

WYROK

z dnia 25 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” Spółkę Akcyjną w Lublinie, Lubelskie Zakłady Remontowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, PRG LINTER Spółka Akcyjna w Łęcznej, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych LINTER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łęcznej** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółkę Akcyjną w Puchaczowie**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” Spółkę Akcyjną w Lublinie, Lubelskie Zakłady Remontowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, PRG LINTER Spółka Akcyjna w Łęcznej, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych LINTER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łęcznej** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” Spółkę Akcyjną w Lublinie, Lubelskie Zakłady Remontowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, PRG LINTER Spółka Akcyjna w Łęcznej, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych LINTER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łęcznej** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” Spółkę Akcyjną w Lublinie, Lubelskie Zakłady Remontowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, PRG LINTER Spółka Akcyjna w Łęcznej, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych LINTER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łęcznej** na rzecz **Lubelskiego Węgla „Bogdanka” Spółki Akcyjnej w Puchaczowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Lubelski Węgiel „Bogdanka” SA w Puchaczowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie wyrobisk dla rozcinki pola VII w pokładzie 385 w polu Stefanów.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 6 marca 2019 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” Spółkę Akcyjną w Lublinie, Lubelskie Zakłady Remontowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, PRG LINTER Spółka Akcyjna w Łęcznej, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych LINTER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łęcznej (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu, polegających na przyjęciu przez zamawiającego, że doszło do sytuacji o której mowa w art. 91d ust. 1 P.z.p., tj. przerwania aukcji elektronicznej w dniu 22.02.2019 r. i wyznaczeniu terminu jej kontynuowania na dzień 27.02.2019 r.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, iż rzekomo w dniu 22 lutego 2019 r. podczas aukcji elektronicznej doszło do awarii systemu teleinformatycznego i przerwania aukcji, co w konsekwencji doprowadziło do kontynuowania prawidłowo zakończonej aukcji w dniu 27 lutego 2019 r. w sytuacji, gdy nie zaistniała „awaria” w rozumieniu ww. przepisu, bowiem wskazywany jednostkowy problem wystąpił jednorazowo tylko po stronie jednego z oferentów, a z informacji przesłanej przez podmiot administrujący serwerami, na których odbyła się aukcja nie wynika, iż doszło do awarii systemu teleinformatycznego i przerwania aukcji w rozumieniu art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p. tylko doszło do nieprawidłowości po stronie funkcjonowania jednego z oferentów, co nie pozwalało na zasadne pod względem prawnym wyznaczenie nowego terminu aukcji przez zamawiającego.

Odwołujący wnieśli o:

1. uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie aukcji elektronicznej z dnia 27 lutego 2019 r. jako przeprowadzonej wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego na rzecz odwołującego;

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;
4. zwrócenie się do eB2B Service Sp. z o. o. Sp. K., al. KEN 51/U21 02-797 Warszawa o przedłożenie szczegółowych zapisów czasowych z systemu informatycznego dotyczących czynności dokonywanych w aukcji z dnia 22.02.2019 r. na okoliczność niezłożenia przez Carbon sp. z o. o. kolejnej oferty w przewidzianym do tego czasie oraz prawidłowego funkcjonowania systemu w stosunku do innych oferentów i składania przez nich ofert przez cały czas trwania aukcji oraz zalogowania wszystkich oferentów na platformie, jak również nie zgłaszanie w czasie trwania aukcji jakichkolwiek zastrzeżeń przez któregokolwiek z oferentów, co do funkcjonalności systemu.

Odwołujący wskazali, że aukcja elektroniczna została przeprowadzona w dniu 22 lutego 2019 r. Aukcja przebiegała bez zakłóceń. W jej toku najkorzystniejszą ofertę złożył odwołujący. Dnia 26 lutego 2019 r. odwołujący powzięli informację, że Carbon sp. z o. o. wniosła odwołanie, wskazując iż rzekomo nie mogła złożyć kolejnej oferty podczas licytacji w dniu 22 lutego 2019 r. z uwagi na rzekomą awarię systemu teleinformatycznego. W wyniku uwzględnienia złożonego odwołania, zamawiający wyznaczył termin kontynuowania rzekomo przerwanej aukcji elektronicznej na dzień 27 lutego 2019 r. na godzinę 9.00.

Odwołujący wskazali że w związku z zaistniałą sytuacją wystosowali do zamawiającego pismo z żądaniem przełożenia zaplanowanej na dzień 27.02.2019 r. aukcji oraz prośbą o udostępnienie szczegółowych zapisów czasowych z systemu informatycznego dotyczących aukcji z dnia 22.02.2019 r., celem wykazania, iż nie zaistniała podnoszona awaria. Do dnia wniesienia odwołania odwołujący nie otrzymali wnioskowanych zapisów.

Odwołujący stwierdzili, że pismem z dnia 27 lutego 2019 r. poinformowali zamawiającego, że ich udział w dalszej części licytacji nie wyklucza zakwestionowania jej wyników i żądania jej unieważnienia jako kontynuowanej niezgodnie z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazali, że definicja awarii systemu teleinformatycznego została rozstrzygnięta wyrokiem KIO z dnia 13.04.2018 sygn. akt: KIO 610/18, w którym jednoznacznie stwierdzono, iż art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p. obejmuje swoim zakresem wyłącznie takie awarie systemu teleinformatycznego, które powodują przerwanie całej aukcji elektronicznej, co będzie widoczne dla zamawiającego i każdego z wykonawców. W ocenie zamawiającego, w przedmiotowej sprawie nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że aukcja została przerwana w rozumieniu art. 91d p.z.p. Do przerwania aukcji nie doszło. Wszyscy oferenci, łącznie z Carbon sp. z o. o. przez cały czas trwania licytacji w dniu 22 lutego 2019 r. byli zalogowani na platformie zakupowej. Uwagi co do

prawidłowości przebiegu aukcji zostały zgłoszone po jej zakończeniu, co wyklucza przesłankę przerwania aukcji. Co więcej, żaden oferent nie zgłaszał jakichkolwiek uwag co do przebiegu licytacji lub ewentualnych utrudnień w złożeniu kolejnych ofert.

Odwołujący stwierdzili, że z informacji przesłanej przez eB2B Service sp. z o. o. Sp. K. nie wynika, że doszło do awarii systemu teleinformatycznego, która skutkować mogła przerwaniem aukcji. Administrator platformy informuje jedynie, że plik uczestnika Carbon sp. z o. o. nie został prawidłowo zapisany w systemie, co w konsekwencji uniemożliwiło poprawne zweryfikowanie oferty z uwagi na brak tegoż pliku. W ocenie odwołujących, jest to okoliczność leżąca po stronie oferenta, a nie systemu.

Odwołujący wskazali, że z pisma eB2B Service Sp. z o.o. Sp. K. z dnia 26 lutego 2109 roku nie wynika, aby była usuwana jakakolwiek awaria systemu - pismo mówi o usterce i to zapewne u oferenta, a nie o awarii systemu. W związku z tym zamawiający wbrew swojemu stanowisku nie miał powodu wyznaczania terminu kontynuowania aukcji elektronicznej na następny dzień po usunięciu awarii. Odwołujący zwrócili uwagę, że plik służący do złożenia oferty, o którym mowa w ww. piśmie został przez uczestnika bez przeszkód pobrany, lecz nie odesłany, co potwierdza rozumowanie, iż okoliczność ta ma walor podmiotowy, związany z uczestnikiem aukcji, a nie obiektywny, związany z funkcjonowaniem systemu i jego awarią, powodującą przerwanie aukcji, do czego przecież nie doszło w żadnym jej momencie. Nieodesłanie podpisanego pliku z ofertą jest niezłożeniem oferty. Wskazali, że w treści ww. pisma nie ma najmniejszej nawet wzmianki o rzekomej awarii systemu teleinformatycznego, która mogłaby być powodem przerwania aukcji. Znaleźć tam można jedynie lakoniczną informację na temat braku pliku z ofertą Carbon sp. z o, o. w systemie, co w żaden sposób nie upoważniało Zamawiającego do anulowania wyników aukcji.

Odwołujący podnieśli, że system teleinformatyczny powinien być rozumiany zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 3 ustawy z 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2017 r. poz. 1219) jako zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w rozumieniu ustawy z 16.07.2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2016 r. poz. 1489 ze zm.). Oczywistym jest zatem, iż należało wykazać awarię platformy aukcyjnej, a nie interfejsu jednego z oferentów, a platforma aukcyjna funkcjonowała prawidłowo.

W ocenie odwołujących Carbon sp. z o. o. nie zmieścił się w limicie czasu przewidzianym na złożenie kolejnej oferty, co tłumaczyłoby zarówno brak wymaganego pliku w systemie jak i brak jakichkolwiek utrudnień ze złożeniem kolejnych ofert przez odwołujących.

Co więcej, pracownicy odwołujących składający kolejne oferty nie zauważyli jakiegokolwiek przerwy w łączności z platformą zakupową i nie stwierdzili, żeby aukcja została przerwana w sposób awaryjny. Stwierdzili natomiast, że aukcja zakończyła się w sposób normalny - komunikatem o zakończeniu aukcji po upływie czasu na złożenie kolejnej oferty przez współuczestnika. W związku z tym - odwołując się do wykładni zawartej w wyżej cytowanym orzeczeniu - cała aukcja elektroniczna nie uległa przerwaniu i problem spółki Carbon nie był widoczny dla zamawiającego i każdego z wykonawców.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 marca 2019 roku zamawiający wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) zasądzenie od odwołujących na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego z uwzględnieniem kosztów zastępstwa przez pełnomocnika,
- 3) przeprowadzenie dowodów z dokumentów zawartych w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego - na okoliczności opisane szczegółowo w uzasadnieniu niniejszego pisma.

W pierwszej kolejności zamawiający podniósł, że przedmiotowe odwołanie powinno zostać oddalone, ponieważ odwołującym nie przysługuje legitymacja do jego wniesienia.

Zamawiający podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący złożyli najkorzystniejszą ofertę zarówno w pierwszej części aukcji (przed jej przerwaniem wskutek awarii systemu teleinformatycznego), która odbyła się w dniu 22 lutego 2019 roku, jak i w kontynuowanej aukcji elektronicznej w dniu 27 lutego 2019 roku (po usunięciu awarii systemu teleinformatycznego). W konsekwencji powyższego wnosząc niniejsze odwołanie odwołujący nie mają interesu w uzyskaniu danego zamówienia, bowiem nawet w sytuacji, gdyby nie wnieśli tego odwołania i tak uzyskaliby przedmiotowe zamówienie. Jedynym interesem, jaki posiadają odwołujący we wniesieniu niniejszego odwołania, jest uzyskanie korzystniejszych warunków umowy pod względem kwoty należnego odwołującym wynagrodzenia, bowiem w toku pierwszej części przeprowadzonej aukcji elektronicznej w dniu 22.02.2019 r., w której miała miejsce awaria systemu teleinformatycznego i która została z tego powodu przerwana, odwołujący złożyli ofertę opiewającą na kwotę wynagrodzenia 68 700 000 zł brutto, natomiast w toku kontynuacji tej przerwanej aukcji elektronicznej w dniu 27 lutego 2019 roku złożyli ofertę opiewającą na kwotę wynagrodzenia 57 100 000 zł brutto (tj. złożyli ofertę tańszą o 11 600 000 zł brutto od poprzedniej i są nią związani). Powyższe oznacza, że odwołujący nie mają interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. we wniesieniu niniejszego odwołania i z tej tylko przyczyny przedmiotowe odwołanie powinno zostać oddalone.

Zamawiający przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt: KIO 169/14, wyrok z dnia z dnia 2 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 655/13 i inne.

Zamawiający stwierdził, że niezależnie od przyczyn wskazanych w pkt I powyżej, odwołanie podlega również oddaleniu z uwagi na oczywistą bezzasadność zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p.

Zamawiający wskazał, że z treści wstępnego pisma Operatora Platformy zakupowej - eB2B Service Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie z dnia 26 lutego 2019 roku, za pośrednictwem której to Platformy zakupowej odbyła się w dniu 22 lutego 2019 roku aukcja elektroniczna w przedmiotowym postępowaniu, jak również z treści pisma Operatora z dnia 11 marca 2019 roku będącego uszczegółowieniem informacji wskazanych w ww. wstępnym piśmie, wynika w sposób jasny i jednoznaczny, że w trakcie aukcji elektronicznej w dniu 22 lutego 2019 roku przeprowadzonej w przedmiotowym postępowaniu miała miejsce awaria systemu teleinformatycznego, która spowodowała przerwanie tej aukcji. Jak wynika z treści ww. pism, wszelkie czynności jakie wykonywali uczestnicy w toku tej aukcji były prawidłowe, a awaria systemu teleinformatycznego była niezależna od uczestników aukcji. Awaria systemu teleinformatycznego, która miała miejsce w trakcie przedmiotowej aukcji polegała na tym, że system teleinformatyczny nie przyjął prawidłowo podpisanej oferty uczestnika aukcji - Grupy Carbon Sp. z o.o. z godz. 13:15:59 (awaria systemu teleinformatycznego uniemożliwiła temu uczestnikowi złożenie prawidłowo podpisanej oferty, w wyniku czego doszło do przerwania aukcji tj. nie uruchomiła się kolejna dogrywka umożliwiająca kontynuowanie aukcji. W konsekwencji powyższej awarii systemu teleinformatycznego, która skutkowałą nie przyjęciem postąpienia uczestnika - Grupy Carbon Sp. z o.o. z godz. 13:15:59, kolejna dogrywka w toku tej aukcji nie została uruchomiona, a zatem aukcja ta została przedwcześnie przerwana. Przy prawidłowym działaniu systemu teleinformatycznego (gdyby nie wystąpiła powyższa awaria), prawidłowo podpisana oferta uczestnika Grupy Carbon Sp. z o.o. z godz. 13:15:59 uruchomiłaby kolejną dogrywkę, co oznaczałoby, że aukcja nie zostałaby zakończona po ostatnim postąpieniu odwołujących.

Ponadto Operator w ww. piśmie z dnia 11 marca 2019 r. zwraca uwagę na bardzo istotną okoliczność, a mianowicie, że „Informacje o problemach ze zweryfikowaniem przez system prawidłowo złożonego przez uczestnika podpisu elektronicznego w toku aukcji, wywołane awarią systemu teleinformatycznego nie są widoczne dla Zamawiającego ani dla pozostałych uczestników w toku takiej aukcji. Ustalenie wystąpienia tego rodzaju awarii systemu teleinformatycznego jest możliwe dopiero po wnikliwym przeanalizowaniu przebiegu aukcji (w tym logów) przez operatora platformy, co też niezwłocznie uczyniliśmy. Jeszcze raz

podkreślamy, że przy tego rodzaju awarii systemu teleinformatycznego, żaden komunikat widoczny dla Zamawiającego bądź dla pozostałych uczestników aukcji elektronicznej nie jest wysyłany przez system, co absolutnie nie oznacza, że awaria systemu nie miała miejsca. ”

W ocenie zamawiającego, powyższe w sposób jednoznaczny dowodzi, że awaria systemu teleinformatycznego, o której stanowi art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p. w toku aukcji elektronicznej w dniu 22 lutego 2019 w przedmiotowym postępowaniu miała miejsce. A zatem, wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, zamawiający nie naruszył dyspozycji art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p. wyznaczając na dzień 27 lutego 2019 roku (następny dzień roboczy po usunięciu awarii) termin kontynuowania aukcji elektronicznej przerwanej w dniu 22 lutego 2017 roku. Tym samym brak jest podstaw do uwzględnienia wniosków odwołujących o nakazanie unieważnienia czynności aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 27 lutego 2019 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu wyznaczony został na 15.02.2019 r.

Po otwarciu ofert, do etapu aukcji elektronicznej zaproszone zostały 2 podmioty:

1. konsorcjum firm: Grupa Carbon Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o.
2. odwołujący

Aukcja elektroniczna została przeprowadzona w dniu 22 lutego 2019 r.

Grupa Carbon Sp. z o.o. ostatnią ofertę złożyła o godzinie 13:05, a o godzinie 13:09 oferta ta została podpisana. O godzinie 13:15 wykonawca ten złożył kolejną ofertę i o 13:19 trzykrotnie podjął próby podpisania tej oferty, czego system nie przyjął. Ostatnią złożoną ofertą była oferta odwołujących na kwotę 68 700 000 zł brutto.

Odwołujący o godzinie 14:33 otrzymali wygenerowaną z systemu informację, że aukcja została zamknięta.

Operator Platformy zakupowej - eB2B Service Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie poinformował zamawiającego pismami z dnia 26 lutego i 11 marca 2019 roku, że w trakcie aukcji elektronicznej w dniu 22 lutego 2019 roku przeprowadzonej w przedmiotowym postępowaniu miała miejsce awaria systemu teleinformatycznego, która spowodowała przerwanie tej aukcji.

Zamawiający wyznaczył termin kontynuowania aukcji elektronicznej na dzień 27 lutego 2019 r. na godzinę 9.00.

W wyznaczonym terminie, podczas kontynuowana aukcji, najkorzystniejszą ofertę z ceną 57 100 000 zł brutto złożyli odwołujący.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, że odwołujący nie są legitymowani do wniesienia odwołania, ponieważ dążą jedynie do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy. W ocenie zamawiającego, w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. chodzi jedynie o interes nakierowany na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej.

W myśl art. 179 ustawy P.z.p., środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy ”

Odnosząc się do konieczności wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia wskazać należy, że odwołujący musi dowieść, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Wnoszący środek ochrony prawnej jest zobligowany wykazać, że obiektywnie w postępowaniu ma potrzebę uzyskania zamówienia, będącego przedmiotem określonego postępowania. W rozpoznawanym przypadku sama potrzeba uzyskania przez odwołujących przedmiotowego zamówienia nie była kwestionowana przez zamawiającego.

Oprócz interesu w uzyskaniu danego zamówienia, wykonawca, którzy korzysta ze środka ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązany jest wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Szkada może być rozumiana zarówno jako strata (szkada majątkowa), jak i krzywda (szkada niemajątkowa). Zauważyć należy, że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny, a zatem szkoda zasadniczo przyjmuje charakter szkody majątkowej. Ponadto szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p.,

czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Szkodą są zarówno straty poniesione przez poszkodowanego (*damnum emergens*), oznaczające każde pogorszenie się jego sytuacji majątkowej, jak i korzyści utracone przez niego (*lucrum cessans*), stanowiące stratę tego, co poszkodowany by uzyskał, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

A zatem wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p., albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę. Szkada wykonawcy najczęściej polegać będzie na utracie korzyści wynikających z braku możliwości uzyskania realizacji tego zamówienia, ale nie jest to jedyna sytuacja, w której sytuacja majątkowa wykonawcy pogorszy się. W rozpoznawanym przypadku, w wyniku przeprowadzenia ponownej aukcji elektronicznej, oferta odwołujących po raz drugi okazała się najkorzystniejsza, jednakże była mniej korzystna niż oferta złożona w pierwszym postępowaniu. W ocenie Izby, uzyskanie zamówienia na warunkach zapewniających wykonawcy niższe wynagrodzenie, wypełnia przesłankę poniesienia szkody, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, iż w dniu 22 lutego 2019 r. podczas aukcji elektronicznej doszło do awarii systemu teleinformatycznego i przerwania aukcji, co w konsekwencji doprowadziło do kontynuowania prawidłowo zakończonej aukcji w dniu 27 lutego 2019 r. w sytuacji, gdy nie zaistniała „awaria” w rozumieniu ww. przepisu, bowiem wskazywany jednostkowy problem wystąpił jednorazowo tylko po stronie jednego z oferentów, a z informacji przesłanej przez podmiot administrujący serwerami, na których odbyła się aukcja nie wynika, iż doszło do awarii systemu teleinformatycznego i przerwania aukcji w rozumieniu art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p. tylko doszło do nieprawidłowości po stronie funkcjonowania jednego z oferentów, co nie pozwalało na zasadne pod względem prawnym wyznaczenie nowego terminu aukcji przez zamawiającego.

W myśl art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p., 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.

Izba podziela stanowisko odwołującego, że awaria, o której mowa w art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p., musi nastąpić z przyczyn nieleżących po stronie któregośkolwiek z uczestników. Odwołujący podnosili, że do awarii nie doszło, a wykonawca Grupa Carbon Sp. z o.o. nie złożył oferty w czasie przewidzianym na podstąpienie. Odwołujący na tę okoliczność złożyli jako

dowód w sprawie zdjęcie z ekranu obrazującego zakończenie etapu licytacji na okoliczność wykazania, że system działał prawidłowo.

W ocenie Izby przedłożony dowód nie świadczy, że nie doszło do awarii. Postępowanie wyjaśniające przeprowadzone przez zamawiającego wykazało, że wykonawca Grupa Carbon Sp. z o.o. nie mógł złożyć kolejnego postąpienia, ponieważ system trzykrotnie nie przyjął podpisania oferty. Po bezskutecznym upływie czasu na postąpienie, system potraktował to jako niezłożenie oferty i zakończył licytację.

Izba przeprowadziła dowód ze złożonych przez zamawiającego na rozprawie zestawień zdarzeń, które miały miejsce podczas aukcji i wskazuje, że wynika z nich, że Grupa Carbon Sp. z o.o. ostatnią ofertę złożyła o godzinie 13:05, a o godzinie 13:09 oferta ta została podpisana. O godzinie 13:15 wykonawca ten złożył kolejną ofertę i o 13:19 trzykrotnie podjął próby podpisania tej oferty, czego system nie przyjął.

Izba przeprowadziła dowód z treści pism z dnia 26 lutego i 11 marca 2019 roku Operatora Platformy zakupowej - eB2B Service Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, za pośrednictwem której odbyła się w dniu 22 lutego 2019 roku aukcja elektroniczna, z których to pism wynika, że w trakcie aukcji elektronicznej w dniu 22 lutego 2019 roku miała miejsce awaria systemu teleinformatycznego, która spowodowała przerwanie tej aukcji. Jak wynika z treści ww. pism, wszelkie czynności, jakie wykonywali uczestnicy w toku tej aukcji, były prawidłowe, a awaria systemu teleinformatycznego była niezależna od uczestników aukcji. Awaria systemu teleinformatycznego, która miała miejsce w trakcie przedmiotowej aukcji polegała na tym, że system teleinformatyczny nie przyjął prawidłowo podpisanej oferty uczestnika aukcji - Grupy Carbon Sp. z o.o. z godz. 13:15:59 (awaria systemu teleinformatycznego uniemożliwiła temu uczestnikowi złożenie prawidłowo podpisanej oferty, w wyniku czego doszło do przerwania aukcji, tj. nie uruchomiła się kolejna dogrywka umożliwiająca kontynuowanie aukcji. W konsekwencji powyższej awarii systemu teleinformatycznego, która skutkowałą nieprzyjęciem postąpienia uczestnika - Grupy Carbon Sp. z o.o. z godz. 13:15:59, kolejna dogrywka w toku tej aukcji nie została uruchomiona, a zatem aukcja ta została przedwcześnie przerwana. Przy prawidłowym działaniu systemu teleinformatycznego (gdyby nie wystąpiła powyższa awaria), prawidłowo podpisana oferta uczestnika Grupy Carbon Sp. z o.o. z godz. 13:15:59 uruchomiłaby kolejną dogrywkę, co oznaczałoby, że aukcja nie zostałaby zakończona po ostatnim postąpieniu odwołujących.

Ponadto, Operator w piśmie z dnia 11 marca 2019 r. zwraca uwagę że „informacje o problemach ze zweryfikowaniem przez system prawidłowo złożonego przez uczestnika podpisu elektronicznego w toku aukcji, wywołane awarią systemu teleinformatycznego nie są widoczne dla Zamawiającego ani dla pozostałych uczestników w toku takiej aukcji. Ustalenie

wystąpienia tego rodzaju awarii systemu teleinformatycznego jest możliwe dopiero po wnikliwym przeanalizowaniu przebiegu aukcji (w tym logów) przez operatora platformy. Operator podkreślił, że przy tego rodzaju awarii systemu teleinformatycznego, żaden komunikat widoczny dla Zamawiającego bądź dla pozostałych uczestników aukcji elektronicznej nie jest wysyłany przez system, co absolutnie nie oznacza, że awaria systemu nie miała miejsca.”

Izba podkreśla, że przepis art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p. nie wskazuje, jakie okoliczności przesądzają o wystąpieniu awarii. Wydaje się, że należy odnieść się do potocznego rozumienia tego zjawiska, zgodnie z którym awaria to stan niesprawności obiektu uniemożliwiający jego funkcjonowanie, występujący nagle i powodujący jego niewłaściwe działanie lub całkowite unieruchomienie. Nie ulega natomiast wątpliwości, że skutkiem awarii musi być przerwanie aukcji elektronicznej. Dyspozycja wskazanego przepisu nie wymaga natomiast, by przerwanie aukcji było widoczne dla zamawiającego i uczestników. Podkreślić należy, że systemy teleinformatyczne narażone są na różnego rodzaju awarie i trudno oczekiwać, by tylko taka awaria, która jest widoczna dla wszystkich uczestników i zamawiającego, umożliwiała jej kontynuowanie po uprzednim przerwaniu. Tego rodzaju argumentacja spowodowałaby, że część awarii, które mogłyby się wydarzyć, nie uprawniałaby zamawiającego do kontynuowania aukcji, co niewątpliwie naruszyłoby uprawnienia wykonawców do uczestniczenia w aukcji na równych zasadach.

Izba uznała złożone przez zamawiającego dowody za wiarygodne i wykazujące, iż w rozpoznawanym przypadku istotnie doszło do awarii, która uniemożliwiła uczestnictwo w aukcji jednemu z uczestników. W efekcie doszło do przerwania aukcji, co z kolei uprawniało zamawiającego do jej kontynuowania po usunięciu awarii.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....