

**Sygn. akt KIO 2598/19**  
**KIO 2600/19**

**WYROK**  
**z dnia 14 stycznia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2019 r. przez:

1. wykonawcę Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach (sygn. akt KIO 2598/19);
2. wykonawcę Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2600/19);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” w Warszawie, przy udziale:

1. wykonawcy Budimex Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2598/19 i KIO 2600/19 po stronie Zamawiającego;
2. wykonawcy Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2600/19 po stronie odwołującego się wykonawcy;

**orzeka:**

1. Oddała oba odwołania;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołujących się wykonawców:
  1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 40.000,00 zł (słownie: czterdzieści tysięcy złotych złotych 00/100) uiszczoną przez

odwołujących się wykonawców tytułem wpisów od odwołań;

2. zasądza od każdego z odwołujących się wykonawców na rzecz Zamawiającego kwoty po 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) 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 2598/19**

**KIO 2600/19**

### **Uzasadnienie**

Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie w formule projektuj i wybuduj budynku terminala na terenie lotniska Radom – Sadków, wraz z wyposażeniem i uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, zwane dalej „Postępowaniem”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 października 2019 r., pod nr 2019/S 191465012.

19 grudnia 2019 r. Zamawiający ponownie zaprosił wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia do udziału w aukcji elektronicznej, co zostało zaskarżone odwołaniami wniesionymi do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba” lub „KIO”) 23 grudnia 2019 r. przez:

1. wykonawcę Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach (sygn. akt KIO 2598/19), zwanego dalej również „Odwołującym” lub „Wykonawcą M”;
2. wykonawcę Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2600/19), zwanego dalej również „Odwołującym” lub „Wykonawcą H”.

**Sygn. akt KIO 2598/19**

#### **Odwołujący zaskarżył:**

1. podjęcie decyzji o konieczności ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej;
2. brak wskazania podstawy prawnej decyzji o konieczności ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej;
3. brak należytego uzasadnienia konieczności ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w szczególności brak przedstawienia dowodów wskazujących na „w toku aukcji elektronicznej zostały stwierdzone usterki techniczne w działaniu platformy uniemożliwiające prawidłowy przebieg aukcji” oraz dowodów na dokonanie czynności weryfikacji tych informacji przez Zamawiającego z Operatorem systemu aukcyjnego;

4. bezpodstawne zaproszenie do ponownego udziału w aukcji elektronicznej z terminem otwarcia aukcji elektronicznej 2019-12-24 godz. 10:00;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91b ust. 1 i w zw. z art. 91d ust. 2 oraz art. 91e pkt 13 Pzp przez bezpodstawną decyzję o konieczności ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej, przy czym Zamawiający nie wskazał żadnej podstawy prawnej dla swojej decyzji o konieczności ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej;
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp przez brak należytego uzasadnienia konieczności ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w szczególności brak przedstawienia dowodów wskazujących na kłopot wykonawcy Budimex Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Wykonawca B”) w wykonywaniu postępień w toku aukcji elektronicznej, jako że zostały stwierdzone usterki techniczne w działaniu platformy uniemożliwiające prawidłowy przebieg aukcji oraz dowodów na dokonanie czynności weryfikacji tych informacji przez Zamawiającego z Operatorem systemu aukcyjnego;
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91b ust. 1 i w zw. z art. 91d ust. 2 oraz art. 91e pkt 13 Pzp przez bezpodstawną decyzję o ponowieniu aukcji elektronicznej, a w konsekwencji brak dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp przez brak wykluczenia Wykonawcy B z Postępowania z uwagi na bezprawne wpływanie na działania Zamawiającego, które skutkowało wyznaczeniem kolejnej aukcji na dzień 24 grudnia 2019 r.;
5. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 355 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U z 2019 r., poz. 1145 j.t. ze zm. (dalej „Kc”) i w zw. z art. 14 Pzp i w zw. z art. 91d ust. 2 oraz art. 91e pkt 1-3 Pzp przez unieważnienie aukcji z dnia 18 grudnia 2019 r., przy braku dowodów na dochowanie przez Wykonawcę B należytej staranność w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej i przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności zaproszenia do ponownego udziału w aukcji elektronicznej;
2. uznanie aukcji elektronicznej z dnia 18 grudnia 2019 r. za przeprowadzoną prawidłowo;
3. wykluczenie Wykonawcy B z Postępowania;
4. powołania biegłego z zakresu informatyki śledczej;

5. dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z wynikiem aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 18 grudnia 2019 r.

Odwołujący podał, że jest legitymowany do skorzystania ze środka ochrony prawnej, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

W zakresie zaskarżonej decyzji o konieczności powtórzenia aukcji Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający – pismem z dnia 19.12.2019 r. – poinformował wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, że powziął decyzję o konieczności ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Jako powód podjętej decyzji wskazano, cyt.: „Tuż przed aukcją, której start został wyznaczony na dzień 18 grudnia br., godz. 10:00, Zamawiający otrzymał od wszystkich Wykonawców informacje o kłopotach z dostępem do systemu aukcyjnego. Zamawiający zweryfikował te informacje u Operatora systemu aukcyjnego, który potwierdził, iż niektórzy Wykonawcy nie byli w stanie zalogować się do aukcji z przyczyn niezależnych od nich. Ponieważ, w toku aukcji elektronicznej zostały stwierdzone usterki techniczne w działaniu platformy uniemożliwiające prawidłowy przebieg aukcji Zamawiający uznał za zasadne ponowne przeprowadzenie aukcji elektronicznej mając na uwadze podstawowe zasady zamówień publicznych tj. równe traktowanie Wykonawców oraz transparentność prowadzonego postępowania. Zaproszenia do powtórzonej aukcji zostały wysłane do Wykonawców w dniu 19 grudnia br.”.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający podejmując decyzję o konieczności ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej nie wskazał podstawy prawnej dokonanej czynności, co należy kwalifikować jako utrudnienie dla Odwołującego w zakresie możliwości wniesienia środka ochrony prawnej i jednocześnie faworyzowanie Wykonawcy B. Ustawa Pzp w żadnym ze swoich przepisów nie zwalnia Zamawiającego ze wskazania prawidłowej podstawy prawnej przy każdej czynności. Zaniechanie Zamawiającego dowodzi pogwałcenia zasady niedyskryminacji. Należy zauważyć, że przepisy Pzp nie przewidują instytucji powtórzenia aukcji, zatem w tym wypadku doszło do rażącego naruszenia art. 91d ust. 2 oraz art. 91 e pkt 1-3 Pzp. Innymi słowy brak jest dowodu na awarię systemu teleinformatycznego, skoro Odwołujący i Wykonawca H mogli dokonywać postępień. Zaś sama aukcja została prawidłowo zamknięta.

Odwołujący podał następnie, że w nawiązaniu do wspomnianego powyżej pisma Zamawiającego z 19 grudnia 2019 r., złożył do Zamawiającego, w dniu 20 grudnia 2019 r., wniosek o niezwłoczne udostępnienie i przekazanie mu w terminie do dnia 20.12.2019 r. pełnej korespondencji dotyczącej informacji składanych przez wykonawców o kłopotach z dostępem do systemu aukcyjnego oraz korespondencji dotyczącej weryfikacji dokonanej przez

Zamawiającego u Operatora systemu aukcyjnego w zakresie kłopotów z dostępem do systemu aukcyjnego.

Na wniosek Odwołującego Zamawiający przekazał informacje, które w żaden sposób nie wykazują prawidłowości decyzji o konieczności unieważnienia aukcji. Brak jest dowodu w piśmie Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2019r. na to że Wykonawca B:

1. wnosił o przedłużenie aukcji w dniu 18 grudnia 2019r., a Zamawiający odmówił tej prośbie;
2. niezwłocznie podjął prawidłowe działania w celu zalogowania się w celu uczestnictwa w aukcji;
3. niezwłocznie podjął prawidłowe działania w celu wykonania postąpienia po zalogowaniu się.

Należy zauważyć, że licytacja zakończyła się o godz. 10:34:34, czyli 10 min. po ostatnim postąpieniu Wykonawcy H, natomiast wg. informacji podanej przez Zamawiającego, Wykonawca B uaktywnił się na platformie o 10:33. Tymczasem przecież czas operacyjny postąpienia na platformie wynosi do 30s. To prowadzi do jednego wniosku, że Wykonawca B miał 1 – 1,5 min. aby złożyć postąpienie. Wreszcie nie można zapominać, że każdy profesjonalny wykonawca uczestniczący w aukcji wcześniej ustala minimalną wartość swojej oferty. To wszystko prowadzi do wniosku, że działania Wykonawcy B mogły być nakierowane na sabotowanie tej aukcji lub wynikały z nieudolności, za co Zamawiający odpowiadać nie może.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający podejmując tak daleko idącą decyzję jak unieważnienie wyników przeprowadzonej aukcji i jej powtórzenie, zobowiązany był do wykazania, że wykonawca przy wykazaniu profesjonalnej staranności był pozbawiony możliwości dokonywania postąpień. Tymczasem Zamawiający tego nie wykazał ani w piśmie z dnia 19 grudnia 2019r., ani też w piśmie z dnia następnego, co dowodzi niewytłumaczalnej bierności wobec wniosku Odwołującego o udostępnienie korespondencji związanej z rzekomymi błędami systemu aukcyjnego, uniemożliwiającymi wyłącznie Wykonawcy B – po pierwsze – tak późne zalogowanie się na platformę, po drugie – dokonywanie postąpień w aukcji gdy aukcja jeszcze trwała. Podkreślenia wymaga, że zamawiający unieważniając czynność, czy też dokonując jakiegokolwiek czynności musi dysponować dowodami, które wykażą zasadność skorzystania z danego przepisu. Zatem już nawet rozważając decyzję o unieważnieniu aukcji, zamawiający musi dysponować dowodami, które ponad wszelką wątpliwość utwierdzą go w legalności podjętej decyzji. Zabranym materiałem dowodowym musi stanowić uzasadnienie decyzji (w tym wypadku tej z 19 grudnia 2019 r.), gdyż to ten i tylko ten moment decyduje o skorzystaniu przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej.

Uwydatnienia również wymaga, że zamawiający musi liczyć się z tym, że wykonawcy po otrzymaniu zawiadomienia o konieczności powtórzenia aukcji elektronicznej będą żądać szczegółowych informacji co do zaistnienia rzekomych usterek technicznych w działaniu platformy aukcyjnej uniemożliwiających wykonawcom dokonywanie postępowań. Dlatego uzewnętrzniając decyzję o anulowaniu aukcji zamawiający musi być organizacyjnie przygotowany do udostępnienia dokumentacji z procedury weryfikacji prawidłowości przeprowadzenia aukcji i prawidłowości działań wykonawców. Jeżeli Zamawiający nie mógł niezwłocznie udostępnić dokumentów z weryfikacji informacji o kłopotach Wykonawcy B z wykonywaniem postępowań w aukcji, to nie powinien, do czasu ustalenia prawdziwego stanu faktycznego, podejmować jakiegokolwiek decyzji.

Odwołujący podkreślił, że ma pełne prawo do zapoznania się z dokumentami obrazującymi szczegółowe przyczyny anulowania aukcji, by kompleksowo ocenić swoją sytuację w przetargu i ewentualnie skorzystać ze środków ochrony prawnej. Tymczasem Zamawiający nie tylko faktycznie nie udostępnił Odwołującemu w dniu 20.12.2019 r. żądanych dokumentów, uniemożliwiając tym samym rzetelną ocenę zasadności decyzji o powtórzeniu aukcji, ale jeszcze wyznaczył termin powtórzonej aukcji już na dzień 24.12.2019 r.

Warto zaznaczyć, że właściwe uzasadnienie podejmowanych decyzji jest niezbędne nie tylko z uwagi na interes wykonawcy w kontekście skorzystania ze środka ochrony prawnej, ale też z uwagi na legalność działań zamawiającego. Zamawiający nigdy jednak nie próbował udowodnić, że miał wiedzę o braku możliwości dokonania postępowań przez Wykonawcę B w trakcie aukcji, jak też nigdy nie próbował uzasadnić dlaczego, mimo takiej wiedzy, nie przerwał aukcji lub jej nie przedłużył. To oczywiście skutkuje utrudnieniem wykonawcy w dostępie do środków ochrony prawnej, skoro uzasadnienie decyzji Zamawiającego służy temu, aby umożliwić Izbie, a następnie sądowi, wykonanie kontroli nad czynnościami zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że przedstawiając lakoniczne, pozbawione argumentacji i wykazania okoliczności faktycznych uzasadnienie, Zamawiający faworyzuje Wykonawcę B.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że jak wynika z rozmowy telefonicznej z przedstawicielem Zamawiającego, powodem zmiany decyzji Zamawiającego były groźby ze strony przedstawicieli Wykonawcy B o wniesieniu odwołania do KIO. W takiej sytuacji, zgodnie z Pzp, Zamawiający miał obowiązek a nie przywilej wykluczenia takiego wykonawcy z Postępowania. Należy przypomnieć że postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem sformalizowanym, wykonawcy więc w takiej sytuacji służy prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej, nie zaś formułowanie gróźb do Zamawiającego.

W świetle działań Wykonawcy B, zmaterializowała się przesłanka wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania opisana w art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp, gdyż na skutek gróźb Wykonawcy B Zamawiający podjął nowe decyzje w Postępowaniu.

Następnie Odwołujący zwrócił uwagę na informację przekazaną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 19 grudnia 2019 r. o treści: „Zamawiający otrzymał od wszystkich Wykonawców informacje o kłopotach z dostępem do systemu aukcyjnego”.

Odwołujący i Wykonawca H przy dołożeniu elementarnej staranności przełamali jedyną trudność jaka pojawiła się przed aukcją (w zalogowaniu) oraz nie zgłaszali później żadnych innych kłopotów w toku aukcji. Zatem także Wykonawca B mógł sobie zapewnić infrastrukturę i kadre, która zagwarantowałyby udział w akcji, przecież na znacząca wartość finansową. Zamawiający pomimo braku dowodów na dochowanie przez Wykonawcę B należytej staranności unieważnił aukcję, nie mając żadnej pewności o prawdziwości jego twierdzeń.

Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 Kc, zgodnie z którą dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03).

W praktyce ustalenie miernika należytej staranności polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.

Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 Kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania. Innymi słowy art. 355 § 2 Kc nakłada na wykonawcę obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie każdej wątpliwości, zatem zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania



należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 Kc. Sądy wielokrotnie wskazał także, że od profesjonalisty w danej dziedzinie uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku.

Wykonawca, jako podmiot profesjonalny uczestniczący w obrocie gospodarczym, powinien wykazać się odpowiednimi standardami postępowania i właściwą dbałością o swoją pozycję w postępowaniu. To w interesie Wykonawcy B leżało prawidłowe ustalenie stanu faktycznego i powinien on dołożyć należytej staranności w celu swoich interesów, czyli zmobilizować się. Z pewnością, jako jeden z krajowych liderów w branży budowlanej, mógł a wręcz powinien zagwarantować sobie niezbędną wiedzę fachową, obejmującą informatyczną obsługę przed i w toku aukcji, doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej, ustalone zwyczajowo standardy wymagań, znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w prowadzonej działalności gospodarczej (*vide*: wyroki SN w sprawach IV CK 100/05, I CK 625/03, III CRN 77/93). Każdy z tych elementów powinien być wykonany z najwyższą starannością i oczywiście w stosownym terminie.

Na koniec trzeba przypomnieć, że ogólna zasada równości jest jedną z podstawowych zasad prawa wspólnotowego. Zasada ta zakazuje odmiennego traktowania identycznych sytuacji lub identycznego traktowania odmiennych sytuacji, chyba że tego rodzaju traktowanie jest obiektywnie uzasadnione (wyrok Trybunału z dnia 9 września 2004 r. w sprawie C-304/01 Hiszpania przeciwko Komisji). Zarówno Odwołujący, jak i Wykonawca H dołożyli elementarnej staranności w celu udziału w aukcji w dniu 18 grudnia 2019 r., zaś kwestionowane działania Zamawiającego są dowodem na ich dyskryminację i uprzywilejowanie Wykonawcy B.

Uzasadniając wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki śledczej Odwołujący wyjaśnił, że jest to gałąź nauk sądowych, której celem jest dostarczenie cyfrowych środków dowodowych popełnionych przestępstw lub nadużyć. Jej zadaniem jest poszukiwanie, odzyskiwanie, zbieranie, analizowanie oraz prezentowanie informacji znajdujących się na różnego rodzaju nośnikach.

Informatyka śledcza w zależności od potrzeb może spełniać dwie funkcje:

1. informacyjną – na etapie prowadzenia dochodzenia dostarcza wskazówek i śladów, które umożliwiają dalsze zgłębianie interesujących zagadnień;
2. dowodową – na etapie procesowym umożliwia niepodważalne udowodnienie popełnienia określonych czynów lub posiadania określonych informacji w postaci dowodu cyfrowego.

Z uwagi na możliwości jakie daje współczesna technika informatyczna, istnieje możliwość zabezpieczenia tak ww. informacji cyfrowych, jak i dokonanie ich analizy.

Jednocześnie, na potwierdzenie prawidłowości unieważnienia aukcji z dnia 18 grudnia 2019r., Odwołujący wniósł o zobowiązanie Wykonawcy B do wskazania osób kontaktujących się z Zamawiającym w ciągu całego dnia 18 i 19 grudnia 2019r., wskazania użytych środków komunikacji oraz przeprowadzenia dowodu z adresów poczty elektronicznej wskazanych przedstawicieli i ich telefonów stacjonarnych oraz komórkowych, a następnie przeprowadzenie dowodu z tych narzędzi i urządzeń, na okoliczność kontaktowania się Wykonawcy B z Zamawiającym i na okoliczność braku możliwości dokonywania postępień w toku przedmiotowej aukcji. Odwołujący dodał, że analogiczny dowód konieczny jest również w zakresie przedstawicieli Zamawiającego.

### **Sygn. akt KIO 2600/19**

#### **Odwołujący zaskarżył:**

1. czynność Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2019 r., polegającą na skierowaniu do uczestników Postępowania zaproszenia do udziału w kolejnej aukcji elektronicznej, podczas gdy aukcja przeprowadzona w dniu 18 grudnia 2019 r. została przez Zamawiającego zakończona;
2. zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy M do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, w szczególności w zakresie warunku wykonawcy dotyczącego sporządzenia dokumentacji projektowej wykonawczej o której mowa w Rozdziale V ust. 1 pkt. 2 a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”);

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91d ust. 1 i 2 Pzp przez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o wyniki aukcji przeprowadzonej w dniu 18 grudnia 2019 r., w sytuacji w której sygnalizowane problemy natury technicznej nie spowodowały przerwania aukcji w rozumieniu art. 91 d) ust. 1 Pzp;
2. art. 7 w zw. z art. 91d ust. 2 oraz art. 91 e) Pzp przez dążenie do przeprowadzenia ponownej aukcji elektronicznej w sytuacji, w której Zamawiający po zakończeniu aukcji nie respektuje jej rozstrzygnięć, lecz dąży do ponowienia aukcji w sytuacji, w której Odwołujący ujawnił już swoją strategię dotyczącą udziału w aukcji;
3. art. 7 w zw. z art. 91d ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w aukcji z dnia 18 grudnia 2019 r., przejawiające się w prowadzeniu i zakończeniu aukcji pomimo trudności sygnalizowanych przed jej rozpoczęciem przez Odwołującego, a następnie podjęciu decyzji o powtórzeniu aukcji w reakcji na analogiczne sygnały kierowane przez innego wykonawcę;

4. art. 91b ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 1 Pzp przez skierowanie zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej do Wykonawcy M, bez uprzedniego zweryfikowania, czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a co za tym idzie – czy nie podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu;

ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności procesowej:

5. art. 26 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnioną zwłokę w skierowaniu do Wykonawcy M wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, pomimo tego że w świetle wykonanych przez Zamawiającego czynności znany jest ranking oferentów, a dalsze procedowanie wymaga zbadania, czy nie zachodzą przesłanki wykluczenia oraz czy Wykonawca M spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z dnia 19 grudnia 2019 r., polegającej na wystosowaniu do wykonawców zaproszenia do ponownego udziału w aukcji elektronicznej;
2. respektowania wyników aukcji elektronicznej przeprowadzonej przez Zamawiającego i zakończonej w dniu 18 grudnia 2019 r.;
3. wystąpienia do Wykonawcy M, w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, o złożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący podał, że w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, jest legitymowany do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podniósł, co następuje.

W zakresie aukcji elektronicznej, bazując na treści pisma Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2019 r., Odwołujący zauważył, że przebieg aukcji z dnia 18 grudnia 2019 r. istotnie naznaczony był trudnościami natury technicznej. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, problemy techniczne z systemem aukcyjnym były sygnalizowane Zamawiającemu nie „tuż przed aukcją”, lecz z dużym wyprzedzeniem. Pomimo sygnalizowania takich problemów przez Odwołującego, Zamawiający uznał, że nie zachodzi sytuacja o której mowa w art. 91d ust. 1 Pzp, lecz zdecydował o planowym przeprowadzeniu aukcji elektronicznej.

W toku aukcji z dnia 18 grudnia 2019 r., Odwołujący wziął udział w licytacji oraz dokonał postąpień, co wyraźnie dowodzi, że sygnalizowane problemy techniczne, jakkolwiek utrudniały Postępowanie, to jednak nie wyłączały możliwości udziału w aukcji. Aukcja została zresztą przez Zamawiającego przeprowadzona i oficjalnie zakończona.

W dniu 19 grudnia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że z uwagi na informacje o problemach wykonawców, zdecydował o „ponownym przeprowadzeniu aukcji”.

Co znamienne, w treści wspomnianego pisma Zamawiający unika jednoznacznej deklaracji, że aukcja z dnia 18 grudnia 2019 r. zostaje unieważniona i z czego miałyby to wynikać. Podobnie Zamawiający nie wskazuje na podstawy prawne w oparciu o które dokonuje „reassumpcji” aukcji, co wyraźnie wskazuje, że działanie Zamawiającego ma charakter całkowicie uznaniowy. Odwołujący zaznaczył, że jakiegokolwiek zabiegi związane z powtórnią aukcją elektroniczną musiałyby wiązać się z unieważnieniem wcześniejszej aukcji, ponieważ inaczej nie sposób pogodzić ze sobą ani porównać chociażby postępień dokonanych przez wykonawców w ramach poszczególnych aukcji.

Pomimo sygnalizowanych Zamawiającemu trudności technicznych, wobec decyzji Zamawiającego o kontynuowaniu aukcji w dniu 18 grudnia 2019 r., Odwołujący – posiłkując się wsparciem technicznym własnym oraz serwisem operatora platformy aukcyjnej – był w stanie wziąć udział w licytacji. Nie ma zatem podstaw do twierdzenia, że aukcja z dnia 18 grudnia 2019 r. może być uznana za niebyłą. Abstrahując od kwestii komfortu uczestników, z formalnego punktu widzenia aukcja ta się odbyła, dokonano postępień, a Zamawiający nie podjął decyzji o jej przerwaniu – aukcja zakończyła się w sposób przewidziany. Należy również zauważyć, że art. 91d Pzp dotyczy przerwania trwającej licytacji, do której możliwy jest powrót po usunięciu awarii. Przepisy Pzp nie przewidują natomiast w żadnym miejscu możliwości unieważnienia aukcji już po jej zakończeniu.

W świetle powyższych wytycznych nie sposób nie zauważyć, że w przedmiotowej sprawie brak jest podstaw do unieważnienia aukcji przeprowadzonej w dniu 18 grudnia 2019 r., a w konsekwencji nie jest dopuszczalne przeprowadzenie kolejnej aukcji. Zarówno bowiem w świetle Pzp, jak i w SIWZ prowadzonego przez Zamawiającego, wynik prawidłowo przeprowadzonej i zakończonej aukcji jest dla Zamawiającego wiążący. Tym samym, ignorowanie wyników aukcji z dnia 18 grudnia 2019 r. oraz próba ponownego przeprowadzenia czynności o niepowtarzalnym charakterze, jaką jest aukcja na gruncie danego postępowania, stanowią naruszenie art. 91d Pzp zarówno w aspekcie ust. 1 jak i ust. 2. Zamawiający bowiem (1) nie przerwał aukcji z dnia 18 grudnia 2019 r. w trybie określonym art. 91d ust. 1 Pzp oraz usiłuje unieważnić zakończoną aukcję, co stanowi nieuzasadnioną wykładnię rozszerzającą art. 91d ust. 1 Pap, a ponadto (2) ignoruje wyniki zakończonej aukcji wbrew dyspozycji art. 91d ust. 2 Pzp.

Odwołujący zwrócił następnie uwagę na motywację Zamawiającego, który wskazał, że ponowne przeprowadzenie aukcji jest konieczne z uwagi na zasady równego traktowania wykonawców, oraz transparentność Postępowania.

Zasada równego traktowania wykonawców wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp stanowi, że wykonawców znajdujących się w takiej samej pozycji, należy traktować w taki sam sposób,

z kolei odmienne zachowanie wykonawców powinno być odzwierciedlone w ich odmiennej sytuacji na gruncie postępowania. Jak wskazano powyżej, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, udział wykonawców w aukcji był możliwy pod warunkiem dopełnienia należytej staranności, w szczególności posłużenia się wsparciem technicznym. Co istotne, wsparcie takie było świadczone przez operatora platformy, na której przeprowadzona została aukcja w dniu 18 grudnia 2019 r. W konsekwencji, dążenie do powtórzenia aukcji elektronicznej nie stanowi równego traktowania wykonawców, lecz przykład nieuprawnionego faworyzowania, poprawiania pozycji tych wykonawców którzy nie dołożyli wymaganej staranności w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Należy przy tym pamiętać, że uczestnictwo w aukcji elektronicznej jest funkcjonalnie elementem przygotowania i składania oferty, a dokładnie jej kolejnych wariantów. Odpowiedzialność i ryzyko związane z tymi czynnościami ponosi każdy z wykonawców we własnym zakresie. W rezultacie, fakt niedołożenia wymaganej staranności przez niektórych wykonawców powinien odbić się na ich pozycji w postępowaniu. Działania „ratujące” podejmowane przez Zamawiającego nie są równym traktowaniem, lecz traktowaniem w sposób uprzywilejowany wybranych wykonawców.

Podobnie zdumienie budzi powoływanie się Zamawiającego na kwestie „transparentności” Postępowania jako uzasadnienia dla powtórnego przeprowadzenia aukcji. Sama istota aukcji zakłada, że wszyscy uczestnicy licytują bez znajomości ostatecznej propozycji cenowej konkurentów – dzieje się tak z tych samych powodów, dla których termin złożenia ofert jest taki sam dla wszystkich wykonawców, i dopiero po złożeniu ofert ujawnia się ich wysokość. Znajomość ceny ofertowej konkurentów w sposób drastyczny wpływa na konkurencję w postępowaniu.

Przekładając powyższe rozważania na zagadnienie aukcji należy zauważyć, że znajomość ostatecznej ceny możliwej do zaoferowania przez konkurentów, pozwala na dostosowanie własnej taktyki licytacyjnej stwarzając ogromną przewagę konkurencyjną. Wiadomości o ustalonych maksymalnych ustępstwach w toku licytacji należą do najpilniej strzeżonych tajemnic handlowych, zaś pozyskiwanie takiej wiedzy o konkurentach zaliczane jest do jednej z gałęzi szpiegostwa przemysłowego. Celem aukcji elektronicznej prowadzonej w czasie rzeczywistym – w sposób przewidziany dla Postępowania – jest uzyskanie od każdego z oferentów możliwie najkorzystniejszej oferty. Założeniem jest, że oferty składane są w oderwaniu od postąpień możliwych do dokonania przez pozostałych oferentów – każdy z wykonawców ma w pierwszej kolejności zrewidować własną ofertę. Tymczasem powtórzenie licytacji, w której jeden z uczestników wyraził już (działając w dobrej wierze i w zaufaniu do Zamawiającego) swoje stanowisko, stawia tegoż wykonawcę w pozycji

zdecydowanie gorszej względem konkurentów. Jest to przy tym sytuacja zdecydowanie mniej korzystna niż miało to miejsce w pierwszej aukcji z dnia 18 grudnia 2019 r.

Mając na uwadze powyższe oczywistym jest, że powtórzenie aukcji nie wpłynie dodatnio na poziom konkurencyjności. Sytuację w której wszyscy wykonawcy mieli równe szanse udziału w aukcji, lecz niektórzy tej szansy nie wykorzystali z powodu niedołożenia należytej staranności, planuje się bowiem zastąpić sytuacją, w której już na wstępie część wykonawców znajdzie się w uprzywilejowanej pozycji. Co więcej, owo uprzywilejowanie będzie swoistą „premią” za nie dość poważne potraktowanie aukcji z dnia 18 grudnia 2019 r.

W związku z zarzutem dotyczącym zaniechania wezwania Wykonawcy M do złożenia dokumentów podmiotowych Odwołujący wyjaśnił, że wśród warunków udziału w Postępowaniu, SIWZ wymienia w Rozdziale V, m.in. wymóg doświadczenia w zakresie sporządzenia dokumentacji projektowej wykonawczej. Wykonawcy składają Zamawiającemu jedynie oświadczenie w przedmiocie spełnienia ww. warunku w formie dokumentu JEDZ. Jak wskazano w Rozdziale VIII SIWZ, przed udzieleniem zamówienia, Zamawiający wezwie wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę, do przedłożenia stosownych dokumentów – w tym wykazu zrealizowanych usług wraz z referencjami. Rozwiązanie takie jest odzwierciedleniem art. 26 ust. 1 Pzp. Jednocześnie jednak należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 91b ust. 1 Pzp zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

W orzecznictwie wskazuje się przy tym, że „zaproszenie do aukcji elektronicznej poprzedza badanie ofert oraz odrzucenie ofert niespełniających wymogów siwz. Zaproszenie do aukcji obejmuje jedynie tych wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu, po ostatecznym rozpatrzeniu ewentualnych protestów” (tak wyrok KIO z 22 maja 2005 r. KIO/UZP 620/09). Stanowisko to zostało następnie wielokrotnie powtórzone w kolejnych wyrokach Izby.

Należy zatem przyjąć, że sytuacja w której Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej, stanowi wyjątek od ogólnej zasady wzywania do złożenia dokumentów jedynie wykonawcy, któremu Zamawiający zamierza powierzyć zamówienie – w przypadku aukcji weryfikacja ta musi nastąpić przed przystąpieniem do licytacji. Ma to swoje głębokie uzasadnienie, korespondujące zresztą z sygnalizowaną powyżej kwestią konkurencyjności. Późniejsze wykluczenie wykonawcy nie spełniającego warunków powoduje, że wyniki aukcji pozostają zaburzone przez udział takiego wykonawcy, który mógł wpływać na działania podejmowane przez konkurentów. W takim przypadku nie przewiduje się przecież powtórzenia aukcji.

W świetle powyższego, Zamawiający jeszcze przed wystosowaniem pierwszego zaproszenia do aukcji, co miało miejsce 13 grudnia 2019 r., powinien zbadać, czy oferta któregoś z wykonawców nie podlega odrzuceniu. Jedną z przyczyn odrzucenia oferty jest złożenie jej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu (art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp).

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP, z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Na gruncie tej sprawy oznacza to, że Zamawiający przed skierowaniem zaproszenia do udziału w aukcji powinien zbadać, czy wszyscy wykonawcy spełniają warunki udziału w Postępowaniu. W związku z przyjętymi przez Zamawiającego warunkami, oraz w nawiązaniu do dokumentu JEDZ Zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawców do złożenia dokumentów potwierdzających oświadczenia zawarte w dokumencie JEDZ, w szczególności w tym zakresie, w jakim dysponował jedynie oświadczeniami własnymi wykonawców.

Odwołujący zwrócił szczególną uwagę na fakt, że jednym z warunków udziału w Postępowaniu był wymóg legitymowania się przez wykonawcę doświadczeniem w zakresie wykonania projektów wykonawczych o określonych parametrach. W przypadku Wykonawcy M wskazał on, że warunek ten spełnia samodzielnie, tj. bez powoływania się na zasoby podmiotów trzecich (które to zobowiązanie pozwalałoby już na dokonanie do pewnego stopnia weryfikacji spełnienia warunku). Zgodnie z dyspozycją Rozdziału VII ust. 3 SIWZ, Zamawiający winien zatem wezwać wszystkich wykonawców do złożenia wykazu zrealizowanych robót i usług, potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu wraz z referencjami, o ile oczywiście informacje w tym zakresie nie zostały wcześniej zaprezentowane Zamawiającemu.

W odniesieniu do warunku polegającego na doświadczeniu w sporządzeniu projektów wykonawczych przez Wykonawcę M Zamawiający nie dysponuje wykazem takich usług zrealizowanych przez wykonawcę. Teza o spełnianiu przez Wykonawcę M warunku doświadczenia określonego w Rozdziale V ust. 1 ppkt 2 SIWZ poparta jest na chwilę obecną wyłącznie oświadczeniem własnym wykonawcy. Nie można uznać, że jest to okoliczność zweryfikowana przez Zamawiającego, zatem wobec wykonawcy cały czas istnieje ryzyko wykluczenia, co w świetle przepisów powinno być definitywnie rozstrzygnięte przed przystąpieniem do aukcji.

W tym kontekście należy zauważyć, że znajomość rynku na którym działają wszyscy wykonawcy ubiegający się o to zamówienie wskazuje, że z reguły dokumentacja projektowa wykonawcza sporządzana jest nie przez wykonawców robót budowlanych, lecz przez niezależne biura projektowe, współpracujące z wykonawcami robót. Z tego też powodu, w ocenie Odwołującego, z dużą ostrożnością należy podchodzić do twierdzenia,

że Wykonawca M – przedsiębiorstwo typowo realizacyjne, posiada własne doświadczenie w pracach projektowych. Jednocześnie, z uwagi na zaniechanie przez Zamawiającego pozyskania stosownych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, w tym również od Wykonawcy M, Odwołujący pozbawiony jest możliwości samodzielnej weryfikacji, czy oświadczenie złożone przez ww. wykonawcę w dokumencie JEDZ jest zgodne z prawdą. Możliwość taka pojawi się dopiero wówczas, gdy owo doświadczenie zostanie przez wykonawcę doprecyzowane.

Odwołujący zaznaczył jednocześnie, że momentem w którym dowiedział się o naruszeniu przez Zamawiającego art. 91b ust. 1 Pzp była dopiero chwila po skierowaniu przez Zamawiającego zaproszenia do pierwszej aukcji, skonfrontowana z treścią oferty złożonej przez Wykonawcę M.

**Zamawiający złożył pisemne odpowiedzi na odwołania, wnosząc o ich oddalenie w powołaniu na niżej wskazaną argumentację.**

W zakresie okoliczności stanu faktycznego sprawy Zamawiający podał, że oferty w Postępowaniu złożyło 3 wykonawców:

1. Wykonawca H z ceną 412.801.707,12 zł;
2. Wykonawca B z ceną 396.376.545,42 zł;
3. Wykonawca M z ceną 297.000.000,00 zł.

13 grudnia 2019 r. Zamawiający, za pośrednictwem Platformy SmartPZP („Platforma”), na której prowadzone jest Postępowanie, zaprosił wszystkich wykonawców do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej. Termin aukcji został wyznaczony na 18 grudnia 2019 r. na godzinę 10:00, zaś aukcja miała odbywać się na zasadach określonych w rozdziale XVI SIWZ. Co istotne, przed wyznaczonym terminem aukcji, w celu zapoznania się z zasadami działania Platformy, zostały przeprowadzone aukcje testowe (próbne) w których udział wzięli wszyscy trzej wykonawcy.

W dniu aukcji, tj. 18 grudnia 2019 r., przed planowanym rozpoczęciem aukcji, wszyscy wykonawcy zgłosili drogą telefoniczną, przez kontakt z przedstawicielem Zamawiającego oraz kontakt z infolinią operatora Platformy (jak również, dodatkowo, Wykonawca B drogą mailową), problemy techniczne oraz trudności z zalogowaniem się na Platformę.

Ostatecznie, po zalogowaniu dostęp do platformy aukcyjnej uzyskali odwołujący, zaś Wykonawca B zalogował się i uzyskał dostęp do systemu aukcyjnego dopiero o godzinie 10:33:00, zaś aukcja zakończyła się o godzinie 10:34:34, a więc 10 minut po wykonaniu ostatniego postąpienia przez Wykonawcę H. W trakcie aukcji postąpienia złożył wyłącznie Wykonawca H, obniżając cenę swojej oferty z 412.801.707,12 zł do 373.000.000,00 zł brutto.



Po telefonicznych konsultacjach z operatorem Platformy w dniu 18 i 19 grudnia 2019 r. Zamawiający uzyskał informację, że z uwagi na obiektywne i niezależne od uczestników Postępowania problemy techniczne wynikające z aktualizacji oprogramowania Platformy, która została wgrana w dzień poprzedzający aukcję, nie wszyscy użytkownicy mogli uzyskać dostęp do aukcji w godzinach, w których aukcja została zaplanowana,

W związku z powyższym w dniu 19 grudnia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że z uwagi na usterki techniczne w działaniu Platformy uniemożliwiające prawidłowy przebieg aukcji w dniu 18 grudnia 2019 r., uznał za zasadne ponowne przeprowadzenie aukcji elektronicznej, mając na uwadze podstawowe zasady zamówień publicznych, tj. równe traktowanie Wykonawców oraz transparentność prowadzonego postępowania.

W dniu 19 grudnia 2019 r. wszyscy wykonawcy otrzymali ponowne zaproszenie do udziału w aukcji, zaplanowanej na dzień 24 grudnia 2019 r., godz. 10:00. Na wniosek Wykonawcy M i Wykonawcy B termin powtórzonej aukcji został jednak przesunięty na dzień 2 stycznia 2020 r. W dniu 2 stycznia 2020 r. Zamawiający ponownie przeprowadził aukcję elektroniczną, w której aktywny udział, dokonując postąpień, wzięli wszyscy wykonawcy. Aukcja rozpoczęła się w dniu 2 stycznia 2020 r. o godzinie 10:00 i zakończyła o godzinie 11:50:21. Po zakończeniu aukcji ostateczna klasyfikacja ofert przedstawia się w następujący sposób: (1) Wykonawca M: 296.925.000,00 zł, (2) Wykonawca B: 296.951.545,42 zł, (3) Wykonawca H: 333.805.727,00 zł.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących powtórzenia aukcji elektronicznej Zamawiający stwierdził, że wszyscy wykonawcy, którzy zamierzali wziąć udział w pierwotnej aukcji sygnalizowali przed jej rozpoczęciem, jak również w jej trakcie, problemy techniczne z uzyskaniem dostępu do portalu aukcyjnego. Co prawda dwaj spośród trzech uczestników Postępowania, tj. Wykonawca M i Wykonawca H, uzyskali dostęp do portalu aukcyjnego oraz możliwość składania postąpień, niemniej jednak, nie ulega również wątpliwości, że Wykonawca B uzyskał dostęp do portalu tuż przed zakończeniem aukcji i to w czasie, który nie pozwalał złożyć postąpienia.

Zamawiający zaznaczył, że jest zobowiązany do obiektywnej oceny przebiegu poszczególnych czynności w ramach Postępowania, mając na uwadze nie tylko przepisy proceduralne, ale również ogólne zasady wynikające z przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Dodał, że z uwagi na dynamiczny przebieg samej aukcji, jak również brak możliwości jednoznacznego ustalenia przyczyn awarii nie podjął decyzji o przerwaniu lub odwołaniu aukcji. Niemniej jednak, ustalenia poczynione niezwłocznie po zakończeniu aukcji, w tym konsultacje przeprowadzone z operatorem Platformy, pozwoliły stwierdzić ponad wszelką wątpliwość,

że przyczyny awarii oraz brak możliwości zalogowania się do portalu aukcyjnego wynikały z powodów niezależnych od Wykonawcy B, a leżących po stronie operatora Platformy. Przyczyną trudności z zalogowaniem się do portalu aukcyjnego była aktualizacja oprogramowania Portalu (wgranie nowej wersji aplikacji) dokonana w nocy z 17 na 18 grudnia 2019 r. Aktualizacja spowodowała problemy z dostępem do Platformy, które były sygnalizowane przez wszystkich wykonawców przed rozpoczęciem aukcji. Rozwiązanie problemu miało stanowić obejście logowania „krok po kroku” i bezpośrednie logowanie już do portalu aukcyjnego, który stanowi jeden z modułów Platformy. Jak wynika z wyjaśnień jej operatora, pomimo zastosowanego wspomnianego obejścia Wykonawca B nie mógł poprawnie zalogować się do portalu aukcyjnego. Pomimo stałego kontaktu z pomocą techniczną poprawne logowanie było możliwe dopiero o godzinie 10:33, a więc tuż przed zakończeniem aukcji elektronicznej. W konsekwencji uznać należało, że brak dostępu do Platformy oraz okoliczność, że Wykonawca B nie mógł wziąć udziału w aukcji elektronicznej, wynikały z przyczyn niezależnych od tego wykonawcy. Zamawiający dodał, że choć w ostatniej fazie aukcji Wykonawca B uzyskał dostęp do Platformy, to jednak czas pomiędzy uzyskaniem dostępu a zakończeniem aukcji nie pozwalał na złożenie postąpienia. Zgodnie bowiem z zasadami aukcji w ramach Postępowania po dokonaniu postąpienia wymagane jest zapisanie postąpienia w formie pliku, podpisanie go podpisem elektronicznym, a następnie załadowanie tak podpisanego postąpienia (oferty cenowej) na Platformę. W konsekwencji cała operacja związana z dokonaniem skutecznego postąpienia jest na tyle czasochłonna, że wykonawca B nie zdążył dokonać postąpienia po uzyskaniu dostępu do portalu aukcyjnego.

Zamawiający zaznaczył, że w świetle art. 10b Pzp to na nim spoczywa obowiązek zapewnienia narzędzi i urządzeń wykorzystywanych do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Niewątpliwie takie urządzenia i środki komunikacji oraz ich właściwości techniczne muszą być niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogą ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z przywołanego przepisu wynika zatem, że do obowiązków zamawiającego należy zapewnienie, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne nie ograniczały m.in. wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia, a wykorzystywane narzędzia informatyczne umożliwiały wykonawcom wykonanie wszelkich czynności, jakie są niezbędne do wzięcia udziału w postępowaniu. Odpowiedzialność zamawiającego za przygotowanie i prowadzenie postępowania, w tym za zapewnienie wykonawcom dostępu do środków komunikacji elektronicznej nie jest co prawda oparta na zasadzie winy, a tym samym czynność lub

zaniechanie zamawiającego nie muszą wynikać wyłącznie z winy zamawiającego. Niemniej jednak, nawet w przypadku gdy wadliwe działanie narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, nie jest zawinione przez zamawiającego (w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym wynikało z wadliwości zewnętrznej platformy zakupowej), to powoduje ono, że nie są spełnione wymagania, o których mowa w art. 10b Pzp.

Z powyższych względów oraz mając na uwadze zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający nie mógł zignorować sposobu funkcjonowania narzędzia informatycznego Platformy, za pomocą której prowadzone jest Postępowanie, jak też nie mógł zignorować skutków takich działań oraz i ich wpływu na prowadzone Postępowania, w szczególności że działania te odnosiły się do podstawowej czynności w ramach Postępowania, jaką jest złożenie oferty (dokonanie postąpień). Podkreślił przy tym, że jakiegokolwiek trudności natury technicznej (a z takiej z całą pewnością wystąpiły w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym) powodujące zakłócenie prawidłowego prowadzenia aukcji stanowią wadę postępowania przetargowego i tak zorganizowana aukcja nie może być podstawą udzielenia zamówienia publicznego. Z uwagi na zaistniałe w sprawie okoliczności faktyczne niezbędne stało się podjęcie przez Zamawiającego decyzji o ponownym przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. O powyższym wykonawcy byli przecież informowani przez Zamawiającego.

Zamawiający zasygnalizował, że w jego ocenie nie bez znaczenia dla twierdzenia o konieczności oddalenia odwołania Wykonawcy M pozostaje także okoliczność, że w ponowionej aukcji elektronicznej, która odbyła się 2 stycznia 2020 r., aktywny udział wzięli wszyscy wykonawcy, w tym Wykonawca M (który, swoją drogą, wygrał tę aukcję).

W odpowiedzi na zarzut zaniechania wykluczenia Wykonawcy B sformułowany w odwołaniu w sprawie KIO 2598/19 Zamawiający stwierdził, że już sam fakt, że Wykonawca M nawet nie stara się szerzej opisać w treści odwołania tego zarzutu, podaje w wątpliwość zasadność tego zarzutu.

Odnosząc się z ostrożności merytorycznie do tego zarzutu Zamawiający zaznaczył, że art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp nakazuje wykluczenie wykonawcy, który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W świetle powyższego dla uwzględnienia postawionego zarzutu konieczne byłoby łączne wykazanie przez Odwołującego trzech elementów, tj.:

1. wpływanie lub próba wpłynięcia przez Wykonawcę B na czynności Zamawiającego;
2. bezprawność działania Wykonawcy B;
3. związek z czynnością Zamawiającego podjętą w toku Postępowania.

O tym, że wskazane powyżej trzy przesłanki niezbędne dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp nie zostały spełnione świadczy najwyraźniej brak zaistnienia jakiegokolwiek nawet bezprawności w działaniu Wykonawcy B. Nie może być przecież w żadnym wypadku uznanym za bezprawne w rozumieniu przywołanego przepisu działanie Wykonawcy B polegające na tym, że komunikował on Zamawiającemu problemy techniczne oraz trudności z zalogowaniem się na platformę aukcyjną. Nie może być też wystarczającym dla potwierdzenia zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp subiektywne przekonanie konkurenta o nieprawidłowości postępowania innego wykonawcy, czy zarzucany mu brak dochowania należytej staranności.

Zamawiający dodał, że także pozostali wykonawcy sygnalizowali podobne trudności w funkcjonowaniu platformy aukcyjnej, a zatem pozostaje otwartym pytanie, czy zarzut postawiony przez Wykonawcę M nie zmierza także do wykluczenia z Postępowania jego samego? Czy jeżeli (czysto teoretycznie) Zamawiający uznałby przedmiotowy zarzut, to czy nie byłby zatem zobowiązany do wykluczenia także Odwołującego?

Pytania retoryczne przywołane powyżej jednoznacznie potwierdzają, że omawiany zarzut przywołany został jedynie dla „wzmocnienia” stanowiska Wykonawcy M w zakresie pozostałych, równie nieuzasadnionych w okolicznościach sprawy zarzutów i ma na celu wyłącznie sztuczne wykreowanie „na siłę” dodatkowej podstawy prawnej dla realizacji własnych celów.

Zamawiający wniósł również o oddalenie zawartego w odwołaniu o sygn. akt KIO 2598/19 wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego wskazując, że celem tego dowodu jest ocena stanu faktycznego przez pryzmat posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych, nie zaś pozyskiwanie wiadomości z możliwych dostępnych źródeł.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Wykonawcy M do złożenia dokumentów podmiotowych z odwołania KIO 2600/19 Zamawiający wyjaśnił, że wbrew interpretacji dokonanej przez Wykonawcę H, w przypadku zastosowania aukcji elektronicznej, z przepisów Pzp nie wynika obowiązek wezwania wykonawców do przedłożenia dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu przed zaproszeniem do udziału w aukcji. Żaden przepis Pzp, w tym również wspomniany w odwołaniu art. 91b ust. 1 Pzp, takiego obowiązku nie przewidują. Pogląd wyrażony przez Odwołującego oraz przytoczone orzecznictwo Izby z lat 2009-2013 mógłby znaleźć zastosowanie, ale wyłącznie w stanie prawnym sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020). Znowelizowana ustawa Pzp od 2016 r. przewiduje bowiem możliwość zastosowania tzw. „procedury odwróconej” (art. 24aa Pzp),

w której, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (a w takiej procedurze prowadzone jest Postępowanie), zamawiający może najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia.

Zastosowanie właśnie takiej procedury zostało przewidziane w SIWZ dla Postępowania, z której postanowień wynika jednoznacznie, że „Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia za pośrednictwem Platformy, w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów wymienionych w punktach 3.1. i 3.2” (Rozdział VII ust. 3 SIWZ). Dokumenty, o których mowa w pkt. 3.1 i 3.2 SIWZ to m.in. dokumenty, których złożenia żąda Wykonawca H, tj. wykaz usług i robót budowlanych oraz dowodów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt V.1.2) SIWZ. Z kolej z postanowienia Rozdziału XVI ust. 2 SIWZ wynika, że „Zamawiający przewiduje dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej na zasadach określonych w art. 91a – 91e ustawy”. Ponadto, zgodnie z Rozdziałem XVI ust. 12 SIWZ „Zamawiający po zamknięciu aukcji wybiera najkorzystniejszą ofertę w oparciu o kryteria oceny ofert wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej”.

Z przytoczonych postanowień SIWZ oraz przepisów Pzp wynika zatem jednoznacznie, że w celu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający musi przeprowadzić w pierwszej kolejności aukcję elektroniczną, a następnie po wyłonieniu oferty najkorzystniejszej Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, co wyraźnie wynika z dyspozycji ww. przepisu.

W konsekwencji, zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 Pzp oraz żądanie weryfikacji dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, na etapie poprzedzającym przeprowadzenie aukcji elektronicznej należy uznać za całkowicie nieuzasadnione.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści załączonych do odpowiedzi na odwołania dokumentów w postaci oświadczeń operatora Platformy z 20 grudnia 2019 r. i 2 stycznia 2020 r. (odpowiednio, dowody Z1 i Z2).

**Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca B, wnosząc o oddalenie obu odwołań.** Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienia wymogów z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy B do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego. Podobnie, do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 2600/19 dopuszczony został Wykonawca M, zgłaszający przystąpienie po stronie Odwołującego (Wykonawcy H).

Na rozprawie strony i przystępujący podtrzymali zreferowane powyżej stanowiska w sprawie.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści raportów z aukcji elektronicznych przeprowadzonych 18 grudnia 2019 r. i 2 stycznia 2020 r. (odpowiednio, dowody Z3 i Z4).

Wykonawca B wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. oświadczenia Biura Informatyki Wykonawcy B z 8 stycznia 2020 r. z załącznikami w postaci: opisu zdarzeń towarzyszących próbom zalogowania się Wykonawcy B na Platformie w dniu 18 grudnia 2019 r. (załącznik nr 1), wyciągu z instrukcji użytkownika wykonawcy Platformy (załącznik nr 2), opisu konfiguracji komputera, z którego podejmowano próby zalogowania się do Platformy (załącznik nr 3), oświadczenia głównego koordynatora usług IT u Wykonawcy B o poprawności działania łącza internetowego i dostępności urządzeń sieciowych w dniu 18 grudnia 2019 r. (załącznik nr 4), raportu dostępności urządzeń sieciowych (załącznik nr 5), analizy raportów urządzeń sieciowych (załącznik nr 6), wykazów połączeń telefonicznych przychodzących i wychodzących wykonanych pomiędzy przedstawicielem Wykonawcy B a przedstawicielami operatora Platformy (załączniki nr 7 i 8), wydruku potwierdzającego wywołanie przez Wykonawcę B linku do Platformy uzyskanego od pomocy technicznej operatora Platformy (załącznik nr 9) – dowód P1;
2. wydruków zrzutów ekranu z zarejestrowanego przez Wykonawcę B nagrania procesu składania jednego z postąpień w toku powtórzonej aukcji elektronicznej – dowód P2.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że odwołujący są legitymowani, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołań. Interesu w uzyskaniu zamówienia należało bowiem, w odniesieniu do każdego z nich, upatrywać w dążeniu do ograniczenia kręgu wykonawców uczestniczących w aukcji elektronicznej, od czego zależał faktyczny przebieg aukcji, w tym liczba i wartość składanych postąpień (zob. dowody Z3 i Z4).

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ z załącznikami, informacji o konieczności powtórzenia aukcji (pismo Zamawiającego z 19 grudnia 2019 r.), dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołania oraz złożonych w toku rozprawy. Potwierdzają one przedstawione powyżej okoliczności stanu faktycznego, zatem nie wymaga on ponownego omówienia.

Izba uznała, że zarzuty sformułowane w odwołaniach nie zasługiwały na uwzględnienie z następujących przyczyn.

#### **Zarzuty dotyczące powtórnego przeprowadzenia aukcji elektronicznej – sygn. akt KIO 2598/19 i KIO 2600/19**

Na wstępie zauważyć należy, że przeprowadzona przez odwołujących wykładnia przepisu art. 91d Pzp, przewidującego sposób postępowania zamawiającego w razie awarii systemu teleinformatycznego była wadliwa. Z komentowanej regulacji nie wynika bowiem, jak wskazywali odwołujący, że w razie awarii systemu zamawiający zobligowany jest przerwać aukcję do czasu usunięcia awarii, ale że to awaria samoistnie wywołuje skutek w postaci przerwania aukcji (zob. art. 91d ust. 1 *in principio* Pzp). W konsekwencji powstaje pytanie co należałoby zrobić w przypadku, gdy aukcja dotknięta jest inną usterką, która nie spowodowała przerwania aukcji, ale uzasadnia twierdzenie o istnieniu nieprawidłowości w jej przebiegu? W przekonaniu składu orzekającego w takiej sytuacji zamawiający uprawniony jest do ponowienia wadliwie przeprowadzonej czynności, co mieści się w pojęciu korygowania wadliwości postępowania w celu przywrócenia go do stanu zgodności z przepisami.

Nie ulega wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie doszło do nieprawidłowego działania platformy aukcyjnej, wynikającego z wgrania nowej wersji aplikacji w oknie serwisowym w noc poprzedzającą rozpoczęcie aukcji (zob. oświadczenie operatora platformy stanowiące dowód Z2). Z problemem tym zetknął się nie tylko Wykonawca B (zob. dowody Z1 i Z2), ale również odwołujący, co potwierdzili w toku rozprawy (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 4), z tą różnicą, że odwołującym udało się przezwyciężyć napotkane problemy techniczne,

a Wykonawcy B – nie. W konsekwencji nie każdy wykonawca zaproszony do udziału w aukcji i chcący wziąć w niej udział miał taką możliwość. Nie sposób nie zauważyć, że w odniesieniu do Wykonawcy B nie doszło do zrealizowania istoty aukcji elektronicznej, którą – zgodnie z art. 91c ust. 1 Pzp – jest możliwość dokonywania korzystniejszych postępień za pomocą stosownego formularza. Ergo utrzymanie w mocy wyniku aukcji z 18 grudnia 2019 r. stanowiłoby naruszenie ww. przepisu, a nadto zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem Wykonawca B prawidłowo zaproszony do udziału w aukcji pozbawiony został, z przyczyn od siebie niezależnych (zob. dowód Z2), możliwości konkurowania w celu uzyskania zamówienia. Realizacja wspomnianych zasad w tej sprawie wymagała, aby każdy z wykonawców biorących udział w aukcji elektronicznej z 18 grudnia 2019 r. uczestniczył w niej na równych zasadach, w szczególności mógł zalogować się na platformę aukcyjną bez konieczności stosowania nadzwyczajnych środków, czy tymczasowych rozwiązań oraz dysponować czasem na składanie postępień.

Odnosząc się dodatkowo do ostatniego ze wspomnianych powyżej aspektów skład orzekający uznał, że przedstawiony przez Przystępującego dowód P2, obrazujący czas niezbędny na złożenie postąpienia, jest wiarygodny i szczegółowo opisuje całą procedurę towarzyszącą wykonywaniu tej czynności. Dodatkowo wskazać należy, że poza gołosłownym twierdzeniem o możliwości złożenia postąpienia w czasie krótszym niż niespełna dwie minuty, Odwołujący nie przedstawili dowodów na jego poparcie, które jednocześnie obaliłyby wiarygodność dowodu zaoferowanego przez Wykonawcę B.

Należy również wskazać, że chybiona była argumentacja odwołujących, jakoby Wykonawca B nie zachował wymaganej od profesjonalisty staranności w podejmowaniu działań zmierzających do zapewnienia mu możliwości uczestniczenia w aukcji z 18 grudnia 2019 r. Przeczy temu dowód P1, z którego wnioskować należy, że Przystępujący usiłował zalogować się na platformie w tym dniu od wczesnych godzin porannych (godz. 7:55 logowanie do systemu, godz. 8:08 zgłoszenie problemu operatorowi Platformy za pośrednictwem poczty elektronicznej – zob. załącznik nr 1 do dowodu P1) i był w stałym kontakcie z przedstawicielami Zamawiającego i operatora Platformy, które miały na celu nie tylko zasygnalizowanie samych trudności z dostępem do Platformy, ale także ich obejście (korespondencja poczty elektronicznej opisana w załączniku nr 1 do dowodu P1, wykazy połączeń stanowiące załączniki nr 7 i 8 do dowodu P1).

Reasumując, skład orzekający uznał, że decyzja Zamawiającego o powtórzeniu aukcji elektronicznej (a zarazem o wyeliminowaniu z Postępowania pierwszej aukcji, co *de facto* stanowi o jej unieważnieniu) była prawidłowa i nie naruszała wskazanych przez odwołujących przepisów Pzp. Jakkolwiek można mieć przy tym zastrzeżenia co do jakości uzasadnienia decyzji o konieczności podjęcia wspomnianych czynności, na które zwracał



uwagę Wykonawca M, ponieważ istotnie pismo Zamawiającego z 19 grudnia 2019 r. sformułowane zostało w sposób ogólnikowy, to jednak przeprowadzone postępowanie dowodowe, którego wyniki omówiono powyżej potwierdziło istnienie podstaw do powtórzenia aukcji, a samo uzasadnienie zaskarżonej decyzji nie stało na przeszkodzie przedstawieniu przez Wykonawcę M szczegółowej argumentacji na poparcie zarzutów odwołania.

Finalnie, nie można tracić z pola widzenia, że forsowana przez odwołujących teza, jakoby Zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej mogłaby wywołać i ten skutek, że jeżeli w toku aukcji nie doszłoby do sytuacji opisanej w przepisie art. 91d Pzp, a, przykładowo, uczestniczyłby w niej wykonawca, którego oferta powinna zostać odrzucona z uwagi na niezgodność jej treści z SIWZ (o czym zamawiający zobowiązany jest przesądzić jeszcze przed zaproszeniem do udziału w aukcji – argument z art. 91a ust. 1 zdanie pierwsze *in fine* Pzp), to należałoby dojść do wniosku, że zamawiający pozbawiony jest w ogóle możliwości usunięcia tej niezgodności z prawem (tu – sprzeczności z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Dodatkowo skład orzekający zauważa, że o możliwości unieważnienia aukcji elektronicznej pozytywnie wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 7 kwietnia 2016 r., wydanym w sprawie C-324/14, w którym stwierdzono m.in., że „[...]wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę[...]”. Wnioski płynące z uzasadnienia tego orzeczenia należy *per analogiam* odnieść do przedmiotowej sprawy, w której wprowadzie wszyscy wykonawcy, którzy złożyli „dopuszczalne oferty” zostali dopuszczeni do udziału w aukcji, ale sam jej przebieg był nieprawidłowy z uwagi na zaistnienie okoliczności opisanych powyżej. W żadnym z tych przypadków nie dochodzi do awarii w rozumieniu art. 91d Pzp, ale jednocześnie w każdym z nich – do sprzeczności z innymi przepisami Pzp, które wymagają usunięcia w celu przywrócenia prowadzonej procedury do stanu zgodności z prawem.

Rozstrzygając o omawianym zarzucie odwołania Izba nie znalazła uzasadnienia dla dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki śledczej. Zgodnie z uzasadnieniem tego wniosku dowodowego zawartym na str. 11 odwołania konieczność jego uwzględnienia motywowana jest potrzebą „[...] obiektywnego i profesjonalnego ustalenia stanu faktycznego przebiegu aukcji z dnia 18 grudnia 2019 r.”. Nie sposób jednak nie zauważyć, że okoliczności związane z przebiegiem tej aukcji albo były częściowo niesporne (fakt występowania utrudnień w dostępie do platformy aukcyjnej w dniu 18 grudnia 2019 r.) albo możliwe do ustalenia na podstawie innych dowodów

(przyczyny występowania wspomnianych utrudnień w dostępie do platformy – dowód Z2, podejmowanie przez Wykonawcę B działań zmierzających do uzyskania dostępu do platformy – dowód P1). Zachodziła zatem (w odniesieniu do spornych okoliczności) podstawa do odmowy przeprowadzenia tego dowodu wskazana w przepisie art. 190 ust. 6 Pzp, jako że fakty będące przedmiotem dowodu z opinii biegłego zostały już stwierdzone innymi dowodami. Dodać należy, że Odwołujący – nie podważając wiarygodności wskazanych powyżej dowodów – nie dostarczył Izbie argumentów przemawiających za koniecznością przeprowadzenia postępowania dowodowego w szerszym zakresie.

**Zarzut zaniechania wykluczenia Wykonawcy B z uwagi na wywieranie na Zamawiającego bezprawnego wpływu w Postępowaniu – sygn. akt KIO 2598/19**

Zarzut nie potwierdził się.

Abstrahując nawet od okoliczności, że w związku z przebiegiem aukcji elektronicznej żądanie przez Wykonawcę B jej powtórzenia byłoby uzasadnione (por. przedstawione powyżej rozważania dotyczące zarzutów związanych z aukcją elektroniczną), to Odwołujący nie podjął jakiegokolwiek próby udowodnienia lub choćby uprawdopodobnienia przedmiotowego zarzutu. Nie jest przy tym wystarczające stwierdzenie o kontaktach pomiędzy przedstawicielami Wykonawcy B a pracownikami Zamawiającego, bowiem ich celem – jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia – było zasygnalizowanie Zamawiającemu usterki w działaniu Platformy oraz uzyskanie dostępu do niej. Brak jest w tej sprawie dowodów przemawiających za wywieraniem na Zamawiającego nacisków mających spowodować powtórzenie aukcji.

Odnosząc się natomiast do wskazanego w odwołaniu rzekomego sposobu wywierania przez Wykonawcę B bezprawnego wpływu na Zamawiającego skład orzekający zaznacza, że informowanie o przysługującym wykonawcy uprawnieniu do skorzystania z przewidzianego przepisami środka ochrony prawnej (o ile okoliczność taka w ogóle miała miejsce, bowiem – jak wspomniano – Odwołujący nic takiego nie uprawdopodobnił, ani tym bardziej nie udowodnił) nie stanowi o stosowaniu sprzecznych z prawem środków mających wpłynąć na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zdaniem Izby przekazanie takiej informacji zamawiającemu mieści się w kategoriach zwykłej reakcji wykonawcy na czynność (zaniechanie czynności), która godzi w jego interesy w danym postępowaniu.

**Zarzut zaniechania wezwania Wykonawcy M do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 SIWZ – sygn. akt KIO 2600/19**

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba stwierdziła przede wszystkim, że przedstawiona przez Odwołującego argumentacja oparta na postanowieniach SIWZ była wybiórcza. Pominęto w niej bowiem okoliczność, że w Rozdziale II ust. 3 SIWZ Zamawiający przewidział udzielenie zamówienia w tzw. procedurze odwróconej, o której mowa w art. 24aa Pzp. Zamawiający, w ślad za wspomnianym przepisem, wskazał, że „[...] przewiduje możliwość w pierwszej kolejności dokonania oceny ofert, a następnie zbadania czy Wykonawca, którego oferta została oceniona, jako najkorzystniejsza podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu”.

W świetle powyższego nie może ulegać wątpliwości, że obowiązkiem Zamawiającego było w pierwszej kolejności ustalenie oferty ocenionej, jako najkorzystniejsza, a skoro celowi temu służyć miała aukcja elektroniczna (argument z postanowienia Rozdziału XVI ust. 2 SIWZ), to badanie sytuacji podmiotowej wykonawców ustąpić musiało pierwszeństwa wspomnianej procedurze. Nietrafne było przy tym stanowisko Odwołującego, jakoby obowiązek dokonania oceny sytuacji podmiotowej wykonawców przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej wynikać miał z art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Z pierwszego z przepisów wynika jedynie, że w aukcji mogą wziąć udział wykonawcy, których oferty nie podlegają odrzuceniu, z kolei drugi z przepisów należy interpretować w ten sposób, że przewiduje on przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, który – zgodnie z przepisami Pzp – powinien zostać wcześniej wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sytuacja taka zachodzi, przykładowo, w przypadku udzielania zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, którego istotą jest badanie sytuacji podmiotowej wykonawców przed złożeniem przez nich ofert (argument z art. 47 i art. 51 ust. 1 Pzp). Z taką kolejnością czynności przewidzianą przepisami Pzp nie mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku, w szczególności nie wynika ona z art. 91b ust. 1 Pzp, który *explicite* wskazuje jakie czynności zamawiającego determinują udział wykonawcy w aukcji elektronicznej. Nie zalicza się do nich badanie sytuacji podmiotowej wykonawcy, które to – na mocy przepisu art. 24aa Pzp – przesunięte zostało na moment po dokonaniu oceny ofert i wskazaniu oferty ocenionej, jako najkorzystniejsza i ogranicza się wyłącznie do wykonawcy, który taką ofertę złożył.

Nie mogła się również ostać argumentacja Odwołującego, jakoby przepis art. 91b ust. 1 Pzp stanowił *lex specialis* w stosunku do art. 24aa Pzp, czego konsekwencją miałyby być wyłączenie dopuszczalności stosowania procedury odwróconej w postępowaniu prowadzonym z użyciem aukcji elektronicznej. Stanowisko Odwołującego oparte było na potrzebie zastosowania reguły kolizyjnej *lex specialis derogat legi generali*, niemniej jednak Odwołujący nie wyjaśnił na czym kolizja wzmiankowanych przepisów miałaby polegać. Nie sposób nie zauważyć, że regulacje te nie tyle pozostają ze sobą w sprzeczności,

co w związku. Dopuszczalność zastosowania tzw. procedury odwróconej uzależniono bowiem od udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, co stanowi jednocześnie jedną z przesłanek zastosowania aukcji elektronicznej (zob. art. 91a ust. 1 *in principio* Pzp).

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

**Przewodniczący:** .....