

Sygn. akt: KIO 2700/18

WYROK

z dnia 30 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Irmina Pawlik
Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2019 roku oraz 25 stycznia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2018 roku przez odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) TRAKCJA PRKił Spółka Akcyjna, (2) SCHWEERBAU GmbH & Co. KG Bauunternehmen, (3) "SBM" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (adres pełnomocnika: ul. Złota 59, 00-120 Warszawa)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawa**

przy udziale **Torpol Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 21 grudnia 2018 roku przeprowadzenia aukcji elektronicznej w postępowaniu na zadanie pod nazwą „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii

kolejowej E 59 odcinek Choszczno - Stargard w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie”

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Torpol Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu 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 zamówienie (1)TRAKCJA PRKił Spółka Akcyjna, (2) SCHWEERBAU GmbH & Co. KG Bauunternehmen, (3)"SBM" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (adres pełnomocnika: ul. Złota 59, 00-120 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Torpol Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1)TRAKCJA PRKił Spółka Akcyjna, (2) SCHWEERBAU GmbH & Co. KG Bauunternehmen, (3)"SBM" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (adres pełnomocnika: ul. Złota 59, 00-120 Warszawa) kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w imieniu której Postępowanie prowadzi PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E 59 odcinek Choszczno - Stargard w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie” (nr referencyjny 9090/IRZR2/15276/04656/18/P, zwane dalej „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 sierpnia 2018 r. pod numerem 2018/S 161-369067.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Dnia 31 grudnia 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

Trakcja PRkil S.A., SCHWEERBAU GmbH & Co. KG Bauunternehmen oraz „SBM” Sp. z o.o. Sp. k. (zwanych dalej „Odwołującym”) wobec czynności Zamawiającego w postępowaniu polegających na:

1. przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w sposób niezgodny z przepisami Pzp oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. zaniechaniu unieważnienia aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 91c ust. 3 Pzp w zw. z pkt 29.1.12 IDW poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w postępowaniu w sposób, który nie gwarantował przekazywania na bieżąco każdemu wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz punktacji najkorzystniejszej oferty, co skutkowało wprowadzeniem Odwołującego w błąd w zakresie aktualnego przebiegu aukcji oraz pozycji jego oferty, a tym samym uniemożliwiło złożenie kolejnego postąpienia, a w konsekwencji powyższego,

2. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

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

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;
2. zobowiązanie Zamawiającego na podstawie art. § 24 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (dalej „Regulamin postępowania”) do przedłożenia rejestrów/danych z systemu teleinformatycznego platformy aukcyjnej ukazujących zapis informatyczny przebiegu całej aukcji elektronicznej przeprowadzonej w ramach postępowania w dniu 21 grudnia 2018 r. o godz. 12:00, w szczególności wszystkich danych/informacji przesyłanych i otrzymywanych przez platformę aukcyjną, rejestr zdarzeń polegających na generowaniu i wysłaniu informacji z serwera do uczestników aukcji (w tym otrzymywanych przez platformę żądań odświeżenia strony internetowej aukcji i wysyłanych do Odwołującego aktualizacji dotyczących dokonanych przez Torpol SA postąpień, w tym po godzinie 12:45:59), oraz wszystkich czynności dokonanych w ramach aukcji przez uczestników aukcji na okoliczność prawidłowości działania systemu teleinformatycznego platformy aukcyjnej i wywiązania się przez Zamawiającego z obowiązków, o których mowa w art. 91 c ust. 3 Pzp;
3. dopuszczenie i przeprowadzanie, w trybie art. 190 ust. 4 Pzp, dowodu z opinii biegłego sądowego z dziedziny informatyki na okoliczność ustalenia prawidłowości przebiegu aukcji przeprowadzonej w ramach Postępowania w dniu 21 grudnia 2018 r. o godz. 12:00, w szczególności czy system teleinformatyczny, na którym bazowała platforma aukcyjna udostępnił/przesyłał po godz. 12:45:59 do Odwołującego dane aktualizujące stronę internetową aukcji o poczynione przez Torpol S.A. kolejne postąpienie, a które skutkowały zmianą pozycji oferty Odwołującego.

Na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp Odwołujący wniósł o:

1. rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia aukcji elektronicznej i przeprowadzenia jej ponownie (poprzedzając ją ponownym zaproszeniem do wzięcia udziału w aukcji);
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Przeprowadzenie aukcji elektronicznej w sposób nieprawidłowy, niegwarantujący spełnienia wymagań, o których mowa w art. 91 c ust. 3 Pzp, pomimo wywiązania się przez Odwołującego ze wszystkich wymogów, które sprecyzowane zostały w pkt. 29 Instrukcji Dla Wykonawców (dalej „IDW”), spowodowało niemożność składania dalszych postępień, a tym samym, uzyskania przez Odwołującego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zastrzegł możliwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej, przewidując w tym zakresie następujące wymogi (szczegóły dotyczące aukcji ujęte zostały w pkt. 29 IDW, poniżej przytoczono postanowienia istotne z punktu widzenia odwołania):

29 1.2 W toku aukcji elektronicznej parametrem licytowanym będzie cena.

29 1.3. W toku aukcji elektronicznej Wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na Platformie Zakupowej, umożliwiającego wprowadzanie niezbędnych danych, w trybie bezpośredniego połączenia z Platformą Zakupową, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji.

29.1.4 Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postępień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji.

29.17 Wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji Wykonawców:

Wykonawca przed przystąpieniem do aukcji ma obowiązek przekazać Zamawiającemu dane osoby składającej postąpienia w aukcji (posiadającej własny aktualny kwalifikowany podpis elektroniczny), podając imię i nazwisko tej osoby oraz adres e-mail, na który ma zostać wysłane zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej. Wskazana do składania osoba winna zostać zarejestrowana przez Wykonawcę jako użytkownik w Platformie Zakupowej Zamawiającego. Użytkownik zarejestrowany w Platformie zakupowej winien posiadać dane (imię i nazwisko oraz adres e-mail) takie same jak wskazana Zamawiającemu osoba, która będzie składać postąpienia w trakcie aukcji elektronicznej. Konta dla Wykonawców uczestniczących w aukcji tworzy Zamawiający. Osoba wskazana przez Wykonawcę do udziału w aukcji elektronicznej musi posiadać własny kwalifikowany podpis elektroniczny, którym będą opatrzone postąpienia podczas aukcji elektronicznej.

29.1.12 Wykonawca w trakcie aukcji widzi swoją kwotę, pozycję w klasyfikacji ofert, aktualną punktację oraz punktację najkorzystniejszej oferty.

29.1.13 Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmować przeliczenie każdorazowych postąpień w kryterium: całkowita cena brutto na punktową ocenę oferty.

29.1.14. Podstawowy czas trwania aukcji to 60 min oraz ewentualne dogrywki.

29.1.15 Aukcja zostanie zamknięta po 60 min od rozpoczęcia aukcji, o ile nie dojdzie do dogrywki. Dogrywka będzie miała miejsce, jeśli w ciągu ostatnich 10 minut czasu trwania aukcji zostanie złożona nowa oferta. W takim przypadku aukcja zostanie przedłużona od momentu złożenia tej oferty o sekundy brakujące do pełnej minuty, w której złożona została oferta plus dogrywkę o czasie trwania 10 minut, o ile nie padnie kolejna przedłużająca aukcję oferta.

29.1.20 Wymagania techniczne urządzeń informatycznych:

- a) komputer klasy PC z zainstalowanym systemem operacyjnym Microsoft Windows XP/Vista/Windows 7/Windows 10;
- b) w przypadku komputera z systemem operacyjnym Microsoft Windows 7/Windows 8 przeglądarka MS Internet Explorer 10.0 (lub nowsza) z obsługą Active X lub dla systemów operacyjnych XP/Vista/Windows 7/Windows 8 przeglądarka Firefox z obsługą Javy, siła szyfrowania: 128 bit;

- c) w przypadku komputera z systemem operacyjnym Microsoft Windows 10 przeglądarka MS Internet Explorer 11 z obsługą Active X lub Firefox z obsługą Javy, siła szyfrowania: 128 bit;
- d) podłączenie do Internetu: min 56 Kb na komputer (zalecane szerokopasmowe łącze internetowe);
- e) podłączony lub wbudowany do komputera czytnik karty kryptograficznej wydanej przez wystawcę certyfikatu używanego przez Wykonawcę,
- f) certyfikat kwalifikowany zainstalowany na komputerze, na którym Wykonawca będzie się logował do konta (certyfikat musi być widoczny w magazynie certyfikatów systemu Windows (magazynie logicznym o nazwie „Osobisty” certyfikatów systemu Windows)).

29.1.17 Podręcznik użytkownika modułu Aukcji i Licytacji elektronicznych dostępny jest na [stronie zamowienia.plk-sa.pl](http://stronie.zamowienia.plk-sa.pl) w zakładce Regulacje i procedury procesu zakupowego. Inne niż wyżej wymienione systemy operacyjne (m.in. Linux, iOS itd.) oraz przeglądarki (m.in. Google Chrome, Opera, Safari, Maxthon, Microsoft Edge itd) nie są dedykowane do obsługi Platformy Zakupowej (PZ PLK) przy udziale w aukcji elektronicznej z użyciem podpisu elektronicznego. Korzystanie z innych systemów operacyjnych, przeglądarek i/lub z systemów operacyjnych oraz przeglądarek nie wspieranych przez producenta może skutkować pojawieniem się nieprawidłowości i błędów w funkcjonowaniu Platformy Zakupowej.

Użytkownik Platformy Zakupowej może otworzyć maksymalnie jedną instancję konsoli aukcyjnej naraz. Próba składania ofert z kilku otwartych konsol aukcyjnych może prowadzić do wystąpienia komplikacji w przebiegu aukcji.

29.1.21. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za nieprawidłowości i błędy wynikające z korzystania przez użytkowników z Platformy Zakupowej w niezgodny z powyższym opisem sposób lub z zastosowaniem sprzętu oraz oprogramowania innych niż wyżej wymienione.

29.1.23. Wykonawca zobowiązany jest do zapoznania się z Regulaminem prowadzenia aukcji i licytacji elektronicznych w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. dostępnym na stronie internetowej: zamowienia.plk-sa.pl w zakładce Regulacje i procedury procesu zakupowego.

29.1.24. W celu zapewnienia aktualności informacji na ekranie Wykonawca winien odświeżyć ekran za pomocą odpowiedniego przycisku przeglądarki lub wciskając klawisz „F5” na klawiaturze.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie złożone zostały trzy oferty. Dnia 21 grudnia 2018 r. Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, w której udział wzięli m. in. Odwołujący oraz TORPOL SA z siedzibą w Poznaniu (dalej „Torpol”). Przystępując do udziału w aukcji, Odwołujący spełniał wszystkie postawione przez Zamawiającego wymagania (zarówno te odnoszące się do czynności poprzedzających aukcję, jak i te związane z samą aukcją, o czym szczegółowo poniżej). Standardem w przypadku uczestniczenia przez Odwołującego w aukcjach elektronicznych (szczególnie w przypadku zamówień wartych kilkaset milionów PLN) jest uczestnictwo kilkusobowego zespołu pracowników Odwołującego w czynnościach dokonywanych w ramach aukcji. Nie inaczej było również tym razem - wszelkie czynności związane z aukcją (w tym postąpienia) dokonywane były przez Dyrektora Działu Ofertowania, przy udziale trzech innych pracowników.

Odwołujący składał następujące postąpienia:

- a) godz. 12:34:20 - o 1 min PLN;
- b) godz. 12:40:57 - o 1 min PLN;
- c) godz. 12:45:59 - o 1 min PLN.

O godz. 12:45:59, Odwołujący złożył ostatnie postąpienie, co skutkowało zaistnieniem stanu, w którym jego oferta była najkorzystniejsza (widniała w rankingu jako pierwsza z liczbą punktów 100). Po złożeniu tego postąpienia Wykonawca obserwował dalszy przebieg aukcji, licząc się z możliwością dokonania dalszych postąpień przez konkurencyjne podmioty. Do czasu zakończenia aukcji Platforma Zakupowa nie wygenerowała informacji o jakimkolwiek późniejszym postąpieniu, co powinno skutkować uznaniem oferty Wykonawcy za najkorzystniejszą. Tymczasem po zakończeniu aukcji Odwołujący otrzymał raport z aukcji, z którego wynikało, że jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu, a za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy Torpol.

Z sytuacją tą Odwołujący nie mógł się pogodzić, informacja o złożeniu przez Torpol postąpienia skutkującego sklasyfikowaniem oferty tego wykonawcy na pierwszym miejscu nie została mu bowiem przekazana. Tego samego dnia Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo informujące o zaistniałej nieprawidłowości. Do pisma załączone zostało oświadczenie wszystkich pracowników Odwołującego biorących udział w aukcji.

Dowód: Pismo Odwołującego z dnia 21 grudnia 2018 r. wraz z oświadczeniem

Aukcja elektroniczna, to formuła, która gwarantuje instytucjom zamawiającym zwiększenie konkurencyjności ofert poprzez umożliwienie wykonawcom zmianę parametrów branych pod uwagę jako kryteria oceny ofert. Najczęściej parametrem, który podlega modyfikacji jest cena, tak też było w przypadku tego postępowania (pkt 29.1.2 IDW).

Korzystanie przez zamawiających z dobrodziejstwa aukcji elektronicznej jest w aktualnej sytuacji rynkowej (w której powszechnym zjawiskiem jest przekroczenie przez wszystkie oferty budżetu zamawiającego) zrozumiałe i uzasadnione. Nie należy jednak zapominać, że wykorzystanie tego mechanizmu rodzi po stronie „gospodarza postępowania” szereg obowiązków związanych z zagwarantowaniem poprawności jej prowadzenia, co w daleko idący sposób wpływa na wywiązanie się z obowiązku dochowania fundamentalnych reguł prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak uczciwa konkurencja, równe traktowanie i przejrzystość.

Podstawowe wymagania w zakresie zawartości specyfikacji istotnych warunków zamówienia w kontekście aukcji elektronicznej wyznacza art. 36 ust. 2 pkt 7 Pzp. Szczegółowo obowiązki zamawiających określa natomiast art. 91 a i następane Pzp. I tak art. 91 ust. 2a Pzp stanowi: „*W przypadku gdy zamawiający postanowił przeprowadzić aukcję elektroniczną, w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa co najmniej:*

- 1) elementy, których wartości będą przedmiotem aukcji elektronicznej, pod warunkiem że elementy te są wymierne i mogą być wyrażone w postaci liczbowej lub procentowej;*
- 2) wszelkie ograniczenia co do przedstawianych wartości, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia;*
- 3) informacje, które zostaną udostępnione wykonawcom w trakcie aukcji elektronicznej, oraz, w stosownych przypadkach, termin ich udostępnienia;*
- 4) informacje dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej;*
- 5) warunki, na jakich wykonawcy będą mogli licytować, oraz, w szczególności, minimalne wysokości postąpień, które, w stosownych przypadkach, wymagane będą podczas licytacji;*
- 6) informacje dotyczące parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń”.*

Jak wynika z przywołanego przepisu za jeden z fundamentalnych wymogów, z punktu widzenia poprawności aukcji, ustawodawca uznaje określenie informacji, które będą wykonawcom udostępniane w trakcie aukcji. Dalsze szczegóły z tym związane wynikają z art. 91 c ust. 3 zd. 1 Pzp, zgodnie z którym: „*W toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty”.*

Jednocześnie, formułując w powyższy sposób podstawowe gwarancje przejrzystości aukcji, Pzp przyznaje zamawiającym prawo określenia wymagań w zakresie parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego czy też rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń (art. 91 a ust, 2a pkt 6 Pzp). Uprawnienie to wydaje się zrozumiałe - skoro zamawiający ma ponosić odpowiedzialność za przeprowadzenie aukcji w sposób przejrzysty i konkurencyjny, to należy pozostawić mu możliwość kształtowania obostrzeń technicznych gwarantujących dochowanie tych wymogów. Potwierdza to w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza (dalej „Izba”): *„Organizator aukcji - zamawiający jest odpowiedzialny wobec wykonawców jako gospodarz postępowania za dobór platformy umożliwiającej zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad określonych przez zamawiającego w zaproszeniu do aukcji oraz wymogów ustawy wynikających z art. 91c ustawy”* (wyrok z dnia 4 września 2013r. KIO 2055/13).

Zamawiający zawarł w treści IDW uszczegółowienie ustawowych wymagań i uprawnień. Po pierwsze jednoznacznie potwierdził, że w czasie aukcji każdy z wykonawców widział będzie takie parametry, jak (pkt 29.1.12 IDW):

- a) kwotę swojej oferty;
- b) pozycję w klasyfikacji ofert;
- c) aktualną punktację;
- d) punktację najkorzystniejszej oferty.

Po drugie Zamawiający sformułował szczegółowe wymagania techniczne w zakresie urządzeń teleinformatycznych, określając m. in. klasę komputera, system operacyjny, przeglądarkę, podłączenie do Internetu, czytnik karty kryptograficznej oraz certyfikat umożliwiający logowanie się do konta. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że posługiwanie się innymi systemami operacyjnymi czy przeglądarkami niż te przywołane w IDW może skutkować nieprawidłowościami i błędami w funkcjonowaniu Platformy Zakupowej (pkt 29.1.20 IDW).

Niezależnie od treści IDW Zamawiający zobligował wykonawców do zapoznania się z Regulaminem prowadzenia aukcji i licytacji elektronicznych w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej „Regulamin”) dostępnym na stronie internetowej Zamawiającego. Regulamin ten w § 4 ust. 11 stanowi, że *„w toku Aukcji elektronicznej Zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu Wykonawcy informację zawierającą przynajmniej pozycję złożonej przez niego oferty w rankingu ofert i otrzymanej punktacji oraz o punktacji oferty najkorzystniejszej”*. Ponadto w § 6 zawarto wymagania dotyczące konfiguracji i parametrów sprzętu informatycznego, które pozostają zbieżne z postanowieniami IDW.

§ 7 ust. 1 Regulaminu zobowiązuje ponadto wykonawców do zapoznania się z Podręcznikiem użytkownika Modułu aukcji elektronicznych (również dostępne na stronie internetowej

Zamawiającego). Dokument ten zawiera szczegóły dotyczące korzystania z Platformy Zakupowej.

W celu uniknięcia problemów o charakterze technicznym, Zamawiający zaleca również uczestnictwo w aukcji testowej. Aukcja taka odbyła się dnia 14 grudnia 2018 r., Odwołujący brał w niej aktywny udział, wykonując kilka postępień. Odwołujący podkreśla, że w przypadku postępowań przetargowych prowadzonych przez Zamawiającego powszechną praktyką jest organizowanie aukcji testowych. Co więcej - uzasadnione jest to zdarzającymi się problemami technicznymi (aukcja testowa w przypadku odcinka Stargard - Szczecin Dąbie w zakresie linii E59 powtarzana była kilkakrotnie - 11, 17 i 18 grudnia 2018 roku).

Odwołujący podkreśla, że:

- a) komputer, z którego prowadzono aukcję ma zainstalowany system Windows 10 oraz przeglądarkę Internet Explorer 11 (11.471.17134) z włączoną obsługą Active X bez żadnych restrykcji;
- b) posiada zainstalowany ważny certyfikat kwalifikowany.

Dowód: Wydruk potwierdzający aktualność certyfikatu kwalifikowanego

Na dowód nieprzerwanego połączenia z siecią Internet Odwołujący załącza wydruki obrazujące łączność z oddziałami spółki Trakcja PRKil S.A., co dowodzi, że łącza internetowe w siedzibie spółki przez cały dzień funkcjonowały bez zakłóceń (dwa wydruki) oraz komputerem, z którego prowadzona była aukcja (jeden wydruk).

Dowód: Wydruki obrazujące łączność z Internetem

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę wymagania, które przed wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia postawił Zamawiający, w tym miejscu stwierdzić należy, że Odwołujący wywiązał się ze wszystkich obostrzeń i wymogów, a stan ten trwał nieprzerwanie przez cały czas trwania aukcji.

Pkt 29.1.21 Regulaminu stanowi, że *„Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za nieprawidłowości i błędy wynikające z korzystania przez użytkowników z Platformy Zakupowej w niezgodny z powyższym opisem sposób lub z zastosowaniem sprzętu oraz oprogramowania innych niż wyżej wymienione”*. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający nie może w zaistniałej sytuacji ograniczyć swojej odpowiedzialności w oparciu o tę regulację - jak wykazano powyżej Odwołujący zastosował się do wszystkich wymagań Zamawiającego.

Na uwagę zasługuje, że Izba w zapadłych dotychczas orzeczeniach zajmowała już stanowisko odnośnie konsekwencji nieprawidłowości zaistniałych w toku prowadzonej aukcji. Np. w przywołanym już wyroku z dnia 4 września 2013 r.2 Izba zwraca uwagę, że wadliwość w zakresie przekazywania wykonawcom informacji, o których mowa w art. 91 c ust. 3 Pzp

może mieć decydujący wpływ na decyzje o dalszych postąpieniach (a więc i na efekt końcowy całej aukcji): „*Ponadto izba stwierdza, że wykonawcy nie byli zgodnie z art. 91c ust. 3 informowani o rzeczywistej pozycji swojej oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty, co w ocenie Izby miało niewątpliwy wpływ na decyzje biznesowe podejmowane podczas tej aukcji*”

Odwołujący powołał się wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 1 kwietnia 2015 r. KIO 530/15, z dnia 28 listopada 2013 r. KIO 2651/13 Sygn. KIO 2055/13 Sygn. KIO 530/15 Sygn. KIO 2651/13, *Wyrok z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. KIO/UZP 2012/10, KIO/UZP 1060/10 Tak Izba w wyroku z dnia 20 grudnia 2012 r., sygn. KIO 2720/12, wyrok z dnia 24 czerwca 2010 KIO /UZP 2012/10, KIO/UZP 1060/10, wyrok z 20 grudnia 2012 KIO 2720/12.*

Biorąc pod uwagę powyższe wniosek o unieważnienie i powtórzenie aukcji jest uzasadniony.

Na marginesie Odwołujący dodał, że zaistniała sytuacja jest wybitnie niekorzystna z uwagi na finanse publiczne, które, biorąc pod uwagę status Zamawiającego, powinny być należycie chronione. Odwołujący, z przyczyn od niego niezależnych i niezawinionych, pozbawiony został możliwości złożenia Zamawiającemu korzystniejszej oferty. Błędnie przeprowadzona aukcja godzi więc nie tylko w interes Odwołującego, który nie miał możliwości uzyskania zamówienia, ale skutkuje również ponoszeniem przez budżet publiczny wydatków wyższych niż mogłyby zostać faktycznie poniesione (stan ten dodatkowo potęguje fakt, że każde postąpienie powodowało zaoszczędzenie środków publicznych w wysokości 1 mln PLN).

W opinii Odwołującego już na podstawie wskazanych powyżej okoliczności uznać należy odwołanie za zasadne. Jednocześnie, z oczywistych względów, Odwołujący nie posiada dostępu do szczegółów technicznych aukcji, którymi dysponuje Zamawiający. Należy jednak podkreślić, że obiektywną trudność generuje już sam stan faktyczny sprawy. Otóż zadaniem Odwołującego było wykazanie zdarzenia, które nie nastąpiło (brak poinformowania go o postąpieniu złożonym przez Torpol oraz aktualnym stanie aukcji). Jak wskazuje w jednym ze swoich orzeczeń Sąd Najwyższy „*tw. fakty negatywne mogą być dowodzone za pomocą dowodów faktów pozytywnych przeciwnych, których istnienie wyłącza twierdzoną okoliczność negatywną* (wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2003 r. sygn. II CKN 1409/2000).

Dlatego też uznać należy, że Odwołujący wypełnił swój obowiązek wynikający z art. 190 ust. 1 Pzp (tj. wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne). Poniższe wnioski odczytywać zatem należy jako uzasadnione brakiem dostępu do materiałów dokumentujących przebieg aukcji lub koniecznością zasięgnięcia wiadomości specjalnych i

stanowią o wywiązaniu się przez Odwołującego z ciężaru dowodzenia. W petitum odwołania Odwołujący wniósł o:

- a) o zobowiązanie Zamawiającego, na podstawie art. § 24 ust. 1 Regulaminu postępowania, do przedłożenia rejestrów/danych z systemu teleinformatycznego platformy aukcyjnej ukazujących zapis informatyczny przebiegu całej aukcji elektronicznej przeprowadzonej w ramach postępowania w dniu 21 grudnia 2018 r. o godz. 12:00, w szczególności wszystkich danych/informacji przesyłanych i otrzymywanych przez platformę aukcyjną, rejestr zdarzeń polegających na generowaniu i wysłaniu informacji z serwera do uczestników aukcji (w tym otrzymywanych przez platformę żądań odświeżenia strony internetowej aukcji i wysyłanych aktualizacji dot. dokonanych postąpień, w tym po godzinie 12:45:59) oraz wszystkich czynności dokonanych przez uczestników aukcji;
- b) dopuszczenie i przeprowadzenie, w trybie art. 190 ust. 4 Pzp, dowodu z opinii biegłego sądowego z dziedziny informatyki na okoliczność ustalenia prawidłowości przebiegu aukcji przeprowadzonej w ramach Postępowania w dniu 21 grudnia 2018 r. o godz. 12:00, w szczególności czy system teleinformatyczny, na którym bazowała platforma aukcyjna udostępniał/przesyłał po godz. 12:45:59 do Odwołującego dane aktualizujące stronę internetową aukcji o poczynione przez Torpol kolejne postąpienie, a które ukazywały zmianę pozycji oferty Odwołującego.

Zgodnie z § 24 ust. 1 Regulaminu postępowania „*skład orzekający może zobowiązać strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych do rozstrzygnięcia odwołania*”. Ze względu na specyfikę przedmiotu niniejszego postępowania odwoławczego, oczywistym jest, że dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania zapisy teleinformatyczne przeprowadzonej w dniu 21 grudnia 2018 r. aukcji, w tym rejestr wszystkich czynności dokonanych przez uczestników oraz informacji /danych/ żądań/ aktualizacji otrzymywanych /wysyłanych przez platformę aukcyjną do /od użytkowników stanowi dowód istotny dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania i pozwoli na jednoznaczne stwierdzenie, czy Zamawiający ponosi odpowiedzialność za błędy systemu aukcyjnego, a tym samym czy naruszył art. 91 c ust. 3 Pzp.

Zobowiązanie przez Izbę Zamawiającego do przedstawienia wnioskowanego dowodu uzasadnione jest brakiem obiektywnej możliwości pozyskania tego dowodu przez samego Odwołującego. Odwołujący bowiem nie posiada dostępu do systemów teleinformatycznych (w tym Platformy Zakupowej) Zamawiającego i nie jest w stanie przedstawić tego dowodu. Jednocześnie, zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia zapisów rejestrów informatycznych Platformy Zakupowej i wszystkich odnotowanych tam czynności uczestników aukcji oraz informacji otrzymywanych i przesyłanych przez samą Platformę podyktowane jest

koniecznością skompletowania pełnego materiału dowodowego. Jak bowiem stwierdzono w wyroku Izby z dnia 2 września 2011 r. KIO 1772/11: „Izba wskazuje, iż dopuszczenie dowodu z opinii biegłego jest możliwe wówczas, gdy istnieje kompletny i zupełny materiał pozwalający na wydanie opinii”.

Co więcej, wykazane powyżej spełnienie przez Odwołującego wszystkich wymogów technicznych postawionych przez Zamawiającego (a tym samym wykazanie braku odpowiedzialności po stronie Odwołującego) uzasadnia konieczność przeprowadzenia dowodu z rejestru danych informatycznych Platformy Zakupowej, które powinien przedłożyć Zamawiający. Zauważyć należy, że w niniejszej sprawie nie zachodzi sytuacja niespełnienia warunków i zaleceń technicznych przez Odwołującego, która to okoliczność tylko i wyłącznie uprawniałaby Izbę do pominięcia wnioskowanych dowodów na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp jako sytuacja udowodnienia okoliczności przeciwnej do podniesionej przez Odwołującego.

Następcza konieczność poddania materiału dowodowego ocenie biegłego sądowego z zakresu informatyki podyktowana jest wymogiem ustalenia stanu faktycznego przez pryzmat wiadomości specjalnych, których żadna ze stron nie może we własnym zakresie przedstawić. Zgodnie z art. 190 ust. 4 zd. 1 Pzp *„Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych”*. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że uprawnienie do powołania biegłego jest niezbędne, gdy prezentowane przez obie strony wiarygodne dowody prowadzą do wniosku, że ich stanowiska w sprawie są zasadne, a Izba stwierdzi, że powoduje to sprzeczność w materiale dowodowym, której w inny sposób nie da się rozwiązać oraz gdy wymagane są wiadomości specjalne (por. wyrok KIO z dnia 20 września 2016 r., sygn. akt KIO 1510/16; wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1730/15; wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1730/15; por. też wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 19 stycznia 2016 r, sygn. akt II Ca 1601/15).

W niniejszej sprawie, Odwołujący powyżej wykazał, że nie można mu przypisać odpowiedzialności za brak prawidłowego korzystania z Platformy Zakupowej ze względu na spełnienie wszystkich wymogów technicznych oraz zaleceń Zamawiającego. Tym samym, w sytuacji, gdy Zamawiający będzie dążył do wykazania prawidłowego przebiegu aukcji internetowej i braku naruszenia art. 91 c ust. 3 Pzp oraz przedstawi wiarygodne dowody, zaktualizuje się konieczność przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność prawidłowego działania systemu informatycznego Zamawiającego. Jednocześnie sama istota materiału dowodowego - zapisy teleinformatyczne przebiegu aukcji

- które zostaną przedstawione przez Zamawiającego - wymagać będzie analizy przez osobę posiadającą wiadomości i wiedzę specjalistyczną z zakresu informatyki.

W utrwalonym orzecznictwie Sądu Najwyższego wydanym na gruncie k.p.c. wskazuje się, że tam gdzie ustalenie stanu faktycznego wymaga wiedzy i wiadomości specjalnych sąd ma obowiązek powołać biegłego. Tytułem przykładu w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r.11, stwierdzono, że *„dowód z opinii biegłego ze względu na składnik w postaci wiadomości specjalnych jest dowodem tego rodzaju, iż nie może być zastąpiony inną czynnością dowodową, np. przesłuchaniem świadka. Jeżeli więc - zgodnie z art. 278 § 1 k.p.c. - sąd może otrzymać wiadomości specjalne wyłącznie na skutek skorzystania z pomocy biegłego, to sąd dopuszcza się naruszenia art. 232 zdanie drugie k.p.c., skoro z urzędu nie przeprowadza dowodu z opinii biegłego, niezbędnego dla właściwej oceny zasadności wytoczonego powództwa”* Sygn. akt II CKS 422/12 (por. też Wyrok SN z 15 czerwca 2011 r., sygn. akt V CSK 373/10; wyrok SN z 15 stycznia 2010 r., sygn. akt I CSK 199/09; wyrok SN z 5 września 2008 r., sygn. akt I CSK 117/08). Natomiast brak powołania biegłego sądowego, również z urzędu, uważa się za naruszenie przez sąd przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik wydanego rozstrzygnięcia.

W niniejszej sprawie nie zachodzi również sytuacja wyłączająca potrzebę powołania biegłego sądowego przez Izbę, która została - przykładowo - wskazana w wyroku Izby z dnia 28 października 2014 r. KIO 2135/14 *„Postępowanie o zamówienie jest postępowaniem prowadzonym między profesjonalistami, i to nie tylko w znaczeniu zorganizowanego sposobu prowadzenia działalności - co do zasady jako przedsiębiorca, ale przede wszystkim profesjonalistami w zakresie oferowanego przedmiotu i związanej z nim materii. Skoro zamawiający dokonuje w trybie zamówienia zakupu, to należy uznać że posiada dostateczną wiedzę i rozeznanie w zakresie przedmiotu tego zakupu, podobnie jak wykonawcy, którzy w odpowiedzi oferują odpowiednie, wymagane przez zamawiającego dostawy i usługi. Tym samym potrzeba zasięgnięcia wiadomości specjalnych jawi się jako wyjątek od zasady doskonałej znajomości przez uczestników postępowania przedmiotu zamówienia oraz kwestii technicznych i funkcjonalnych z nim związanych.”*

Z przywołanego wyroku wynika, że powołanie biegłego nie jest potrzebne, jeżeli miałby on zostać powołany na okoliczność związaną z przedmiotem zamówienia oraz jego cechami technicznymi i funkcjonalnymi. W postępowania, gdzie spór koncentruje się na przedmiocie samego zamówienia, zarówno Zamawiający jak i Odwołujący są specjalistami w jego zakresie, a możliwość powołania biegłego podlega obostrzeniu. Jednakże, niniejsze odwołanie nie jest nakierowane na przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a dąży do wykazanie nieprawidłowości w systemach teleinformatycznych Platformy Zakupowej

prowadzonej przez Zamawiającego, a zatem elementu, w którym żadna ze stron postępowania nie jest profesjonalistą. W konsekwencji uprawnienie do powołania biegłego sądowego nie jest obciążone takimi ograniczeniami jak specjalistyczna wiedza Stron postępowania.

Już na marginesie należy zauważyć, że w świetle art. 190 ust. 1 zd. 1 Pzp oraz art. 6 k.c., mając na względzie spełnienie przez Odwołującego wszystkich zaleceń technicznych opisanych w IDW, Odwołujący wypełnił ciężar dowodu wykazania braku odpowiedzialności za niedokonanie kolejnych postępień oraz idąc dalej, wnioskując o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia dowodów oraz przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki, wypełnia obowiązek wskazania dowodu dla stwierdzenia podniesionych twierdzeń faktycznych.

Odwołujący jednocześnie zauważa, że możliwa jest sytuacja, w której przedłożenie przez Zamawiającego szczegółowych raportów w zakresie przebiegu aukcji uczyni wniosek o powołanie biegłego zbędnym. Z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia, jeśli z treści raportów wynikać będą informacje jednoznacznie potwierdzające lub zaprzeczające zarzutom odwołania (a ich odczytanie możliwe będzie bez wiedzy specjalnej). Uwzględniając jednak brak wiedzy na temat zawartości raportów będących w posiadaniu Zamawiającego, na obecnym etapie również wniosek o powołanie biegłego jest uzasadniony.

W dniu 4 stycznia 2019 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej Przystępującym) wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 7 stycznia 2019 roku do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o uwzględnienie odwołania. Podniósł, że zarzuty Odwołującego są zasadne, a on sam w ramach prowadzonej w dniu 21 grudnia 2018 roku aukcji elektronicznej zaobserwował analogiczne nieprawidłowości jak te, opisane szczegółowo w treści ogłoszenia. Platforma zakupowa nie wygenerowała informacji o postąpieniu dokonanym przez wykonawcę Torpol S.A., która również nie była widoczna. Informacja o punktacji poszczególnych ofert przekazana po zakończeniu aukcji elektronicznej była rozbieżna od komunikatu przesłanego przez portal aukcyjny. Dnia 14 stycznia 2019 roku wykonawca Budimex S.A. wycofał zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Dnia 14 stycznia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym Zamawiający oświadczył iż uwzględni w całości zarzuty podniesione w odwołaniu z dnia 31 grudnia 2018 roku oraz zobowiązuje się do unieważnienia

aukcji elektronicznej i przeprowadzenia jej ponownie wraz z zaproszeniem Wykonawców do wzięcia w niej udziału. W uzasadnieniu wskazał, iż analiza zaistniałej sytuacji przeprowadzona przez służby informatyczne Zamawiającego prowadzi do wniosku, że podczas trwania wyżej wymienionej aukcji elektronicznej wystąpiły problemy techniczne, które doprowadziły do krótkotrwałych przerw w komunikacji z jednym z serwerów aplikacyjnych Zamawiającego. Ponieważ powyższy problem mógł doprowadzić w tym konkretnym przypadku do nieodświeżenia informacji w przeglądarkach internetowych Wykonawców biorących udział w aukcji przez system, na którym była prowadzone przedmiotowa aukcja, unieważnienie postępowania znajduje uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu w całości, Przystępujący Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł sprzeciw.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j. dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 grudnia 2018 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2018 roku, zatem z zachowaniem terminu do wniesienia odwołania. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przez wykonawcę Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu – co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, dowody załączone do odwołania i złożone na rozprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie na zadanie „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E 59 odcinek Choszczno - Stargard w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie” w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Zasady przeprowadzenia aukcji elektronicznej zostały określone w Rozdziale 29 Instrukcji Dla Wykonawców (IDW) stanowiącej tom pierwszy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty.

Termin przeprowadzenia aukcji elektronicznej został wyznaczony na dzień 21.12.2018 roku na godz. 12:00.

Zgodnie z zapisami IDW (...):

29.1.14. *Podstawowy czas trwania aukcji to 60 min oraz ewentualne dogrywki.*

29.1.15. *Aukcja zostanie zamknięta po 60 min od rozpoczęcia aukcji, o ile nie dojdzie do dogrywki. Dogrywka będzie miała miejsce, jeśli w ciągu ostatnich 10 minut czasu trwania aukcji zostanie złożona nowa oferta. W takim przypadku aukcja zostanie przedłużona od momentu złożenia tej oferty o sekundy brakujące do pełnej minuty, w której złożona została oferta plus dogrywkę o czasie trwania 10 minut, o ile nie padnie kolejna przedłużająca aukcję oferta.*

29.1.16. *Aukcja kończy się po upływie:*

- 60-tej minuty – jeżeli między 50 a 60 minutą aukcji nie zostanie złożona nowa oferta;
- czasu ostatniej dogrywki (ostatnie 10 minut trwania aukcji), o ile w trakcie jej trwania nie padnie żadne postąpienie.

29.1.20. *Wymagania techniczne urządzeń informatycznych:*

- a) komputer klasy PC z zainstalowanym systemem operacyjnym Microsoft Windows XP/Vista/Windows 7/ Windows 10;
- b) w przypadku komputera z systemem operacyjnym Microsoft Windows 7/Windows 8 przeglądarka MS Internet Explorer 10.0 (lub nowsza) z obsługą Active X lub dla systemów operacyjnych XP/Vista/Windows 7/Windows 8 przeglądarka Firefox z obsługą Javy, siła szyfrowania: 128bit;
- c) w przypadku komputera z systemem operacyjnym Microsoft Windows 10 przeglądarka MS Internet Explorer 11 z obsługą Active X lub Firefox z obsługą Javy, siła szyfrowania: 128bit;
- d) podłączenie do Internetu: min. 56 Kb na komputer (zalecane szerokopasmowe łącze internetowe);
- e) podłączony lub wbudowany do komputera czytnik karty kryptograficznej wydanej przez wystawcę certyfikatu używanego przez Wykonawcę;
- f) certyfikat kwalifikowany zainstalowany na komputerze, na którym Wykonawca będzie się logował do konta (certyfikat musi być widoczny w magazynie certyfikatów systemu Windows (magazynie logicznym o nazwie „Osobisty” certyfikatów systemu Windows)). Inne niż wyżej wymienione systemy operacyjne (m.in. Linux, iOS itd.) oraz przeglądarki (m.in. Google Chrome, Opera, Safari, Maxthon, Microsoft Edge itd.) nie są dedykowane do obsługi Platformy Zakupowej (PZ PLK) przy udziale w aukcji elektronicznej z użyciem podpisu elektronicznego. Korzystanie z innych systemów operacyjnych, przeglądarek i/lub z systemów operacyjnych oraz przeglądarek nie wspieranych przez producenta może skutkować pojawieniem się nieprawidłowości i błędów w funkcjonowaniu Platformy Zakupowej. Użytkownik Platformy Zakupowej może otworzyć maksymalnie jedną instancję konsoli aukcyjnej naraz. Próba składania ofert z kilku otwartych konsol aukcyjnych może prowadzić do wystąpienia komplikacji w przebiegu aukcji.

29.1.24. W celu zapewnienia aktualności informacji na ekranie Wykonawca winien odświeżyć ekran za pomocą odpowiedniego przycisku przeglądarki lub wciskając klawisz „F5” na klawiaturze.

O godz. 12:45:59 Odwołujący złożył ostatnie postąpienie, w wyniku którego system wygenerował komunikat, iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą, znajdującą się w rankingu ofert na pierwszym miejscu.

O godz. 12:51:10 Odwołujący dokonał odświeżenia ekranu, natomiast system nadal generował komunikat, iż oferta Odwołującego znajduje się na pierwszym miejscu. Do czasu zakończenia aukcji informacja z systemu nie uległa zmianie.

Bezpośrednio po zakończeniu aukcji system wygenerował komunikat, iż ofertę z najniższą ceną, znajdującą się na pierwszym miejscu złożył wykonawca Torpol S.A. o godz. 12:47:27, a oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu.

Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 91c ust. 3 Ustawy:

W toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców.

- art. 7 ust. 1 Ustawy:

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Izba rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu, ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 91c ust. 3 Pzp w zw. z pkt 29.1.12 IDW poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w postępowaniu w sposób, który nie gwarantował przekazywania na bieżąco każdemu wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz punktacji najkorzystniejszej oferty, co skutkowało wprowadzeniem Odwołującego w błąd w zakresie aktualnego przebiegu aukcji

oraz pozycji jego oferty, a tym samym uniemożliwiło złożenie kolejnego postępowania, a w konsekwencji powyższego naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości w ocenie Izby zarzuty zostały potwierdzone.

Podkreślić należy, iż aukcja elektroniczna nie jest odrębnym trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz swoistą „dogrywką elektroniczną”, która następuje po dokonaniu oceny ofert w sytuacjach określonych w art. 91a ust. 1 Pzp, a jej celem jest zwiększenie konkurencyjności złożonych ofert.

Instytucja aukcji elektronicznej w dyrektywie 2014/24/UE została uregulowana w art. 35. Zgodnie z jego ust. 1 i 2 *„instytucje zamawiające mogą stosować aukcje elektroniczne, w których przedstawiane są nowe, obniżane ceny lub nowe wartości dotyczące niektórych elementów ofert. W tym celu instytucje zamawiające organizują aukcje elektroniczne w formie powtarzalnego procesu elektronicznego realizowanego po przeprowadzeniu wstępnej pełnej oceny ofert i umożliwiającego ich klasyfikację za pomocą metod automatycznej oceny. W przypadku procedury otwartej, procedury ograniczonej lub procedury konkurencyjnej z negocjacjami instytucje zamawiające mogą postanowić, że udzielenie zamówienia publicznego zostanie poprzedzone aukcją elektroniczną, jeżeli można w sposób precyzyjny określić treść dokumentów zamówienia, w szczególności specyfikacji technicznych. W tych samych okolicznościach aukcja elektroniczna może zostać przeprowadzona w przypadku ponownego poddania zamówienia procedurze konkurencyjnej pomiędzy stronami umowy ramowej, jak przewidziano w art. 33 ust. 4 lit. b lub c, oraz w przypadku otwarcia na konkurencję zamówień udzielanych w ramach dynamicznego systemu zakupów, o którym mowa w art. 34”*.

Wskazać należy, iż w postępowaniach, w których znajduje zastosowanie aukcja elektroniczna, ocena ofert nie kończy się po ocenie dokonanej przez Zamawiającego na podstawie złożonych w terminie ofert, lecz jest pierwszym etapem, po którym wykonawcy mogą w trakcie aukcji poprawić swoje oferty w tych aspektach, które są przedmiotem oceny w aukcji, a Zamawiający uwzględni to w całościowej ocenie oferty.

W takim przypadku mamy do czynienia z czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia podejmowaną przez Zamawiającego, w stosunku do której przysługują środki ochrony prawnej. W przypadku dokonania przez Zamawiającego tej czynności z naruszeniem przepisów prawa, podlegać ona będzie unieważnieniu lub powtórzeniu.

Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że unieważnienie aukcji elektronicznej jest synonimem unieważnienia postępowania, które można zastosować w sytuacji, kiedy wystąpiłaby wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy. Unieważnienie aukcji a unieważnienie postępowania to dwie odrębne i niezależne od siebie instytucje, których nie należy utożsamiać. Przesłanki unieważnienia postępowania zostały ściśle określone w art. 93 ust. 1-1d Pzp i nie można ich stosować analogicznie wobec innych czynności w postępowaniu. Unieważnienie postępowania skutkuje jego zakończeniem, natomiast unieważnienie czynności w postępowaniu nie oznacza zakończenia postępowania, lecz powrót etapu poprzedzającego podjęcie wadliwej czynności i daje możliwość jego przeprowadzenia zgodnie z wymaganymi przepisami. Zatem przeprowadzenie aukcji elektronicznej jako czynności w postępowaniu podlega takim samym regułom, jak każda inna czynność w postępowaniu, a w przypadku kiedy wykonana została z naruszeniem prawa, podlega unieważnieniu lub powtórzeniu.

Aukcja elektroniczna prowadzona jest za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającemu wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, a wykonawcy składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Zamawiający zobowiązany jest na bieżąco przekazywać każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty.

Obowiązkiem zamawiającego jest zatem zapewnienie odpowiednio funkcjonującej platformy elektronicznej, z którą wykonawcy drogą teleinformatyczną mogą się połączyć w sposób bezpośredni i składać postąpienia. To Zamawiający odpowiedzialny jest również za prawidłowe funkcjonowanie formularza umieszczonego na stronie, bowiem to on przygotowuje i przeprowadza aukcje elektroniczną. Urządzenia Zamawiającego powinny samoczynnie szeregować, oceniać i klasyfikować oferty, przeliczając postąpienia na ocenę punktową według sposobu oceny ofert określonego w zaproszeniu do aukcji. Zakaz ingerencji przez Zamawiającego świadczy o dbałości ustawodawcy o to, aby aukcja elektroniczna decydująca o wyborze oferty najkorzystniejszej, w której następuje ustalenie kluczowych elementów ofert była niezakłócona, transparentna i odbywała się bez udziału Zamawiającego.

Obowiązkiem występującym po stronie każdego wykonawcy, jest natomiast zapewnienie odpowiedniego sprzętu komputerowego, jak i sprawnego połączenia internetowego oraz kwalifikowalnego podpisu elektronicznego, a także odświeżanie ekranu za pomocą odpowiedniego przycisku przeglądarki lub wciskając klawisz „F5” na klawiaturze, w celu zapewnienia aktualności informacji na ekranie.

Z dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego wynika, iż urządzenia informatyczne, którymi posługiwał się Odwołujący przy przeprowadzeniu aukcji elektronicznej spełniały wymagania techniczne stawiane przez Zamawiającego, były właściwie zainstalowane i przez cały czas trwania aukcji pozostawały w pełnej aktywności w sieci lokalnej oraz z systemem Zamawiającego. Odwołujący wykazał powyższe, poprzez zaprotokołowanie przebiegu przeglądania raportu aktywności użytkowników komputera oraz urządzeń zalogowanych do wewnętrznej sieci komputerowej wykorzystanych w biurach Odwołującego oraz zaprotokołowanie przebiegu danych zgromadzonych w systemach informatycznych wykorzystywanych w biurach Odwołującego sporządzonych w formie aktów notarialnych z dnia 14 stycznia 2019 roku i 24 stycznia 2019 roku. Sporządzenie powyższych protokołów w formie aktów notarialnych stanowi dowód potwierdzający zawartą w nich treść, w tym przypadku informacje i dane techniczne dotyczące urządzeń informatycznych, którymi posługiwał się Odwołujący podczas aukcji elektronicznej. Ponadto Odwołujący wykazał, że uczestniczył w aukcji zgodnie z Regulaminem prowadzenia aukcji i licytacji elektronicznej w PKP Linie Kolejowe S.A. i odświeżał ekran w sposób wskazany w Regulaminie, także po złożeniu przez siebie ostatniego postąpienia, tj. po godz. 12:45:49. Potwierdza to również złożony przez Zamawiającego rejestr danych z systemu teleinformatycznego platformy aukcyjnej, ukazujący zapis informatyczny przebiegu całej aukcji elektronicznej przeprowadzonej w ramach przedmiotowego postępowania, z którego wynika (załącznik nr 16, pozycja nr 3029 2018-12-21 12:49:15, 636 (...) „error”) wygenerowane otwarcie konsoli aukcyjnej u jednego z wykonawców, stanowiące zarejestrowaną próbę odświeżenia strony, wywołane użyciem klawisza F5. Jest to jedyne odświeżenie zarejestrowane przez system po godz. 12:47:27, czyli po złożeniu ostatniego postąpienia przez Przystępującego. Komunikat ten jest zgodny z wykazem aktywności Odwołującego, który o godz. 12:51:10 (według czasu na swoim komputerze) dokonał odświeżenia.

Z dowodów złożonych przez Zamawiającego oraz oświadczeń Zamawiającego przyznanych na rozprawie w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że ostatnie postąpienie wykonane przez Przystępującego o godz. 12:47:27 zostało przyjęte przez system, ale system nie wygenerował żądania odświeżenia konsoli pozostałych oferentów do końca trwania aukcji, pomimo próby odświeżenia ekranu przez Odwołującego (załącznik 5, 6, 15 rejestru danych z systemu teleinformatycznego platformy aukcyjnej). Było to wynikiem błędu w działaniu systemu, a skutkowało brakiem przekazywania na bieżąco pozostałym wykonawcom informacji dotyczących rzeczywistego przebiegu aukcji elektronicznej. Dowody złożone przez Przystępującego (wydruki z komputera Przystępującego obrazujące przebieg aukcji) potwierdzają jedynie fakt, że serwer Zamawiającego zarejestrował postąpienie Przystępującego z godz. 12:47:27 (co wynika również z dowodów złożonych przez

Zamawiającego) natomiast nie dowodzą, iż informacja o tym postąpieniu została na bieżąco przekazana pozostałym wykonawcom, tj. że komunikacja pomiędzy serwerem Zamawiającego a komputerami pozostałych wykonawców nie została zakłócona. Ponadto, dodać należy, iż Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że postąpienie to było widoczne jedynie na tym komputerze, z którego zostało wykonane. Zatem widoczne było jedynie przez Przystępującego, na jego komputerze.

Odnosząc się do Opinii 24/01/2019 opracowanej przez P. B. i K. N., wskazać należy, iż w jej treści autorzy wskazują na wystąpienie błędów o kodach typu 304 i 401, co nie koresponduje ze stanowiskiem Przystępującego, iż ww. opinia wykazuje brak błędów podczas trwania aukcji. Ponadto z opinii nie wynika, iż błędy te nie miały wpływu na prawidłowy przebieg aukcji. W odniesieniu do załącznika nr 15, w kolumny „Status odświeżenia” nieprawidłowo zinterpretowano komunikat „odświeżenie” jako tożsamy z użyciem klawisza F5 - odświeżenie ekranu. Użyty komunikat „odświeżenie” odnoszony do wykonanych postąpień pomiędzy godz. 12:00 a 13:00 (tabela nr 1 i 2) oznacza odświeżenie danych (nie odświeżenie ekranu) po stronie konsoli oferentów i generowany jest przez system bez udziału użytkownika, w wyniku zmiany danych, np. wykonania postąpienia.

Powyższe, w ocenie Izby nie pozwala na uznanie opinii za wiarygodną.

Wskazać należy, iż przedmiotowa opinia stanowi jedynie opinię prywatną opracowaną na zlecenie strony i nie można jej traktować inaczej niż jako wzmocnienie stanowiska strony, która dla jej uwiarygodnienia odwołuje się do autorytetu specjalisty.

Ponadto stanowisko Przystępującego zawarte w opinii i jego ocena dokonana przez Izbę jako niewiarygodnej, zostało potwierdzone również przez samego Przystępującego, który sam zanegował jej wartość wskazując na czas przygotowania się do sprawy przy czym jednocześnie nie wnosił o odroczenie rozprawy z uwagi na niemożliwość przygotowania się do rozprawy.

Zgodnie z treścią art. 91 c ust. 3 ustawy Pzp, w toku aukcji elektronicznej Zamawiający na bieżąco informuje każdego wykonawcę o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Określenie "na bieżąco" oznacza, iż aktualne informacje powinny być dostępne dla każdego wykonawcy, po każdym złożonym postąpieniu, w czasie rzeczywistym. W sytuacji, gdy w toku aukcji zostanie złożona oferta korzystniejsza, wykonawcy o tym fakcie muszą zostać poinformowani niezwłocznie po jej złożeniu, aby móc wykonać kolejne postąpienie. W niniejszym postępowaniu w trakcie trwania aukcji elektronicznej wystąpił błąd, w wyniku którego Odwołujący, (jak i drugi wykonawca) nie otrzymał informacji o zmianie pozycji jego oferty, jak również punktacji najkorzystniejszej oferty. Tym samym Odwołujący nie widział aktualnej informacji o rankingu ofert a przyczyną

tej sytuacji były okoliczności, które leżały wyłącznie po stronie Zamawiającego (co zostało również stanowczo przyznane przez Zamawiającego na rozprawie w dniu 25 stycznia 2019 roku).

Podkreślić należy, iż jakiegokolwiek trudności natury technicznej powodujące zakłócenie prawidłowego prowadzenia aukcji stanowią wadę postępowania przetargowego i tak zorganizowana aukcja nie może być podstawą udzielenia zamówienia publicznego (por. A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj „Europejskie prawo zamówień publicznych” Wolters Kluwer Warszawa 2016, s.369).

W związku z powyższym potwierdził się zarzut naruszenia art. 91c ust. 3 Pzp poprzez brak przekazywania na bieżąco każdemu wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz punktacji najkorzystniejszej oferty.

Potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp dotyczący przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp., wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez Zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert a w przypadku aukcji elektronicznych, aby wykonawcy znali pozycję i punktację swojej oferty, względem oferty najkorzystniejszej przez cały okres trwania aukcji".

Ponadto, Izba wskazuje że podziela argumentację zawartą w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej przywołanych w treści odwołania.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....