukcyjnej. Powyższe dowodzi, jak stwierdził Odwołujący, że przygotowanie sprzętowo - sieciowe po stronie Odwołującego było prawidłowe i umożliwiało aktywność na stronie Platformy Aukcyjnej, spełniając wszystkie jej wymagania dotyczące parametrów i konfiguracji sprzętu.

Odwołujący wskazał, że o godzinie 11:34:25 Odwołujący złożył ostatnie postąpienie i określił wartość swojej oferty na 296.951.545,42 złotych. Na skutek tego postąpienia na stronie aukcji elektronicznej Odwołującemu wyświetlił się aktualny ranking, w którym jego oferta była sklasyfikowana jako najkorzystniejsza. Jednocześnie, strona aukcyjna po dokonanych postąpieniu przekazywała następujące informacje:

- pozostały czas do zakończenia aukcji (komunikat „pozostało”): 09:51;

określenie godziny zakończenia aukcji (komunikat „Koniec”): 2020-01-02 11:44:25.

Odwołujący nie zaprzestał kontrolowania dalszego przebiegu aukcji, jednak aż do jej zakończenia komunikaty przekazywane przez Platformę Aukcyjną dotyczące pozycji oferty Odwołującego i czasu zakończenia aukcji nie ulegały zmianie, tj. Odwołującemu przekazywane były komunikaty, zgodnie z którymi jego oferta pozostawała sklasyfikowana na pierwszym miejscu rankingu (z sumą przyznanych 100,00 punktów), czas zakończenia aukcji konsekwentnie określany był na godzinę 11:44:25. Powyższe komunikaty nie uległy zmianie także po kliknięciu komendy „przedłuż sesję”, które to nastąpiło o godzinie 11:43.

Odwołujący podał, że po godzinie 11:44:25 Platforma Aukcyjna jako pozostały czas do zakończenia aukcji wyświetlała komunikat 00:00, jako zwycięską ofertę określając Budimex Budownictwo Sp. z o.o. Odwołujący w celu wyeliminowania wątpliwości pozostawał aktywny w oknie Platformy jeszcze przez kilka minut, po czym dokonał wylogowania z Platformy aukcyjnej. W ocenie Odwołującego, na podstawie wszystkich ww. komunikatów wyświetlanych na stronie Platformy Aukcyjnej Odwołujący miał prawo wnioskować, że aukcja zakończyła się o godz. 11:44:25 i uzyskał on 1 klasyfikację w ramach rankingu ofert.

Późniejsze zalogowanie do Platformy Aukcyjnej, dokonane w celu uzyskania raportu z aukcji potwierdzającego wygraną Odwołującego, wbrew wszystkim w komunikatom określało, że Odwołujący został sklasyfikowany na drugim miejscu (z sumą punktów 99,99). Jako czas zakończenia aukcji podano natomiast godzinę 11:50:21.

Odwołujący podniósł, że z uwagi na brak wyświetlenia informacji wskazującej na dokonanie jakiegokolwiek postąpienia przez innych uczestników aukcji po ostatnim postąpieniu dokonany przez Odwołującego o godzinie 11:34:25, Odwołujący nie dokonywał dalszych postąpień, czekając na ewentualny „ruch” przeciwników, dochowując przy tym należytej staranności w postaci nieustannego kontrolowania karty aukcji elektronicznej. Takiego „ruchu” ze strony innych uczestników aukcji jednak nie odnotowano aż do czasu jej zakończenia. W konsekwencji, po uzyskaniu zgoda odmiennego komunikatu w postaci informacji z godziny 11:55, Odwołujący o omawianej nieprawidłowości w działaniu Platformy Aukcyjnej poinformował pracowników Platformy Aukcyjnej w drodze rozmowy telefonicznej z godz. 12:04 (opisującej szczegółowo widok aukcji wyświetlany na stronie aukcyjnej Odwołującemu), dokonując również zgłoszenia nieprawidłowości drogą elektroniczną bezpośrednio do Platformy Aukcyjnej. Ponadto, tożsame zgłoszenie, w postaci pisma z dnia 2 stycznia 2020 r. przekazane zostało Zamawiającemu, z wnioskiem o ponowne przeprowadzenie aukcji. Uzupełniając powyższe zgłoszenia, Odwołujący w dniu 3 stycznia 2020 r. przekazał do Platformy oraz Zamawiającego zrzuty ekranu z dokonanego nagrania aukcji elektronicznej, obrazujące status aukcji wyświetlany Odwołującemu na stronie Platformy Aukcyjnej w dniu jej przeprowadzenia.

Odwołujący poinformował, że w odpowiedzi na powyższe zgłoszenie, Platforma Aukcyjna w dniu 3 stycznia 2020 r. przekazała mailowo Odwołującemu swoje stanowisko w sprawie, wskazując, że:

„Nie odnotowaliśmy żadnych nieprawidłowości w działaniu platformy dnia 02.01.2020. Wszystkie aukcje, które były przeprowadzone na Platformie Aukcyjnej przebiegały bez zastrzeżeń i prawidłowo. We wspomnianej przez Pana aukcji do postępowania nr.

216/PN/ZP/TLZP/19 również nie odnotowaliśmy żadnych nieprawidłowości. Złożyliście Państwo postąpienie, które spowodowało przedłużenie aukcji do godziny 11:44, jednak pozostali Wykonawcy składając postąpienia o godz. 11:37 i 11:40, przedłużyli ją o kolejne minuty, dzięki czemu aukcja zakończyła się finalnie o godzinie 11:50. Analizując przesłane przez Pana screeny można zauważyć, że okno w którym prowadzona była aukcja nie zostało odświeżone. Złożone postąpienia miały również wpływ na ostateczny kształt klasyfikacji plasując Budimex na II miejscu. Zgodnie ze wspomnianym artykułem 91c ust 3 ustawy PZP były przekazywane informacje o pozycji złożonej oferty, otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty, jednak wymagały odświeżenia okna. Po zakończeniu aukcji zmienia ona status z „otwartej” na zamkniętą”. Taki komunikat został wyświetlony załogowanym użytkownikom po faktycznym zamknięciu aukcji tj. 11.50. O godzinie 11:44 platforma wyświetlała u wszystkich użytkowników status aukcji „Otwarta”.”.

Tożsame stanowisko, zajął również Zamawiający w ramach przekazanego Odwołującemu pisma z dnia 7 stycznia 2020 r.

Odwołujący stwierdził, że stanowisko prezentowane przez Platformę oraz Zamawiającego jest niezgodne tak z zabezpieczonym przez Odwołującego nagraniem przebiegu aukcji (obrazowanym również za pośrednictwem dołączonych do odwołania zrzutów ekranu z poszczególnych minut trwania aukcji elektronicznej w dniu 2 stycznia 2020 r.), jak i z zasadami jej prowadzenia wynikającymi z Rozdziału XVI SIWZ oraz Instrukcji udostępnionej przez Platformę Aukcyjną.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w ramach Instrukcji wskazano wprost, że Status aukcji oraz pasek postępu są aktualizowane automatycznie (vide strona 5 Instrukcji). W żadnym miejscu Instrukcji regulującej zasady jej prowadzenia nie znalazło się jakiegokolwiek postanowienie, które nakazywałoby dokonywania jakiegokolwiek odświeżania karty aukcji w toku jej prowadzenia. Odwołujący, uwzględniając, że zgodnie z definicją zawartą w słowniku języka polskiego PWN () sformułowanie „automatyczny” oznacza „działający samoczynnie, za pomocą odpowiedniego urządzenia”; „wykonywany lub powstający bez udziału świadomości i woli”, wyraził pogląd, że informacje wyświetlane w oknie aukcji (kluczowe dla jej prawidłowego prowadzenia) winny być wyświetlane samoczynnie dla każdego załogowanego uczestnika bez konieczności wykonywania jakichkolwiek dodatkowych czynności z jego strony.

Odwołujący podniósł, że sformułowanie obowiązku dokonywania „odświeżania okna aukcji” na obecnym etapie pozostaje w jawnej sprzeczności z ustalonymi i przekazanymi uprzednio zasadami prowadzenia aukcji, będąc nadto o tyle nieskonkretyzowanym, że okno aukcji nie przewidywało w żadnym miejscu możliwości jej odświeżenia. Jak zauważył Odwołujący, ze stanowiska Platformy Aukcyjnej i Zamawiającego nie wynika, na jakiej podstawie i w jaki sposób miałyby nastąpić omawiane odświeżenie okna aukcji. Odwołujący podkreślił, że panel okna aukcji nie miał wbudowanej funkcjonalności „odświeżania okna”, a w konsekwencji wykonanie postulowanego na obecnym etapie przez Platformę Aukcyjną „odświeżenia okna aukcji” w ogóle nie było możliwe. Jak wskazał Odwołujący, właściciel oprogramowania SmartPZP na swojej stronie internetowej ani w Instrukcji nie udostępnił informacji dotyczącej tego, co się wydarzy z platformą zakupową po odświeżeniu przeglądarki internetowej. Ze względu na to, że Platforma jest aplikacją webową z koniecznością stałego załogowania użytkownika zweryfikowanego loginem i hasłem, odświeżenie całej przeglądarki niesie za sobą ogromne ryzyko konieczności ponownego załogowania i uzyskania kodu weryfikacyjnego dla tego celu, co w konsekwencji nie mogłoby być zrównane z „odświeżeniem okna aukcji” i przeczyłoby jej dynamicznemu charakterowi. Odwołujący zaznaczył, że taka możliwość nie była dopuszczona i opisana w zasadach prowadzenia aukcji zawartych w Instrukcji, oznaczałaby ona bowiem ni mniej ni więcej jak konieczność „wylogowania się” z aukcji w celu dalszego w niej uczestnictwa, co byłoby wymaganiem całkowicie absurdalnym.

Zdaniem Odwołującego, nawet jeśli uznać, że wykonawca uczestniczący w aukcji na podstawie ustalonych w Instrukcji zasad prowadzenia aukcji winien przedsięwziąć jakieś działania w celu odświeżenia informacji wyświetlanych w oknie aukcji, czemu Odwołujący konsekwentnie i jednoznacznie zaprzeczył, to, jak wynika z Załączników nr 3 i 4 do Odwołania, o godz. 11:43 nastąpiło po stronie Odwołującego przedłużenie sesji na Platformie. Odwołujący zaznaczył, że pomimo wykonania tej aktywności w oknie aukcyjnym, żadne informacje dotyczące czasu zakończenia aukcji czy pozycji oferty Odwołującego nie zostały zaktualizowane. Odwołujący zwrócił również uwagę, że zgodnie z informacją zawartą w Instrukcji na stronie 9 „W celu przedłużenia sesji użytkownik musi wybrać przycisk

PRZEDŁUŻ albo wykonać jakąś czynność w aplikacji". Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, że sama Platforma Aukcyjna w ramach Instrukcji zrównując przedłużenie sesji z jakąkolwiek inną aktywnością uczestnika potwierdziła, że w obu przypadkach nastąpić powinny analogiczne konsekwencje w postaci aktualizacji okna aukcyjnego.

Ponadto, na co zwrócił uwagę Odwołujący, zgodnie ze stanowiskiem Platformy Aukcyjnej oraz Zamawiającego, kolejne postąpienia po najkorzystniejszym postąpieniu Odwołującego, nastąpiły kolejno o 11:37 oraz 11:40, które wydłużyły czas prowadzenia aukcji i jej zakończenia. W obu przypadkach - co obrazują Załączniki od 2 do 6 do odwołania - nie zaktualizował się jednak czas zakończenia aukcji w oknie wyświetlanym Odwołującemu. Odwołujący wskazał także, że wbrew stanowisku Platformy Aukcyjnej, że wszystkim załogowanym użytkownikom po faktycznym zakończeniu aukcji o godz. 11:50 wyświetlał się komunikat o „zamknięciu” aukcji, Odwołującemu, pomimo że pozostawał załogowany na Platformie Aukcyjnej, po wskazanej godzinie nie został wyświetlony komunikat, na który wskazuje Platforma, co obrazuje Załącznik 7 do odwołania. Powyższe, jak stwierdził Odwołujący, stanowi kolejny dowód na to, że aukcja nie przebiegała w taki sposób, jaki zakłada instrukcja jej prowadzenia. Odwołujący zaznaczył, że stanowisko Platformy Aukcyjnej w powiązaniu z powoływanym Załącznikiem 7 do odwołania, wyraźnie pokazuje, że komunikaty, które powinny być wyświetlane w danym czasie zdaniem Platformy Aukcyjnej dla wszystkich załogowanych użytkowników, nie były dla nich dostępne.

Odwołujący podkreślił, że zastosował się do wszystkich wymagań, które były nałożone przez Zamawiającego w związku z uczestnictwem w aukcji elektronicznej - zabezpieczył wymagany sprzęt o odpowiedniej konfiguracji, zapoznał się z zasadami prowadzenia aukcji wyrażonymi w Instrukcji, biorąc również udział w prowadzonych aukcjach testowych. Co więcej, również już po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w dniu 2 stycznia 2020 r. Odwołujący zweryfikował wszelkie parametry sprzętu, łącza i prawidłowości funkcjonowania sieci w tym dniu, które nie wykazały jakichkolwiek wadliwości. Zamawiający natomiast, w ocenie Odwołującego, nie zastosował się do podstawowego wymagania wyraźnie podkreślanego przez ustawodawcę w ramach art. 91c ustawy Pzp.

Jak podał Odwołujący, zgodnie z dyspozycją art. 91c ust. 3 ustawy Pzp, w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców. Odwołujący wywiódł, że zapewnienie funkcjonowania platformy aukcyjnej, która taką funkcjonalność gwarantuje, nie jest dowolnym i uznaniowym działaniem ze strony Zamawiającego i Platformy aukcyjnej, ale podstawowym obowiązkiem, wyraźnie podkreślonym przez ustawodawcę. Odwołujący zauważył, że jest to zasada o tyle kluczowa z perspektywy prawidłowego prowadzenia aukcji elektronicznej, że umożliwia uzyskanie odpowiedniej dynamiki aukcji elektronicznej i bieżące reagowanie jej uczestników na postąpienia dokonywane przez konkurencję. Zasada ta oznacza więc, jak stwierdził Odwołujący, że informacje dotyczące klasyfikacji ofert winny być przekazywane w czasie rzeczywistym wszystkim biorącym udział w aukcji podmiotom.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w doktrynie wskazuje się na konieczność bieżącego przekazywania wszystkich aktualnych danych dotyczących przebiegu aukcji elektronicznej jako fundamentalną zasadę zabezpieczającą istotę aukcji elektronicznej. Odwołujący przywołał pogląd, zgodnie z którym „przepis stanowi, że w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informacje o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Takie działanie jest niezbędne w celu składania kolejnych postąpień. Wykonawcy muszą mieć bowiem wiedzę, co do tego, jak ich oferta plasuje się między pozostałymi ofertami i w stosunku do oferty najkorzystniejszej. Umożliwia to podjęcie decyzji co do obniżenia ceny lub złożenia kolejnych postąpień dotyczących innych parametrów będących przedmiotem aukcji” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Legalis 2019). Podobnie również Nowicki Józef Edmund, Kolečki Mikołaj [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, WKP 2019: „W toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców. Zamawiający, naruszając art. 91c ust. 3, uniemożliwia wykonawcom reakcje w postaci złożenia kolejnego Dostąpienia, a tym samym narusza zasady aukcji elektronicznej.”.

Jak zauważył Odwołujący, zamawiający decydując się na przeprowadzenie aukcji

elektronicznej obciążony jest szeregiem obowiązków wynikających z ustawy Pzp, obligujących go do szczegółowego zdefiniowania wymagań związanych z uczestnictwem w aukcji elektronicznej (art. 91a ust. 2a ustawy Pzp). Co za tym idzie, Zamawiający udostępniając takie informacje w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest nimi związany w toku prowadzenia aukcji elektronicznej. W przekonaniu Odwołującego, jeśli jakiś element nie został dookreślony - wykonawcy nie mieli jednoznacznej informacji co do działań, które mieliby podjąć i/lub nie podejmować, aby brać skuteczny udział w aukcji na każdym etapie jej prowadzenia, to taka sytuacja nie może obciążać uczestników aukcji,

działających w zaufaniu do udostępnionych im reguł postępowania.

Odnosząc się do sytuacji zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący uznał, że Zamawiający nie może wyprovodzać negatywnych konsekwencji względem Odwołującego w oparciu o nakaz działań, które nie były zdefiniowane w regulach prowadzenia aukcji. Co więcej, jak podkreślił Odwołujący, w przedmiotowym przypadku nakaz „odświeżania okna aukcji” (w oparciu, o który Zamawiający próbuje wyprovodzić wniosek o uchybieniach leżących po stronie Odwołującego) nie tylko nie wynikał z reguł prowadzenia aukcji zdefiniowanych w Instrukcji, ale wręcz z cytowanej Instrukcji wynikało zgoła odmienne założenie (automatyzm aktualizacji danych).

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający nie informował Odwołującego zarówno przed, jak i w trakcie przedmiotowej aukcji, o obowiązku odświeżania witryny i sposobu na jego przeprowadzenie przy uwzględnieniu braku takiej funkcjonalności przewidzianej w panelu aukcji. Co za tym idzie, w opinii Odwołującego, Odwołujący nie może być obciążany konsekwencjami z tego wynikającymi, co potwierdza również utrwalona linia orzecnicza Krajowej Izby Odwoławczej, która odnosząc się do zasad prowadzenia aukcji elektronicznej wskazuje wprost, że to na Zamawiającym spoczywa w całości obowiązek informacyjny dotyczący sposobu prawidłowego uczestnictwa w aukcji elektronicznej, a wszelkie negatywne konsekwencje wynikające z braku należytego wypełnienia tego obowiązku obciążają Zamawiającego, a nie wykonawcę (wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 25/16).

Odwołujący zwrócił uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie już wypowiadała się w przedmiocie wpływu nieprawidłowości związanych z przekazywaniem na bieżąco informacji dotyczących pozycji ofert w toku aukcji elektronicznej na prawidłowość prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podkreślając, że jest to jedno z fundamentalnych i kluczowych elementów determinujących prawidłowość aukcji elektronicznej. Przykładowo Odwołujący wskazał na:

- Wyrok z dnia 1 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 530/15: Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91c ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie do brzmienia tego artykułu, Zamawiający zobowiązany był do przekazywania na bieżąco w toku aukcji elektronicznej Wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. W sytuacji, gdy w toku aukcji została złożona oferta korzystniejsza niż oferta Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był do poinformowania Odwołującego o złożeniu takiej oferty niezwłocznie no jej złożeniu, w trakcie trwania aukcji elektronicznej, co umożliwiłoby

Odwołującemu reakcję w postaci złożenia kolejnego postąpienia. Zamawiający naruszając dyspozycję powyżej przytoczonego przepisu, uniemożliwił Odwołującemu reakcję w postaci złożenia kolejnego postąpienia, a tym samym naruszył zasady aukcji elektronicznej.

- Wyrok z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2651/13: Zgodnie z treścią art. 91c ust. 3 ustawy Pzp w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco informuje każdego wykonawcę o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Tymczasem w niniejszym postępowaniu w trakcie trwania aukcji elektronicznej wystąpił błąd, w wyniku którego odwołujący nie otrzymywał aktualnej informacji o najkorzystniejszej ofercie. W sposób prawidłowy nie zadziałał bowiem mechanizm automatycznego odświeżania rankingu oferentom, w konsekwencji czego odwołujący widział nieaktualną informację dotyczącą pozycji jego oferty, jak również punktacji najkorzystniejszej oferty. Z treści otrzymanej przez niego informacji wynikało bowiem, iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą mimo, iż w rzeczywistości ofertą najkorzystniejszą była już oferta wykonawcy PKP Cargo. Wystąpienie tego błędu potwierdza oświadczenie złożone przez administratora platformy elektronicznej eB2B Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie oraz zapisy w logach postępowania, w tym także ich rozszerzenie (przedłożone rozszerzenia logów aukcji zawierają dane sekundowe, a więc takie dane o jakie w trakcie rozprawy wnosił przystępujący). Z zapisów tych jednoznacznie wynika, iż o godz. 10:47:25 odwołujący otrzymał informację, iż jego oferta zajmuje miejsce pierwsze, mimo, iż o godz. 10:47:21 ofertę najkorzystniejszą złożył wykonawca PKP Cargo i to oferta tego właśnie wykonawcy (PKP Cargo) była już ofertą najkorzystniejszą. Tym samym odwołujący widział nieaktualną informację o rankingu, a przyczyną tego rodzaju sytuacji były okoliczności, które nie leżały po stronie tego wykonawcy, a tylko i wyłącznie po stronie administratora platformy aukcyjnej. Dlatego też Izba uznała, iż zarzuty odwołującego potwierdziły się.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący stwierdził, że aukcję przeprowadzoną w dniu 2 stycznia 2020 r. uznać należy za godzącą w podstawowy cel jej prowadzenia wyrażający się w umożliwieniu każdemu uczestnikowi aukcji dokonywania korzystniejszych postępień w reakcji na postąpienia dokonywane przez konkurentów. Odwołujący stwierdził, że wniosek o unieważnienie i powtórzenie aukcji jest uzasadniony i aprobowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która wskazuje, że jakkolwiek unieważnienie aukcji jest rozwiązaniem ostatecznym, to jest ono jednocześnie niezbędne, gdy aukcja nie posiadała co najmniej jednej z cech wymaganych przepisami ustawy Pzp (zamawiający nie udostępnił wykonawcom formularza umieszczonego na stronie internetowej, formularz nie umożliwiał wprowadzania niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, zamawiający nie umożliwił wykonawcom składania kolejnych korzystniejszych postępień, postąpienia składane przez wykonawców nie podlegały automatycznej ocenie i klasyfikacji). W ocenie Odwołującego, taki wniosek uzasadniony jest również z uwagi na prawidłowość i racjonalność wydatkowania środków publicznych. Odwołujący podkreślił, że z przyczyn od niego niezależnych i niezawinionych, został pozbawiony możliwości złożenia Zamawiającemu korzystniejszej oferty. Jak zaznaczył Odwołujący, błędnie przeprowadzona aukcja godzi nie tylko w interes Odwołującego, ale też w interes Zamawiającego, który pozbawiony został możliwości uzyskania korzystniejszej oferty i zmuszony do ponoszenia przez budżet państwa wydatków wyższych, niż mogłyby zostać poniesione.

Dodatkowo, Odwołujący podniósł, że uzyskany od Zamawiającego raport z aukcji z dnia 2 stycznia 2020 r. sugeruje, że nieprawidłowości co do bieżącego przekazywania informacji o pozycji i klasyfikacji danej oferty występowały w toku całej aukcji. Historia dokonywanych postępień wskazuje bowiem na bardzo częste składanie postępień, których wysokość nie wpływała na obniżenie ceny tak, aby była ona niższa niż oferowana przez innych wykonawców. Mogł mieć na to wpływ fakt, że wykonawcom nie aktualizowały się na bieżąco informacje dotyczące trwającej aukcji, a taka aktualizacja następowała dopiero w momencie dokonania postąpienia przez danego wykonawcę, co wskazywałoby na całkowite zaprzeczenie idei realnego konkurencyjnego w ramach tak przeprowadzonej aukcji elektronicznej i jej dynamicznego charakteru.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że przedmiotowa sprawa jest kolejną sprawą w toku tego postępowania dotyczącą prawidłowości działania Platformy Aukcyjnej. Odwołujący podał, że na skutek usterek technicznych leżących po stronie Platformy Aukcyjnej, pierwsza aukcja w postępowaniu, przeprowadzona dnia 18 grudnia 2019 r., została unieważniona przez Zamawiającego. Co istotne, jako przyczynę zaistnienia usterki technicznej, która do takiego unieważnienia doprowadziła Platforma wskazała aktualizację systemu platformy. Odwołujący uznał, że jakkolwiek usterki wynikające z tej aktualizacji ujawnione dnia 18 grudnia 2019 r. miały odmienny charakter, to zasadnym wydaje się być pytanie, czy dokonana aktualizacja nie wpłynęła na konfigurację platformy w zakresie bieżącego, automatycznego przekazywania uczestnikom platformy poszczególnych informacji generowanych w trakcie jej prowadzenia. Co równie istotne, w opinii Odwołującego, po dokonanej aktualizacji systemu aukcyjnego, wykonawcy nie mieli już możliwości wziąć udziału w jakiegokolwiek aukcji testowej, nie mieli więc realnej możliwości sprawdzenia i zgłoszenia ewentualnych nieprawidłowości w zakresie odnoszącym się chociażby do automatycznego przekazywania danych dotyczących klasyfikacji poszczególnych ofert. Zdaniem Odwołującego, sytuacja związana z pierwszą, nieudaną aukcją z dnia 18 grudnia 2019 r. generuje wątpliwości co do prawidłowości działań i funkcjonowania Platformy Aukcyjnej, dlatego Zamawiający kwestię weryfikacji prawidłowości jej funkcjonowania w toku Aukcji z dnia 2 stycznia 2020 r. winien przeprowadzić niezwykle drobiazgowo.

Odwołujący wniosł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia aukcji elektronicznej

przeprowadzonej w dniu 2 stycznia 2020 r. i przeprowadzenie jej ponownie (poprzedzając ją ponownym zaproszeniem do wzięcia udziału w aukcji oraz aukcją testową pozwalającą zweryfikować prawidłowe funkcjonowanie platformy zakupowej).

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wniósł także o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym, w tym w szczególności umożliwienie przeprowadzenia dowodu z materiału audiowizualnego dokumentującego przeprowadzoną aukcję poprzez odtworzenie pliku nagrania na rozprawie w obecności Składu orzekającego oraz Uczestników (w przypadku niedysponowana przez Krajową Izbę Odwoławczą odpowiednim sprzętem komputerowym umożliwiającym odtworzenie nagrania z płyty CD, Odwołujący zobowiązał się dostarczyć na wyznaczony termin rozprawy sprzęt pozwalający na odtworzenie pliku video z zapisem przebiegu aukcji elektronicznej z dnia 2 stycznia 2020 r.) w celu wykazania faktu nieprawidłowości działania systemu teleinformatycznego platformy aukcyjnej i braku bieżącego, automatycznego przekazywania informacji każdemu wykonawcy o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji w sposób ustalony w SIWZ i Instrukcji;

2) dopuszczenie i przeprowadzenie w trybie art. 190 ust. 4 ustawy Pzp dowodu z opinii biegłego sądowego z dziedziny informatyki na okoliczność ustalenia prawidłowości przebiegu aukcji przeprowadzonej w dniu 2 stycznia 2020 r., w szczególności ustalenia czy system teleinformatyczny, na którym bazowała platforma aukcyjna dokonywał automatycznej aktualizacji statusu aukcji w oknie każdego załogowanego użytkownika tak jak wymagały tego postanowienia Instrukcji, w szczególności czy w sposób automatyczny udostępnił Odwołującemu i każdemu innemu załogowanemu użytkownikowi na równych zasadach dane aktualizujące stronę internetową aukcji o postąpienia dokonane po godz. 11:34, które

skutkowały zmianą pozycji oferty Odwołującego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca MIRBUD S.A.

Na posiedzeniu Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zamawiający złożył też Odpowiedź na odwołanie z dnia 22 stycznia 2020 r. wraz z załącznikami w celu wyjaśnienia motywów swojej decyzji. MIRBUD S.A. zgłosiła sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska. Odwołujący wycofał wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny informatyki na okoliczności wskazane w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, że Odwołujący nie otrzymał zaktualizowanej informacji o pozycji jego oferty z chwilą jej przebiccia przez MIRBUD S.A., nie zaktualizował się też Odwołującemu czas trwania aukcji. Powyższe znajduje potwierdzenie w złożonych do akt materiale wizualnym dokumentującym przebieg aukcji oraz zrzutach ekranu.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba oparła się przede wszystkim na oświadczeniu operatora Platformy Aukcyjnej Portal PZP Sp. z o.o. z dnia 3 stycznia 2020 r., który przyznał, że „karta aukcji wymagała akcji od użytkownika tj. jej ręcznego odświeżenia”. Operator stwierdził też, że „W instrukcji faktycznie nie ma informacji o zachowaniu się platformy tj. konieczności jej ręcznego odświeżenia, bądź automatycznego odświeżenia.”. Operator zobowiązał się też do dołączenia takiej informacji do Instrukcji oraz do zmodyfikowania platformy w taki sposób, aby ranking oraz zegar odświeżały się automatycznie zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawcy. Oświadczenie operatora Platformy zostało złożone w odpowiedzi na zapytanie skierowane przez Zamawiającego w dniu 3 stycznia 2020 r. o treści: „Dziś dostałem od Wykonawcy zrzuty ekranu (w załączeniu) z których wynika, iż w momencie, w którym czas trwania aukcji się wyzerował (ostatni zrzut) Wykonawca był na pierwszym miejscu. Na ekranie widoczny jest status aukcji - „otwarta”, ale zegar pokazuje upływ czasu aukcji - wyświetlane są więc dwie sprzeczne informacje. Jednocześnie zwracam uwagę, iż instrukcja korzystania z platformy aukcyjnej nie nakłada na użytkownika obowiązku odświeżania ekranu. Co więcej, po stronie Zamawiającego - pisze o tym z własnego doświadczenia, wykres kolejnych postąpień odświeża się automatycznie, zaś zegar i ranking wymagają odświeżenia „ręcznego” wymuszonego przez Użytkownika.”.

Izba zważyła, że w udzielonej na przytoczone powyżej zapytanie Zamawiającego odpowiedzi operator Platformy przyznał następujące okoliczności:

- karta aukcji wymagała akcji od użytkownika, tj. jej ręcznego odświeżenia,
- w instrukcji brak informacji o zachowaniu się Platformy, tj. konieczności jej ręcznego bądź automatycznego odświeżenia,
- Platforma zostanie w przyszłości zmodyfikowana w taki sposób, aby ranking oraz zegar odświeżały się automatycznie.

Ww. oświadczenie operatora Platformy w sposób jednoznaczny wskazuje, że Platforma, na której prowadzona była w dniu 2 stycznia 2020 r. aukcja, nie posiadała funkcjonalności przekazywania na bieżąco każdemu wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez wykonawcę oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty.

Powyższemu oświadczeniu operatora Platformy Aukcyjnej Portal PZP Sp. z o.o. nie przeczy pismo operatora Platformy z dnia 16 stycznia 2020 r. skierowane do Zamawiającego odnoszące się do treści uzasadnienia odwołania wniesionego przez Odwołującego. W sprzeczności z treścią oświadczenia Portal PZP Sp. z o.o. z dnia 3 stycznia 2020 r. nie stoi także treść korespondencji MIRBUD S.A. z operatorem Platformy z dni 22 i 23 stycznia 2020 r. Najistotniejsze z punktu widzenia zarzutów rozpoznawanych przez Izbę jest pytanie nr 3 zadane operatorowi Platformy w dniu 22 stycznia 2020 r.: „Czy Platforma aukcyjna do przeprowadzenia aukcji w postępowaniu o zamówienie publiczne, spełniała w miesiącu grudniu 2019 r. oraz styczniu b.r. wymagania ustawy Pzp, tj: aby wykonawca w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, mógł składać kolejne korzystne postąpienia, które podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji?”, na które operator Platformy udzielił odpowiedzi: „Potwierdzam, że platforma spełniała te wymagania.”. Operator Platformy potwierdził tym samym, że składane przez wykonawców postąpienia podlegają w trakcie aukcji automatycznej ocenie i klasyfikacji. Operator nie stwierdził natomiast, że w toku aukcji przekazywane były na bieżąco każdemu wykonawcy informacje o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Na brak określonych funkcjonalności Platformy SmartPzp stwierdzony przez operatora

w oświadczeniu z dnia 3 stycznia 2020 r. nie ma wpływu okoliczność, że operator nie zapoznał się w filmem obrazującym przebieg aukcji na komputerze Odwołującego. Operator nie odniósł się bowiem do sytuacji pojedynczego wykonawcy, oświadczenie operatora dotyczy możliwości Platformy dostępnych lub niedostępnych w sposób obiektywny wszystkim wykonawcom.

Izba wzięła pod uwagę także okoliczność, że SIWZ, jak też Instrukcja Wykonawcy - Platforma aukcyjna SmartPzp nie zawierały informacji o konieczności podjęcia czynności przez wykonawcę, tj. ręcznego odświeżenia karty aukcji, w celu uaktualnienia informacji na temat pozycji posiadanej przez wykonawcę oraz czasie pozostałym do zakończenia aukcji. Nie określono także sposobu czy częstotliwości odświeżania strony. Przeciwnie, instrukcja wyświetlana zalogowanym użytkownikom na stronie aukcji informowała, że „Podczas korzystania z Modułu Aukcji nie trzeba odświeżać widoku przeglądarki” (Załącznik nr 7 do oświadczenia Biura Informatyki z dnia 17 stycznia 2020 r.).

Brak możliwości automatycznego uzyskiwania przez wykonawcę informacji o bieżącej pozycji danej oferty w toku aukcji został przyznany przez Zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że „Brak zautomatyzowania tego procesu oznaczał w praktyce, że to wykonawcy zobowiązani byli do bieżącego odświeżania informacji wyświetlanych w oknie dialogowym aukcji, tak by uzyskać informacje, które powinny być na bieżąco zapewnione przez Zamawiającego.”. Zamawiający podkreślił ponadto, że „obowiązek samodzielnego odświeżania aukcji nie został nałożony na wykonawców przez Zamawiającego w ramach

SIWZ” (str. 5 i 6 Odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 stycznia 2020 r.). Na rozprawie Zamawiający w sposób jednoznaczny stwierdził, że błąd leżał po stronie operatora Platformy, który przyznał się do błędu. Zamawiający podał ponadto, że operator zaproponował Zamawiającemu system rekompensat biorąc na siebie odpowiedzialność za sytuacje zaistniałe w toku pierwszej i drugiej aukcji przeprowadzonej w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba miała także na względzie okoliczność, że bezsporne w sprawie było, że przygotowanie Odwołującego do udziału w aukcji pod względem sprzętowym spełniało wymogi SIWZ (pkt XI.7) oraz Instrukcji użytkownika Wykonawcy SmartPZP.

Okoliczności, że nie pojawiały się u Odwołującego w sposób prawidłowy komunikaty o postąpieniach składanych przez pozostałych wykonawców, nie aktualizował się zegar, ranking ofert oraz informacja o statusie aukcji zostały stwierdzone także przez MIRBUD S.A. Izba nie przychyliła się do stanowiska MIRBUD S.A., która stwierdziła, że Odwołujący w celu uaktualnienia informacji na karcie aukcji powinien był podjąć działania, takie jak próba złożenia postąpienia, następnie anulowanego, czy wylogowania i ponownego zalogowania na Platformę. W ocenie Izby, w świetle funkcjonalności posiadanych przez Platformę, treści dokumentacji postępowania oraz oświadczenia operatora Platformy z dnia 3 stycznia 2020 r., o którym mowa powyżej, podjęcie takich działań przez Odwołującego byłoby przejawem wyjątkowej staranności, której nie można oczekiwać od wykonawcy w świetle art. 355 Kodeksu cywilnego. O niedochowaniu przez Odwołującego należytej staranności nie można mówić, w ocenie Izby, z uwagi na wylogowanie się przez Odwołującego pomimo statusu aukcji „Otwarta”. Należy mieć bowiem na uwadze, że widoczna Odwołującemu godzina zakończenia aukcji została określona na 11:44:25 i godzina ta pozostała niezmienna pomimo upływu czasu. Ponadto, licznik pokazujący czas pozostały do zakończenia aukcji wyzerował się (00:00). Odwołujący miał zatem wystarczające podstawy, aby uznać, że aukcja zakończyła się. Jednocześnie, w świetle oświadczenia operatora Platformy z dnia 3 stycznia 2020 r., za gołosłowne Izba uznała twierdzenie MIRBUD S.A., że wykonawcy temu pojawiały się informacje o składanych przez innych wykonawców postąpieniach. MIRBUD S.A. nie podjęła próby wykazania tej okoliczności.

Należy zauważyć, że istotą aukcji elektronicznej jest bieżące informowanie wykonawców o pozycji złożonej oferty, otrzymanej punktacji, a także o punktacji najkorzystniejszej oferty. Bieżące informowanie oznacza, że aktualne informacje powinny być dostępne każdemu wykonawcy w czasie rzeczywistym, po każdym złożonym postąpieniu. Posiadanie przez wykonawców takich informacji umożliwia podejmowanie

decyzji o kolejnych postąpieniach - wykonawcy muszą mieć bowiem wiedzę co do tego, jak ich oferta plasuje się między pozostałymi ofertami i w stosunku do oferty najkorzystniejszej, aby móc podjąć reakcję w postaci kolejnego postąpienia. Posiadanie takich informacji przez wykonawców jest korzystne także z punktu widzenia zamawiającego, który w wyniku

kolejnych postępień może otrzymać korzystniejszą ofertę. Obowiązek podania wykonawcom ww. informacji „na bieżąco” nakłada na zamawiającego przepis art. 91c ust. 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że w toku aukcji przeprowadzonej przez Zamawiającego w dniu 2 stycznia 2020 r. nie została zapewniona możliwość bieżącego uzyskiwania przez Odwołującego informacji o pozycji jego oferty, otrzymanej punktacji, a także o punktacji najkorzystniejszej oferty, co stanowi naruszenie art. 91c ust. 3 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby, nie skorzystanie przez Odwołującego z funkcji odświeżenia okna aukcji, wobec nie poinformowania wykonawców o takiej konieczności w dokumentach postępowania oraz dokumentach zawierających instrukcje udziału w aukcji, nie może obciążać wykonawcy.

Wobec ustalenia, że Platforma, na której prowadzona była aukcja, nie zapewniała bieżącego uzyskiwania przez Odwołującego informacji o pozycji danej oferty, otrzymanej punktacji, a także o punktacji najkorzystniejszej oferty, Izba za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy uznała twierdzenia MIRBUD S.A. na temat obciążenia systemu operacyjnego komputera Odwołującego, na którym prowadzona była aukcja. Prawidłowość działania sprzętu, przy pomocy którego Odwołujący wziął udział w aukcji mogłaby być brana pod uwagę w sytuacji, gdyby istniała wątpliwość co do zapewnienia przez operatora Platformy funkcjonalności uzyskiwania przez wykonawcę „na bieżąco” informacji o pozycji złożonej przez niego oferty. Wobec braku takiej wątpliwości wynikającego z oświadczenia operatora Platformy z dnia 3 stycznia 2020 r., twierdzenia MIRBUD S.A. o ograniczeniach sprzętu Odwołującego, będących skutkiem nagrywania przebiegu aukcji, pozostają bez wpływu na wynik przedmiotowego postępowania odwoławczego. Z tego względu, Izba nie uczyniła podstawą rozstrzygnięcia złożonych przez MIRBUD S.A. oraz Odwołującego wydruków z poszczególnych stron internetowych dotyczących komunikatów o schemacie kolorów Windows Aero.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 91c ust. 1 ustawy Pzp, jako że okoliczności przywołane w odwołaniu oraz na rozprawie dotyczyły uchybień w bieżącym przekazywaniu Odwołującemu informacji, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś posiadania przez Platformę funkcjonalności automatycznej oceny i klasyfikacji składanych postępień.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 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).

Przewodniczący :