

Sygn. akt: KIO 141/22

WYROK

z dnia 7 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Lisim Ogonie,

w postępowaniu prowadzonym przez POLREGIO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Zakłady Naprawy Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Lisim Ogonie 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 uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - Polregio Sp. z o.o. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego

postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Naprawa zestawów kołowych obręczowanych. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 listopada 2021 r. pod nr 2021/S 230-607021.

W dniu 17 stycznia 2022 r. wykonawca Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia aukcji elektronicznej, zarzucając

Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 238 w zw. z art. 227 ust. 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie aukcji elektronicznej z 12 stycznia 2022 r., podczas gdy aukcja została przeprowadzona w sposób prawidłowy, zapewniający udział w aukcji wykonawcom dopuszczonym do akcji na tych

samych zasadach oraz dokonywanie przez nich postępień bez ograniczeń, oraz

niezakłócony technicznym działaniem platformy zakupowej, a w konsekwencji nie

wystąpiły przesłanki do jej unieważnienia;

- art. 238 w zw. z art. 227 ust. 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie czynności przeprowadzeni aukcji elektronicznej z 12 stycznia 2022 r., podczas gdy aukcja została przeprowadzona w sposób prawidłowy, a brak zgłoszenia i wyświetlania dalszych postępień nie wynikał z przyczyn technicznych związanych z funkcjonalnością platformy zakupowej, ale z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - Zakłady Naprawy Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A., który dokonał dwóch ostatnich postępień bez zachowania należytej staranności wymaganej od wykonawcy ubiegającego się o realizację zamówienia publicznego w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, co skutkowało brakiem zarejestrowania ww. postępień przez platformę zakupową;

- art. 238 w zw. z art. 227 ust. 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie aukcji elektronicznej z 12 stycznia 2022 r., podczas gdy nie doszło do prawidłowego, jasnego, precyzyjnego, pełnego i udowodnionego wykazania wystąpienia podstaw do unieważnienia aukcji, w szczególności nie załączono dokumentacji z przebiegu aukcji potwierdzającej rzekomą niemożliwość złożenia dalszych postępień przez ZNKT oraz w ogóle fakt ich złożenia;

- art. 238 w zw. z art. 227 ust. 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie aukcji elektronicznej z 12 stycznia 2022 r., podczas gdy z treści dokumentacji Postępowania oraz przebiegu akcji wynikało, że nie wystąpiły problemy techniczne do złożenia postępień przez wykonawców, jak również żaden wykonawca przed rozpoczęciem aukcji elektronicznej oraz w toku aukcji elektronicznej nie zgłaszał problemów ze złożeniem postępień, mimo że mieli oni możliwość zgłaszania takich problemów i uprzedniego przetestowania działania platformy w zakresie aukcji elektronicznej;

- art. 238 w zw. z art. 227 ust. 2 ustawy Pzp poprzez poinformowanie i zaplanowanie (oraz ewentualne przeprowadzenie) ponownej aukcji elektronicznej 19 stycznia 2022 r., podczas gdy aukcja elektronicznej z 12 stycznia 2022 r. została przeprowadzona w sposób prawidłowy i nie było podstaw do jej unieważnienia,

- art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie Odwołującego względem pozostałych wykonawców, wobec unieważnienia aukcji elektronicznej, w trakcie której Odwołujący ujawnił innym wykonawcom wysokość nowej ceny w trakcie prawidłowo dokonanego postępienia, podczas gdy na etapie ww. czynności nie ujawniono wartości rzekomych postępień nieprawidłowo dokonanych przez ZNKT. Jednocześnie sposób poinformowania przez Zamawiającego o cenach postępień ZNKT jest niezgodny ze SWZ, jak również odnosi się do informacji, które zostały złożone w trybie niezgodnym ze specyfikacją;

- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej 12 stycznia 2022 r., dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a także o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia informacji i dokumentów z przebiegu aukcji elektronicznej przeprowadzonej w 12 stycznia 2022 r., w szczególności Raportu operatora platformy zakupowej z przebiegu aukcji.

#### Zarzut naruszenia art. 238 w zw. z art. 227 ust. 2 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że w § 2 SWZ Zamawiający przewidział zastosowanie aukcji elektronicznej, pod warunkiem, że zostaną złożone co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. W § 18 SWZ Zamawiający poinformował o warunkach przeprowadzenia aukcji oraz wymaganiach technicznych pozwalających na udział w aukcji. W szczególności Zamawiający poinformował o konieczności przetestowania funkcjonalności platformy przed rozpoczęciem udziału w aukcji, na co wskazano w § 18 ust. 14 SWZ „Wykonawca powinien zapoznać się z „Instrukcją obsługi platformy zakupowej eB2B - podręcznik Oferenta”, która znajduje się w zakładce Pomoc -> Instrukcje oraz „Instrukcją obsługi Platformy Przetargowej w zakresie wykorzystania podpisu elektronicznego”, która znajduje się w zakładce

Ustawienia -> Test podpisu elektronicznego -> Szczegółowa instrukcja złożenia podpisu elektronicznego.”

Odwołujący podał, że 5 stycznia 2022 r. otrzymał zaproszenie do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej. W dniu 12 stycznia 2022 r. odbyła się aukcja elektroniczna, w której wzięli udział wyłącznie Odwołujący oraz ZNTK, zatem każdy z wykonawców na podstawie rankingi postąpień widział, jaką nową cenę oferuje wykonawca konkurencyjny. W trakcie przebiegu aukcji elektronicznej każdy z ww. wykonawców złożył wyłącznie po jednym postąpieniu. W ramach ostatniego postąpienia Odwołujący zaoferował realizację zamówienia za najniższą cenę (8.446.350,00 zł). Do zakończenia aukcji nie doszło do złożenia dalszych prawidłowych postąpień. W toku aukcji nie doszło również do żadnych zakłóceń w działaniu platformy, co potwierdził również informatyk nadzorujący przebieg aukcji po stronie Odwołującego. W związku z powyższym aukcja elektroniczna została przeprowadzona w sposób prawidłowy, bez żadnych problemów technicznych ze strony platformy zakupowej. Tymczasem Zamawiający 14 stycznia 2022 r. przekazał Informację o unieważnieniu aukcji elektronicznej podając: „W przeprowadzonej aukcji elektronicznej zostały złożone cztery oferty w ramach czterech kolejnych postąpień. jedną ofertę w ramach jednego postąpienia na kwotę: 8 446 350,00 złożył Wykonawca: Serwis pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. (...), a trzy Wykonawca: Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” (...) przy czym oferta z najniższą kwotą została złożona na kwotę: 7 738 780,00 PLN. Pomimo, że oferty Wykonawcy Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” (druga i trzecia) zostały prawidłowo podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie zostały one odnotowane w rankingu widocznym dla Wykonawców na platformie, na której toczyła się aukcja, co uniemożliwiło podjęcie decyzji o ewentualnym kolejnym postąpieniu przez Wykonawcę Serwis pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. K. Wobec powyższego Zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny ofert zgodnie z przywołanymi na wstępie przepisem art. 238 oraz zasadami określonymi w art. 16 i 17 ustawy Pzp, ponieważ zaburzony został proces uzyskiwania nowych, obniżonych cen, podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.” Następnie, tego samego dnia Zamawiający poinformował o zamiarze powtórzenia aukcji elektronicznej w dniu 19.01.2022 r.

Odwołujący podniósł, że aukcja elektroniczna z 12 stycznia 2022 r. została przeprowadzona w sposób prawidłowy, niewywołujący wątpliwości wykonawców. W przeciwnym wypadku wykonawca powinien zgłosić nieprawidłowości w działaniu platformy Zamawiającemu lub fakt ten powinien stwierdzić sam Zamawiający, co zgodnie z art. 236 ustawy Pzp w konsekwencji powinno prowadzić do zawieszenia aukcji do następnego dnia roboczego, w którym przywrócona zostałaby pełna funkcjonalności platformy, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu. Żadne zakłócenia nie zostały stwierdzone przez strony w toku akcji, co tym bardziej podaje pod wątpliwość wystąpienie jakichkolwiek zakłóceń w funkcjonowaniu platformy, a w konsekwencji wskazuje na bezpodstawność unieważnienia aukcji.

Zdaniem Odwołującego w tej sytuacji istnieje domniemanie, że do braku złożenia rzekomych dalszych postąpień doszło nie, jak sugeruje bezpodstawnie Zamawiający, z powodu zakłóceń w działaniu platformy zakupowej, ale z uwagi na niedopełnienie formalności przez ZNTK. Na słuszność powyższego wskazuje fakt, że ZNTK w toku akcji dokonał jednego prawidłowego postąpienia obniżającego cenę ofertową, w związku z czym nie sposób uznać, że w trakcie aukcji został pozbawiony dalszej możliwości postąpień. Ponadto, wszyscy wykonawcy zostali szczegółowo zapoznani w § 19 SWZ o przebiegu akcji

elektronicznej oraz z wymaganiami pozwalającym na dokonanie dalszych postępień. Z uwagi na powyższe nie sposób uznać, że do braku prawidłowego złożenia dalszych postępień ZNTK doszło z powodu błędów platformy zakupowej, ale z uwagi na błędy popełnione przy składaniu postępień przez osobę odpowiedzialną po stronie ZNTK. Wskazać należy, że od wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga się podwyższonej staranności, związanej z prowadzeniem działalności gospodarczej. Mając na uwadze, że aukcja elektroniczna została przeprowadzona w sposób prawidłowy, a wykonawcy zostali szczegółowo poinformowani o warunkach formalnych jej przebiegu oraz mieli możliwość przetestowania funkcjonalności, należy stwierdzić, że do braku dalszych postępień przez ZNTK doszło z uwagi na brak/błędne dokonanie postępień przez ww. wykonawcę.

Odwolujący podkreślił ponadto, że do unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji nie powinno dojść również z uwagi na nieprecyzyjne uzasadnienie dokonania powyżej czynności, co wiąże się z niewykazaniem i nieudowodnieniem wystąpienia podstaw do unieważnienia ww. czynności. W Informacji o unieważnieniu nie zostały przedstawione żadne informacje wskazujące na dokonanie rzekomych dodatkowych postępień przez ZNTK (dokładna godzina rzekomych postępień) ani potwierdzenie faktu zgłoszenia w trakcie aukcji przez ZNTK niemożliwości dokonania rzekomych postępień, jak również zaistnienia jakichkolwiek problemów technicznych wynikających z funkcjonalności platformy zakupowej. Informacja o unieważnieniu zawiera jedynie lakoniczne informacje o rzekomym złożeniu dodatkowych postępień, które również rzekomo nie były widoczne dla Odwołującego. Ponadto, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, aby do doszło do wystąpienia błędów w działalności platformy oraz rzekomego złożenia postępień przez ZNTK i dokonania tego w sposób prawidłowy. Zamawiający nie dołączył do Informacji żadnych dokumentów, w tym raportów operatora z funkcjonowania platformy w trakcie aukcji elektronicznej, potwierdzających aby do rzekomych dodatkowych postępień ZNTK doszło, ani aby doszło do nich z zachowaniem wszystkich warunków formalnych przez ZNTK. Nie dołączono również potwierdzeń złożenia dodatkowych postępień (ofert) przez ZNTK. Reasumując w żaden sposób nie zostało potwierdzone, aby doszło do błędów w funkcjonowaniu platformy, uzasadniających unieważnienie aukcji. Tymczasem Odwołujący uzyskał 17 stycznia 2022 r. od operatora platformy zakupowej, na której była prowadzona aukcja, informację, że w trakcie aukcji nie zostały zarejestrowane żadne błędy w funkcjonalności platformy, które uzasadniałyby unieważnienie aukcji. Z uwagi na postanowienia o poufności operator platformy nie mógł udostępnić szczegółowych informacji co do przebiegu aukcji elektronicznej, w związku z czym zasadny będzie wniosek Odwołującego, o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia dokumentów potwierdzających wystąpienie rzekomych błędów w funkcjonowaniu platformy w trakcie aukcji elektronicznej oraz potwierdzenia faktu, czy w ogóle doszło do dalszych postępień ZNKT i czy zostały one dokonane w sposób prawidłowy.

Odwolujący podkreślił, że aukcja elektroniczna stanowi czynność faktyczną, w której dochodzi właściwie do złożenia nowych ofert. Jest to zatem czynność nadzwyczajna, która co do zasady nie podlega powtórzeniu, a tym bardziej nie może zostać unieważniona

z przyczyn wywołujących poważne wątpliwości co do ich rzeczywistego wystąpienia.

Zdaniem Odwołującego, w konsekwencji unieważnienia aukcji elektronicznej doszło do naruszenia art. 238 w zw. z art. 227 ust. 2 ustawy Pzp również z uwagi na nieuzasadnione wyznaczenie terminu ponownej aukcji elektronicznej na 19 stycznia 2022 r., która to aukcja nie powinna mieć miejsca z uwagi na wystąpienie wątpliwości co do istnienia podstaw do unieważnienia pierwotnej aukcji.

#### Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp

Zdaniem Odwołującego, z uwagi na unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej doszło również do naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie Odwołującego względem pozostałych wykonawców, wobec

unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w trakcie której Odwołujący

ujawnił innym wykonawcom wysokość nowej ceny w trakcie prawidłowo dokonanego postępienia, podczas gdy na etapie ww. czynności nie ujawniono wartości rzekomych postępień nieprawidłowo dokonanych przez ZNTK. Jednocześnie sposób poinformowania przez Zamawiającego o cenach postępień ZNTK jest niezgodny z SWZ, jak również odnosi się do informacji, które zostały złożone w trybie niezgodnym ze specyfikacją.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod

uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Zakłady Naprawy Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W § 2 ust. 4 SWZ Zamawiający poinformował, że przewiduje wybór oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej, o której mowa w art. 227-238 ustawy Pzp, pod warunkiem, że zostaną złożone co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

W § 18 SWZ Zamawiający zamieścił postanowienia dotyczące sposobu przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w tym:

ust. 10:

2) Wykonawca w trakcie aukcji widzi wartość swojej oferty, pozycję własnej oferty (ranking), wartość oferty prowadzącej;

3) oferty składane przez Wykonawców podlegają automatycznej klasyfikacji na podstawie wskazanych przez Zamawiającego kryteriów w postępowaniu; punktacja, o której mowa w § 14 do SWZ zostanie zaokrąglona do 2 miejsc po przecinku;

6) decydującym momentem dla uznania, że oferta została złożona w czasie trwania aukcji jest moment zapisu oferty na serwerze i jej rejestracji przez system.  
ust. 11. Sposób składania ofert w toku aukcji elektronicznej.

1) w toku aukcji elektronicznej Wykonawcy składają oferty elektroniczne, pozostając w trybie bezpośredniego połączenia ze stroną internetową <https://polregio.eb2b.com.pl/>;

2) Wykonawcy, którzy chcą wziąć udział w aukcji elektronicznej, muszą się zalogować na Platformie; warunkiem wzięcia udziału w aukcji elektronicznej jest dysponowanie bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu;

3) minimalne wymagania techniczne urządzeń informatycznych, niezbędne do przeprowadzenia aukcji elektronicznej: a) być wyposażony w procesor o mocy obliczeniowej minimum 2 GHz i posiadać co najmniej 2 GB pamięci RAM, b) posiadać zainstalowany jeden z następujących systemów operacyjnych: MacOS X 10.4, Linux, MS Windows XP lub

nowszy, c) posiadać zainstalowaną jedną z przeglądarek internetowych: najnowsze wersje Firefox, Mozilla, Chrome, Opera albo Microsoft Internet Explorer 10.0 lub nowszą, d) posiadać połączenie z siecią Internet o szybkości transmisji nie mniejszej niż 512 kb/s;

4) w toku aukcji elektronicznej Wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na Platformie, umożliwiającego wprowadzanie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z Platformą, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające

automatycznej ocenie i klasyfikacji; postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu;

5) z uwagi na fakt, że postąpienia, które Wykonawcy są zobligowani podpisać elektronicznie, są generowane w postaci dokumentu PDF (Portable Document Format), Wykonawcy biorący udział w aukcji elektronicznej winni dysponować oprogramowaniem umożliwiającym odczytywanie plików w ww. formacie; oprogramowanie takie Wykonawcy mogą pobrać bezpłatnie ze strony internetowej <http://get.adobe.com/reader/>;

6) Wykonawcy składający postąpienia są obowiązani podpisywać oferty składane w toku aukcji (postąpienia) za pomocą oprogramowania dostarczanego przez wystawcę podpisu elektronicznego - struktura generowanych przez Platformę ofert nie pozwala na podpisywanie ich bezpośrednio z poziomu programu Adobe Reader;

7) Wykonawcy podpisują oferty w trakcie trwania aukcji kwalifikowanym podpisem elektronicznym; szczegółowa instrukcja składania ofert z użyciem podpisu elektronicznego znajduje się po zalogowaniu na koncie Wykonawcy w zakładce Ustawienia - Test podpisu elektronicznego;

8) wersja demonstracyjna Platformy, na której możliwe jest zapoznanie się z jej działaniem, została udostępniona pod adresem: <https://polregio.eb2b.com.pl/>;

9) informacji technicznych związanych z organizacją aukcji udziela operator Platformy pod numerem telefonu (+48) 22 42 81 928, e-mail: [admin@eb2b.com.pl](mailto:admin@eb2b.com.pl);

ust. 12. 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. Kontynuacja aukcji nastąpi na Platformie, na której aukcję rozpoczęto.

14. Wykonawca powinien zapoznać się z „Instrukcją obsługi platformy zakupowej eB2B - podęcznik Oferenta”, która znajduje się w zakładce Pomoc -> Instrukcje oraz „Instrukcją obsługi Platformy Przetargowej w zakresie wykorzystania podpisu elektronicznego”, która znajduje się w zakładce Ustawienia -> Test podpisu elektronicznego -> Szczegółowa instrukcja złożenia podpisu elektronicznego.

W dokumentacji postępowania znajduje się protokół z aukcji przeprowadzonej 12 stycznia 2022 r., wygenerowany z platformy elektronicznej. Wynika z niego, że w aukcji wzięło udział dwóch wykonawców: Odwołujący i Przystępujący, przy czym Odwołujący zaoferował cenę 8 446 350,00 zł i został sklasyfikowany na pierwszym miejscu, a Przystępujący zaoferował cenę 8 553 630,00 zł, w związku z czym został sklasyfikowany na 2 miejscu.

Ponadto dokumentacja postępowania zawiera następujące oferty złożone w toku aukcji przez Przystępującego:

- oferta oznaczona nr 1, z 12 stycznia 2022 r. godz. 12:02:28, na kwotę 8 553 230,00 zł,

- dwa pliki zawierające ofertę z taką samą treścią, z 12 stycznia 2022 r. godz. 12:10:28, na kwotę 7 738 780,00 zł.

W dokumentacji postępowania znajdują się również zrzuty ekranu z widokiem ww. ofert Przystępującego w postaci pdf, które wpłynęły na platformę oraz z rozwiniętymi informacjami na temat podpisu elektronicznego. Wg tych informacji oferty zostały podpisane przez J. G., tj. osobę wskazaną w punkcie 12 formularza oferty jako upoważnioną do składania ofert w trakcie aukcji elektronicznej.

Pismem z 14 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej, podając następujące uzasadnienie:

W przeprowadzonej aukcji elektronicznej zostały złożone cztery oferty w ramach czterech

kolejnych postępień. Jedną ofertę w ramach jednego postąpienia na kwotę: 8 446 350,00 złożył Wykonawca: Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. K., Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon, a trzy Wykonawca: ZAKŁADY NAPRAWCZE TABORU KOLEJOWEGO "MIŃSK MAZOWIECKI" SPÓŁKA AKCYJNA, GEN.K.SOSNKOWSKIEGO 34, 05-300 MIŃSK MAZOWIECKI przy czym oferta z najniższą kwotą została złożona na kwotę: 7 738 780,00 PLN.

Pomimo, że oferty Wykonawcy ZAKŁADY NAPRAWCZE TABORU KOLEJOWEGO "MIŃSK MAZOWIECKI" SPÓŁKA AKCYJNA (druga i trzecia) zostały prawidłowo podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie zostały one odnotowane w rankingu widocznym dla Wykonawców na platformie, na której toczyła się aukcja, co uniemożliwiło podjęcie decyzji o ewentualnym kolejnym postąpieniu przez Wykonawcę Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. K.

Wobec powyższego Zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny ofert zgodnie z przywołanymi na wstępie przepisem art. 238 oraz zasadami określonymi w art. 16 i 17 ustawy Pzp, ponieważ zaburzony został proces uzyskiwania nowych, obniżonych cen, podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

W dniu 14 stycznia 2022 r. Zamawiający skierował do wykonawców zaprowadzenie do aukcji elektronicznej, zaplanowanej na 19 stycznia 2022 r. godz.12.00.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, które stanowią:

- art. 238: Zamawiający po zamknięciu aukcji elektronicznej dokonuje oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej.
- art. 227 ust. 2: Zamawiający może przeprowadzić aukcję elektroniczną w celu uzyskania nowych, obniżonych cen lub nowych wartości w zakresie niektórych elementów ofert, podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.
- art. 16: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.
- art. 239 ust 1: Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył przytoczonych przepisów ustawy.

Po pierwsze stwierdzić należy, że teza Odwołującego, jakoby to on złożył najkorzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej, nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Izba ustaliła bowiem, że Przystępujący przed zamknięciem aukcji złożył postąpienie, oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za 7 738 780,00 zł, co jest ceną niższą niż zaoferowana przez Odwołującego. Oferta z tą ceną wpłynęła na platformę w terminie i w wymaganym formacie oraz została prawidłowo podpisana przez osobę upoważnioną do składania ofert w trakcie aukcji elektronicznej. Ofertę tę należy zatem uznać za ważną. Nie została ona jednak automatycznie odnotowana w widocznym dla wykonawców rankingu ofert składanych w toku aukcji.

Powyższe bez wątpienia spowodowało wadliwość aukcji i w konsekwencji brak możliwości wyboru zarówno oferty Przystępującego (Odwołujący nie miał bowiem możliwości podjęcia decyzji co do ewentualnych kolejnych postępień), jak i oferty Odwołującego, która nie była ofertą najkorzystniejszą, mimo że jako najkorzystniejsza została błędnie odnotowana w rankingu. Skoro oferta Przystępującego z ceną 7 738 780,00 zł była ważna, Zamawiający nie mógł jej zignorować i wybrać oferty droższej, jak tego domaga się Odwołujący.

Jak ustalono w trakcie rozprawy, zaistniała sytuacja nie była wynikiem awarii platformy elektronicznej, w związku z czym wszystkie złożone przez Odwołującego wnioski dowodowe (korespondencja z administratorem platformy, pisma kierowane do

Zamawiającego, wniosek o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia raportów z przebiegu aukcji), które zostały zgłoszone na okoliczność braku awarii platformy, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Brak takiej awarii jest bowiem między stronami okolicznością bezsporną. Jak wskazał Zamawiający, wykonawca zgłasza postąpienie podając oferowaną cenę kwotową, co pozwala na wygenerowanie pliku PDF, który należy podpisać (oferta) i cenę z tej oferty wprowadzić do odpowiedniej rubryki na platformie. Zamawiający wskazał, że przyczyną zaistniałej sytuacji było to, że Przystępujący, po prawidłowym zgłoszeniu postąpienia i podpisaniu pliku PDF, nie wypełnił na platformie rubryki, w której należało wpisać cenę z dokumentu PDF, dodał natomiast ten dokument jako załącznik, w związku z czym oferta została złożona, ale nie została odnotowana w rankingu.

Odwołujący nie kwestionował przedstawionego przez Zamawiającego sposobu składania postąpień i kolejnych kroków, które należało wykonać, a tym samym nie twierdził, że przedstawiony przez Zamawiającego powód braku odnotowania postąpienia w rankingu ofert nie był rzeczywistą przyczyną zaistniałej sytuacji. Odwołujący jednak wywodził z tych okoliczności nieuprawnione - zdaniem Izby - skutki prawne.

Ocena ustalonego w rozpoznawanej sprawie stanu faktycznego wymagała odpowiedzi na pytanie, czy brak wpisania kwoty oferty w odpowiedniej rubryce platformy można uznać za okoliczność powodującą, nie oferta nie została ważnie złożona. W ocenie Izby na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Izba wzięła pod uwagę, że taki sposób złożenia oferty nie narusza żadnego z postanowień § 18 SWZ,

w którym Zamawiający - stosownie do art. 230 ustawy Pzp - określił wszystkie wymagane

informacje dotyczące aukcji elektronicznej. W szczególności za bezpodstawne należy uznać twierdzenia Odwołującego o naruszeniu wymagań § 18 ust. 11 pkt 4-6 SWZ. Dokumentacja

postępowania potwierdza bowiem, że Przystępujący, zgodnie z ww. postanowieniami, opatrzył postąpienie, wygenerowane formie dokumentu pdf, bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. SWZ,

określając wszystkie wymagane ustawą informacje dotyczące aukcji, nie określa wymogów, które Przystępujący by naruszył i które mogłyby uzasadniać uznanie złożonego postąpienia za nieważne. Co więcej, nie zostało wykazane, aby wskazana w SWZ „Instrukcja obsługi

platformy zakupowej eB2B - podręcznik Oferenta”, z którym to dokumentem wykonawcy

zobowiązani byli się zapoznać, określała konieczność dodatkowego wpisania oferowanej kwoty w odpowiedniej rubryce i wiązała z tym określone skutki. W tej sytuacji w ocenie Izby nie można zarzucić Przystępującemu, że złożył postąpienie nieważnie, nie dopełniając obowiązków, które ważność takiego postąpienia warunkowały. Uprawnione jest zatem stanowisko Zamawiającego o niedopełnieniu jedynie określonej czynności technicznej, która jednak nie wpływa na fakt, że złożona oferta jest ważna, wiążąca i że Zamawiający nie mógł jej pominąć. To właśnie zignorowanie tej oferty mogłoby zostać ocenione jako naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dodatkowo stwierdzić należy, że Odwołujący niezasadnie powołał się na przepis art. 236 ustawy Pzp, który nie dotyczy sytuacji, z jaką mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Przepis ten stanowi, że w przypadku gdy awaria systemu teleinformatycznego spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, zamawiający wyznacza termin kontynuowania

aukcji elektronicznej na następny dzień roboczy przypadający po usunięciu awarii, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu. Dotyczy to zatem sytuacji, gdy aukcja na skutek awarii zostanie przerwana. Skoro w przedmiotowej sprawie do przerwania aukcji nie doszło, nie sposób twierdzić, że Zamawiający miał obowiązek wyznaczenia terminu kontynuowania aukcji, zamiast jej unieważnienia i powtórzenia.

W ocenie Izby w zaistniałym stanie faktycznym jedyną możliwością prawidłowego

kontynuowania postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej, było właśnie unieważnienie aukcji z 12 stycznia 2022 r. i jej powtórzenie. Zamawiający bowiem nie mógł w wyniku przeprowadzonej aukcji wybrać ani oferty Przystępującego, ani oferty Odwołującego. Zgłoszone w odwołaniu żądanie uznania oferty złożonej w tej aukcji przez Odwołującego za najkorzystniejszą nie mogło zostać uwzględnione, wybór taki byłby oczywiście wadliwy, biorąc pod uwagę, że została złożona ważna oferta z niższą ceną.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący nieprawidłowego uzasadnienia

czynności unieważnienia aukcji elektronicznej. W tym zakresie zauważenia wymaga, że przepisy ustawy nie określają szczególnego obowiązku uzasadnienia takiej czynności, jak to ma miejsce np. w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty. Izba wzięta jednak pod uwagę, że zasada przejrzystości postępowania (art. 16 ust. 2 ustawy Pzp) przemawia za koniecznością przedstawienia motywów działania Zamawiającego. W ocenie Izby Zamawiający wywiązał się z tego obowiązku, przedstawiając mające oparcie w dokumentacji postępowania twierdzenia, że zostały złożone postąpienia prawidłowo podpisane podpisem elektronicznym, które jednak nie zostały odnotowane w rankingu widocznym dla wykonawców na platformie, na której toczyła się aukcja, co uniemożliwiło podjęcie decyzji o ewentualnym kolejnym postąpieniu przez Odwołującego. Wobec braku szczególnych wymagań co do uzasadnienia decyzji o unieważnieniu aukcji należy stwierdzić, że przedstawione uzasadnienie, zgodne ze stanem faktycznym, wystarczająco wyjaśnia, dlaczego w wyniku przeprowadzonej aukcji dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty nie było możliwe, a konieczne było powtórzenie aukcji.

W ocenie Izby nie jest również uzasadniony zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, który to zarzut Odwołujący oparł na twierdzeniu, że zaoferowana przez niego w toku aukcji cena została ujawniona innym wykonawcom, podczas gdy nie ujawniono wartości postąpień Przystępującego. Odnosząc się do tego twierdzenia zauważyć należy, że to właśnie dlatego, że w toku aukcji Odwołujący nie poznał wartości oferty drugiego wykonawcy, oferta Przystępującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Nie jest jednak tak, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie została ujawniona przed powtórzeniem aukcji, cena ta została bowiem wskazana w informacji o unieważnieniu aukcji z 12 stycznia 2022 r. W konsekwencji, przed przystąpieniem do drugiej aukcji obaj wykonawcy znali wzajemnie ceny zaoferowane podczas aukcji unieważnionej. Odwołujący mógł zatem na równych z Przystępującym zasadach wziąć udział w powtórzonej aukcji.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1

2020 r.  
poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: .....