

WYROK

z dnia 7 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2019 r. przez **Omya Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółkę Akcyjną w Bełchatowie**

przy udziale wykonawcy: **Nordkalk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Umarza odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.) poprzez nieujawnienie dowodów potwierdzających techniczne problemy z prowadzeniem aukcji.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża **Omya Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Omya Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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 **Piotrkowie Trybunalskim**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółkę Akcyjną w Bełchatowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa sorbentów wapiennych dla jednostek wytwórczych GK PGE na lata 2019 – 2021.

Postępowanie prowadzone jest 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 21 października 2019 roku wykonawca Omya Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie dla części nr VI postępowania wobec czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu przeprowadzonej aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 91d ust. 2 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie zamknięcia aukcji elektronicznej w sposób przewidziany w przepisach ustawy P.z.p. i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników aukcji;
- 2) naruszenie art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez unieważnienie aukcji pomimo braku ustawowej możliwości takiego działania. W przepisach ustawy P.z.p. przewidziano możliwość przerwania aukcji i następnie jej kontynuowania na następnny dzień po usunięciu awarii, czego zamawiający w niniejszym przypadku nie wykonał.
- 3) naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. przez nierówne traktowanie wykonawców;
- 4) naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. przez nieujawnienie dowodów potwierdzających techniczne problemy z prowadzeniem aukcji.

Odwołujący podniósł, że jego oferta zajmuje pierwsze miejsce w rankingu ofert dla części VI. Odwołujący zaoferował najniższą cenę w przeprowadzonej aukcji elektronicznej. Oferta jest poprawna pod względem formalno-prawnym jak i merytorycznym i winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Z uwagi na powyższe, odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż ze względu na bezpodstawne unieważnienie aukcji może nie uzyskać zamówienia. Odwołujący ma zatem interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania.

Wskazując na powyższe, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności unieważnienia aukcji elektronicznej i uznanie wyników aukcji za prawidłowe i wiążące.

w konsekwencji:

- dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

Odwołujący podniósł, że zamawiający przewidział w Rozdziale 21 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Aukcja odbyła się 04 października 2019 r. o godz. 09:00.

Odwołujący, jako uczestnik aukcji, który złożył najkorzystniejsze postąpienie nie odnotował żadnych problemów technicznych skutkujących niemożnością złożenia postąpienia. Zdaniem odwołującego system działał bez zarzutów i możliwe było aktywne uczestniczenie w aukcji.

W dniu 11 października 2019 r. odwołujący otrzymał informację o unieważnieniu aukcji i konieczności powtórzenia aukcji w VI części zamówienia. Zamawiający tłumaczył konieczność powtórzenia chwilową przerwą w dostępie do Internetu dostarczanego za pośrednictwem łącza zewnętrznego dostawcy.

Odwołujący w dniu 14 października 2019 r. wystąpił do zamawiającego o udostępnienie logów z systemu bądź innych dowodów potwierdzających brak dostępu do Internetu. Powołując się na zasadę jawności postępowania, odwołujący wnioskował o niezwłoczne przesłanie dokumentów, na podstawie których zamawiający zdecydował o unieważnieniu aukcji. Do dnia wniesienia odwołania nie uzyskano żadnych informacji potwierdzających techniczne problemy zamawiającego. Równoległe odwołujący wnioskował o przesłanie informacji do dostawcy Platformy Marketplanet, jednakże zdołał uzyskać wyłącznie telefoniczne informacje, że odpowiedzialność za łącze internetowe ponosi wyłącznie zamawiający.

Odwołujący stwierdził, że nie odnotował problemów z działaniem platformy po swojej stronie. Platforma działała bez zarzutu, wielokrotnie odświeżano stronę aukcji, za każdym razem system prawidłowo aktualizował postępowanie.

Odwołujący zażądał uznania składanych postąpień za wiążące i w konsekwencji uznania oferty za najkorzystniejszą.

Odwołujący na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada br. cofnął zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 listopada 2019 roku zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości z uwagi na całkowitą bezzasadność podniesionych w nich zarzutów;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do pisma, na okoliczności wskazane w treści pisma;
3. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Organizator prowadzi postępowanie na dostawy sorbentów wapiennych dla jednostek wytwórczych GK PGE na lata 2019 - 2021 w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Procesowi aukcyjnemu podlegało 13 części, w tym część VI, na którą odwołujący złożył ofertę, i do której to części odnosi się przedmiotowe odwołanie.

W części VI zostały złożone 3 oferty. Termin przeprowadzenia aukcji elektronicznej został pierwotnie wyznaczony na dzień 27.09.2019 r. jednak z uwagi na konieczność powtórzenia aukcji testowych, został przeniesiony na dzień 4.10.2019 roku na godz. 9:00. Jedynym kryterium oceny ofert była cena o wadze 100%. Do aukcji w części VI przystąpiło 2 wykonawców (odwołujący i przystępujący) i to pomiędzy nimi trwały dogrywki w toku aukcji.

Zamawiający wskazał, że aukcja elektroniczna na część VI zamówienia rozpoczęła się 4.10.2019 r., o godz. 9:00. Po upływie czasu podstawowego (20 minut) odwołujący i przystępujący składali, zgodnie z warunkami aukcji, postąpienia podczas dogrywek. O godz. 9:40:57 przystępujący złożył ofertę na kwotę 9 600 000,00 zł netto, która została przebita przez odwołującego o godz. 9:42:26 kwotą 9 572 480,00 zł netto. W następnych minutach trwania dogrywki, pracownik organizatora, który obserwował aukcję, zauważył problemy techniczne w aukcji. A mianowicie na konsoli obserwatora aukcji (pracownika organizatora) odnotowano, iż przystępujący próbował trzykrotnie przebić ofertę odwołującego, tj. o godz. 9:43:35, 9:45:29 i 9:47:07 ceną 9 536 000,00 zł, lecz system aukcyjny nie przyjmował oferty przystępującego, po czym upłynął 5-minutowy czas dogrywki i aukcja zakończyła się wygraną odwołującego.

Przystępujący w trakcie jeszcze trwania dogrywki poinformował telefonicznie operatora aukcji o problemach ze złożeniem postąpienia. Z uwagi jednak, iż ww. awaria miała miejsce w ostatnich minutach dogrywki, operator aukcji nie zdążył jej przerwać. Zgodnie z warunkami aukcji, po upływie podstawowego czasu aukcji, nowe postąpienie przedłużało aukcję tylko o 5 minut (plus liczba sekund dopełniająca rozpoczętą minutę od chwili złożenia nowej oferty), stąd, w sytuacji wystąpienia problemów, które pojawiły się tuż przed upływem ww. czasu, nie było możliwości już zatrzymania aukcji, tym bardziej że jednocześnie operator aukcji rozmawiał telefonicznie z przystępującym, który zgłaszał problemy z aukcją. Operator aukcji

nie miał więc wystarczającej ilości czasu i danych, które pozwoliłyby na zatrzymanie przedmiotowej aukcji, przed jej zakończeniem. W chwilę po zakończeniu aukcji, przystępujący przesłał również mailem informację do organizatora o awarii systemu aukcyjnego.

Zamawiający wskazał, że niezwłocznie po otrzymaniu informacji od przystępującego o awarii, zwrócił się do spółki PGE Systemy S.A. odpowiedzialnej w Grupie Kapitałowej Organizatora Postępowania za systemy informatyczne, jak również odpowiedzialnej za współpracę z właścicielem platformy aukcyjnej, za pomocą której prowadzono przedmiotową aukcję tj. Otwarty Rynek Elektroniczny S.A (dalej „ORE”), o weryfikację poprawności działania platformy aukcyjnej w dn. 4.10.2019 r., w godzinach 9:00-10:00, a więc w czasie kiedy miała miejsce przedmiotowa aukcja.

W dniu 11.10.2019 r. PGE Systemy S.A. przedstawiła Organizatorowi „Raport po awarii”, którego analiza wykazała, iż podczas aukcji w dniu 4.10.2019 r. pomiędzy godz. 9:43 — 9:48, a więc kiedy przystępujący usiłował złożyć swoje postąpienie, chcąc przebić ostatnią ofertę odwołującego, doszło do chwilowego braku połączenia systemu aukcyjnego z Internetem, dostarczanego od zewnętrznego dostawcy. Skutkowało to brakiem możliwości weryfikacji certyfikatu dostępnego pod adresem <http://crl.certum.pl> i w konsekwencji brakiem możliwości złożenia podpisu, a w konsekwencji kolejnych ofert (postąpień) w przedmiotowej aukcji. Problem ten dotknął przystępującego, który chciał przebić ofertę odwołującego. Nie ma przy tym znaczenia, że w przekonaniu odwołującego aukcja przebiegała poprawnie, bowiem z jego perspektywy nie sposób dostrzec było jakichkolwiek nieprawidłowości w tym zakresie. Nawiasem mówiąc odwołujący w danym czasie, będąc na pozycji pierwszej, nie dokonywał postąpień, wobec czego nie mógł stwierdzić, czy platforma aukcyjna zadziałałaby prawidłowo przy jego próbie złożenia postąpienia. Awaria, która zaistniała po stronie zamawiającego, nie dotyczyła wprost działania platformy aukcyjnej jako takiej, lecz elementu ściśle z nią powiązanego jakim jest brak łącza internetowego. W związku z tym taki rodzaj awarii systemu teleinformatycznego nie jest widoczny od razu zarówno dla zamawiającego jak i dla innych uczestników aukcji (brak w tym zakresie komunikatów systemowych), dlatego też ustalenie przyczyn wystąpienia tego rodzaju awarii było możliwe dopiero po wnikliwym przeanalizowaniu przebiegu aukcji przez operatora platformy aukcyjnej.

Zamawiający poinformował, że w oparciu o otrzymany raport, biorąc pod uwagę, iż wszelkie czynności jakie wykonywali uczestnicy w toku tej aukcji były prawidłowe, a awaria systemu teleinformatycznego była niezależna od uczestników aukcji, organizator w dniu 11.10.2019 r. podjął decyzję o unieważnieniu aukcji z dnia 4.10.2019 r. i powtórzeniu aukcji w tej części, w sposób umożliwiający skuteczne składanie postąpień wszystkim wykonawcom, o czym poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty na część VI zamówienia. Zauważył,

iż organizator postępowania w dn. 11.10.2019 r. dysponował już dwoma dowodami (mail od przystępującego oraz ww. raport), które wskazywały, że podczas przedmiotowej aukcji doszło do awarii, nie z winy wykonawców biorących udział w aukcji. Stąd działanie organizatora postępowania o powtórzeniu aukcji było uzasadnione.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91d ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie zamknięcia aukcji elektronicznej w sposób przewidziany w przepisach ustawy P.z.p. i wyboru oferty najkorzystniejszej, zamawiający stwierdził, że mając na uwadze, że doszło do awarii przedmiotowej aukcji, żądane przez odwołującego działanie byłoby dopiero sprzeczne z ustawą P.z.p. Jak wynika bowiem z treści art. 91c ust. 1 ustawy P.z.p., w toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającemu wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. W aukcji elektronicznej mają prawo brać udział wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (art. 91b ust. 1 ustawy P.z.p.). W przedmiotowej sprawie w wyniku awarii systemu aukcyjnego, prawo składania postąpień przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w tej części zamówienia, niepodlegające odrzuceniu, zostało ograniczone. Stąd zamawiający, nie chcąc naruszyć ww. przepisu, był zmuszony unieważnić przedmiotową aukcję. Przeciwnie działanie, które powodowałoby uniemożliwienie brania udziału w aukcji przystępującemu, byłoby naruszeniem art. 91c ustawy P.z.p.. Ryzyko naruszenia art. 91c ustawy P.z.p. było więc uzasadnieniem dla konieczności powtórzenia aukcji.

Zamawiający zwrócił uwagę, że kolejność przepisów ustawy P.z.p. nie jest tutaj przypadkowa. Ustawodawca przepis art. 91d ust. 2 ustawy P.z.p. umieścił dopiero po przepisie dotyczącym awarii aukcji (art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p.). Z czego można wyinterpretować, iż dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z art. 91d ust. 2 ustawy P.z.p. można dokonać, tylko w sytuacji kiedy nie doszło do awarii aukcji, lub kiedy skutki awarii aukcji zostały usunięte i wykonawcy mogli swobodnie wziąć w niej udział. Celem przepisów ustawy P.z.p. jest w tym przypadku zapewnienie, aby aukcja elektroniczna odbyła się prawidłowo, zgodnie z przepisami art. 91c ustawy P.z.p., zaś jej wynik (o ile aukcja przebiegła prawidłowo) miał wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty.

Ustawodawca określił reguły postępowania w przypadku awarii systemu aukcyjnego, za pomocą którego wykonawcy uczestniczą w aukcji elektronicznej (art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p.). Należy zwrócić uwagę, iż przepis ten nie obejmuje sytuacji, kiedy o awarii systemu aukcyjnego, wykonawcy oraz zamawiający dowiadują się, kiedy aukcja jest już zamknięta. Nie oznacza to, w ocenie zamawiającego, że pomimo wiedzy o awarii systemu aukcyjnego, kiedy

aukcja jest już zamknięta, zamawiający z braku uregulowania, nie może powtórzyć aukcji dotkniętej awarią. Z art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p. nie można wyinterpretować, iż w sytuacji kiedy wystąpi awaria, a aukcja nie została zatrzymana, zamawiający ma już tylko dokonać wyboru wykonawcy, który w tej sytuacji byłby ewidentnie sprzeczny z ustawą P.z.p. Taka wykładnia przedmiotowego przepisu byłaby sprzeczna z regułami interpretacji przepisów.

Zamawiający stwierdził, że na podstawie art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p. ma również prawo powtórzyć aukcję dotkniętą awarią, w sytuacji, kiedy nie było możliwe już kontynuowanie aukcji. Powyższe prawo potwierdza orzecznictwo KIO, w tym wyrok z 11.02.2019 r. o sygn. KIO 153/19.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez unieważnienie aukcji pomimo braku ustawowej możliwości takiego działania, mimo że przepisy ustawy P.z.p. przewidują możliwość przerywania aukcji i następnie jej kontynuowania na następnym dniu po usunięciu awarii, czego zamawiający w niniejszym przypadku nie wykonał, zamawiający wskazał, że przepis art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p. nie zabrania unieważnienia aukcji, w sytuacji, kiedy nie było możliwe przerwanie aukcji. Ustawa P.z.p. pozwala na powtarzanie czynności zamawiającego, w sytuacji, kiedy ma wiedzę, że dana czynność jest dotknięta wadą. Możliwość powtarzania określonych czynności nie musi być spowodowana wyrokiem KIO, czy sądu. Celem wszczęcia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy P.z.p. Stąd mając na uwadze powyższy cel, zamawiający każdą swoją czynność powinien wykonywać w zgodzie z przepisami ustawy P.z.p., jak również ją korygować, kiedy stwierdzi, że dana czynność nie była dokonana zgodnie z przepisami.

Zamawiający stwierdził, że ma świadomość, że podczas aukcji, która miała miejsce w dn. 4.10.2019 r. wystąpiła awaria, która uniemożliwiła przystępującemu złożenie kolejnych postąpień. Taka sytuacja ewidentnie wskazuje, że aukcja została przeprowadzona niezgodnie z art. 91c ustawy P.z.p. Mają powyższą wiedzę, zamawiający, ma obowiązek powtórzyć aukcję, tak aby powyższy przepis był zachowany. Zamawiający nie zgadza się, iż ustawa P.z.p. zabrania unieważniania aukcji i ponownego przeprowadzania aukcji, w celu doprowadzenia postępowania do zgodności z ustawą P.z.p. Pomimo braku wyraźnego w tym zakresie przepisu, nie sposób wyinterpretować, iż takie działanie jest zabronione. Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i gwarant przestrzegania regulacji ustawy P.z.p., ma prawo doprowadzić do sytuacji, aby aukcja została przeprowadzona w zgodzie z przepisami ustawy P.z.p.

Zamawiający zauważył, że aukcja z 4.10.2019 r. została zakończona, ten fakt nie jest sporny. A więc nie było możliwe, aby zatrzymać aukcję i następnie ją kontynuować. Stąd nie jest możliwe uwzględnienie zarzutu odwołującego. Co więcej, próba kontynuacji aukcji, w sytuacji, kiedy aukcja z 4.10.2019 r. została zakończona, byłaby ewidentnym naruszeniem art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem, że swoim działaniem naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. nierówno potraktował wykonawców (odwołujący wskazał błędnie na art. 7 ust. 3 zamiast na art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., gdzie jest mowa o zasadzie równego traktowania wykonawców). W ocenie zamawiającego właśnie zaniechanie unieważnienia aukcji, podczas której przystępujący został pozbawiony możliwości składania postąpień i pomimo tego dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej stanowiłoby wprost naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Zasada ta w aukcji elektronicznej jest ucieleśniona w art. 91b i 91c ustawy P.z.p. Przepisy te wymagają, aby do udziału w aukcji elektronicznej zaprosić wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Jak również, aby w takiej aukcji mogli mieć możliwość wziąć udział wszyscy zaproszeni wykonawcy. Celem zamawiającego powinno więc być tak przeprowadzenie aukcji, aby mogli wziąć udział w niej wszyscy wykonawcy, których oferty nie podlegają odrzuceniu, dotyczy to także możliwość składania postąpień w jej trakcie. W sytuacji zaś, kiedy aukcja nie spełnia tych warunków, obowiązkiem zamawiającego, jest więc jej powtórzenie, aby nie narazić się na zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Nordkalk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do przystąpienia na okoliczności wskazane w uzasadnieniu.

W ocenie przystępującego, zarzuty odwołującego się nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym. Awaria techniczna systemu elektronicznego zamawiającego miała miejsce w dniu 4 października 2019 r. podczas 21. pięciominutowej dogrywki w aukcji elektronicznej, która rozpoczęła się o godz. 9.00. W aukcji zostało wykonanych około 28 postąpień przyjętych przez system aukcyjny. Ostatnia cena innego niż przystępujący wykonawcy przyjęta przez system, wynosiła 9.572.480 zł netto (149,57 zł netto/t). Na tę ofertę przystępujący usiłował trzykrotnie złożyć kontrofertę w wysokości 9.536.000 zł (149,00 zł netto/t). System aukcyjny trzykrotnie nie przyjął oferty przystępującego pomimo, iż po jego stronie nie występowały żadne problemy techniczne z siecią, łączami, komputerem, podpisem elektronicznym, systemem itp. Jeszcze w trakcie aukcji przystępujący zadzwonił do zamawiającego zgłaszając

awarię techniczną systemu teleinformatycznego uniemożliwiającą mu dział w aukcji. O godz. 10.12 przystępujący wysłał do zamawiającego mail z informacją o awarii, który został załączony do przystąpienia.

W ocenie przystępującego, nie można zgodzić się z odwołującym się, iż w przypadku wystąpienia awarii technicznej systemu teleinformatycznego zamawiający nie mógł unieważnić aukcji elektronicznej, a jedynie aukcję taką przerwać, a następnie kontynuować z uwzględnieniem przepisów P.z.p.

Problem techniczny po stronie zamawiającego, polegający na przerwie w dostępie do Internetu dostarczanego za pośrednictwem łącza zewnętrznego dostawcy, spowodował wadliwość trwającej aukcji. Przystępujący został pozbawiony możliwości dokonywania w jej toku postępień z uwagi na okoliczności, na które nie miał wpływu.

W świetle przepisów ustawy P.z.p. zamawiający zobowiązany był w zaistniałej sytuacji do usunięcia niezgodności z prawem i do unieważnienia aukcji. Wbrew stanowisku odwołującego się, utrzymanie w mocy wyniku aukcji z 4 października 2019 r. stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Przystępujący będący wykonawcą prawidłowo zaproszonym do udziału w aukcji pozbawiony został bowiem, z przyczyn od siebie niezależnych, możliwości konkurowania w celu uzyskania zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający określił zasady przeprowadzenia aukcji elektronicznej w pkt 21 s.i.w.z. oraz w treści zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej z dnia 20.09.2019 r. w sposób następujący:

- 1) *Aukcja jest jednoetapowa. Podstawowy czas trwania aukcji elektronicznej wynosić będzie: 20 min.*
- 2) *Zamknięcie aukcji elektronicznej nastąpi wraz z upływem podstawowego czasu trwania aukcji elektronicznej - pod warunkiem, że w ciągu ostatnich 5 minut trwania aukcji nie nastąpi nowe postąpienie.*
- 3) *Jeżeli w ciągu ostatnich 5 minut czasu trwania aukcji elektronicznej zostanie złożona nowa oferta (zgłoszone nowe postąpienie) aukcja zostanie automatycznie przedłużona - o 5 minut plus liczba sekund dopełniająca rozpoczętą minutę od chwili złożenia nowej oferty, o ile nie nastąpi nowe postąpienie.*
- 4) *Aukcja elektroniczna odbywać się będzie według reguły zniżkowej, co oznaczał że każda oferta cenowa Wykonawcy zostanie przyjęta przy minimalnej wartości postąpienia, tylko*

wówczas gdy będzie ona niższa od aktualnej oferty Wykonawcy. Wykonawca nie będzie miał możliwości podwyższenia uprzednio złożonej oferty.

5) Cena ofertowa powinna obejmować wszystkie koszty i wydatki niezbędne do należytego wykonania Przedmiotu Zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ.

6) Po zalogowaniu do Systemu Zakupowego GK PGE za pośrednictwem strony internetowej <https://oneplace.marketplanet.pl>, wykonawcy uzyskują dostęp do aplikacji umożliwiającej składanie ofert. W czasie trwania aukcji Wykonawcy składają swoje oferty w postaci elektronicznej. Postąpienia pod rygorem nieważności składa się opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

7) W trakcie aukcji elektronicznej system na bieżąco będzie przekazywał każdemu Wykonawcy (biorącemu udział w aukcji) informacje o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie będą ujawnione informacje umożliwiające identyfikację Wykonawców.

8) Oferta Wykonawcy przestaje wiązać w zakresie w jakim złożył on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej, Bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu.

9) Od momentu otwarcia do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej wszystkie wnioski, oświadczenia i informacje Organizator postępowania i Wykonawca będą sobie przekazywać drogą elektroniczną.

10) W przypadku, gdy awaria systemu teleinformatycznego spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, Organizator Postępowania wyznacza termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następny po usunięciu awarii dzień roboczy, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu. Niezwłocznie po usunięciu awarii Organizator postępowania informuje o terminie wznowienia aukcji wszystkich Wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji na adres e-mail podany w formularzu oferty.

11) Wymaga techniczne urządzeń informatycznych niezbędne do udziału w aukcji zostały opisane w SIWZ.

W części VI zostały złożone 3 oferty. Termin aukcji został ustalony na dzień 4.10.2019 roku na godz. 9:00. Jedynym kryterium oceny ofert była cena o wadze 100%. Do aukcji w części VI przystąpiło 2 wykonawców (odwołujący i przystępujący).

Aukcja elektroniczna rozpoczęła się w wyznaczonym terminie. O godz. 9:42:26 odwołujący złożył ofertę z ceną 9 572 480,00 zł netto. Przystępujący próbował trzykrotnie przebić ofertę odwołującego, tj. o godz. 9:43:35, 9:45:29 i 9:47:07, lecz system nie przyjął

oferty. Po bezskutecznym upływie regulaminowego 5-minutowego czasu dogrywki aukcja zakończyła się.

Izba ustaliła, że w dniu 4.10.2019 r. pomiędzy godz. 9:43 — 9:48, doszło do spadku mocy połączenia systemu aukcyjnego z Internetem, dostarczanego od zewnętrznego dostawcy, przy czym pomiędzy godz. 9.45 a 9.47 połączenia w ogóle nie było. Przyczyną awarii było zakłócenie komunikacji po stronie operatora zewnętrznego w obrębie usługi dostępu do Internetu.

W dniu 11.10.2019 r. zamawiający unieważnił aukcję z dnia 4.10.2019 r., o czym poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty na część VI zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

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

Zgodnie z art. 91a ust. 1 zdanie pierwsze ustawy P.z.p., jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, oraz jeżeli można w sposób precyzyjny określić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

W myśl ust. 2a, 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.

Stosownie do art. 91c ust. 1 ustawy P.z.p., w toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający ustalił warunki przeprowadzenia aukcji w taki sposób, że każdy z wykonawców mógł zgłosić postąpienie w ciągu 5 minut od złożenia postąpienia przez przeciwnika. Czas ten był przedłużany o ilość sekund brakujących do pełnej minuty od czasu złożenia oferty przez drugiego wykonawcę. Informacja ta oznaczała, że każdy wykonawca biorący udział w aukcji dysponuje co najmniej pięcioma minutami na złożenie postąpienia.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., 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.

Zasada równego traktowania wykonawców ma za zadanie zobowiązać zamawiającego do jednakowego traktowania wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Złamanie zasady równości następuje wówczas, gdy zamawiający w sposób preferencyjny traktuje jednego lub kilku wykonawców, utrudniając tym samym udział w postępowaniu innym. Zamawiający ma obowiązek zagwarantować wszystkim wykonawcom równe szanse otrzymania zamówienia publicznego.

Przekładając powyższe na reguły prowadzenia aukcji elektronicznej, które ustanowił zamawiający w niniejszym postępowaniu stwierdzić należy, że każdy wykonawca, biorący udział w aukcji, winien mieć możliwość dokonywania postąpień dokładnie na takich samych zasadach, jak przeciwnik. Oznacza to, że wykonawca winien dysponować co najmniej pięcioma minutami na złożenie postąpienia po tym, gdy takiego postąpienia dokonał jego przeciwnik.

Przystępujący do postępowania odwoławczego, w wyniku awarii systemu teleinformatycznego, pozbawiony został możliwości złożenia postąpienia w przewidzianym czasie i – w ocenie Izby – nastąpiło to w wyniku okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Izba przeprowadziła dowód z print screenu z komputera operatora aukcji elektronicznej, z którego wynika, że przystępujący próbował złożyć ofertę trzykrotnie, o godz. 9:43:35, 9:45:29 i 9:47:07, lecz system nie przyjmował oferty. Powyższe potwierdzone zostało

również logami, złożonymi przez zamawiającego na posiedzeniu Izby w dniu 7 listopada 2019 roku, z których Izba również przeprowadziła dowód.

Izba nie podziela argumentacji odwołującego, jakoby ze złożonego przez zamawiającego wykresu obrazującego ruch przychodzący z Internetu (CPD2 In) do firewalla brzegowego w CPD Mory wynikało, że dostępu do Internetu nie było tylko przez 2 minuty – od godz. 9.45 do 9.47, wobec czego odwołujący mógł złożyć postąpienie pomiędzy godz. 9.43 a 9.45 oraz pomiędzy godz. 9.47 a 9.48.

Izba przeprowadziła dowód ze wskazanego wyżej wykresu i skonstatowała, że – istotnie – całkowity brak sygnału miał miejsce pomiędzy godz. 9.45 a 9.47, niemniej jednak w pozostałym okresie czasu przewidzianym na złożenie postąpienia przez przystępującego sygnał ten był słaby. Ze wskazanych wyżej dowodów, tj. print screenu z komputera operatora aukcji oraz logów, wynika, że przystępujący próbował składać postąpienia również w tym czasie, kiedy dostęp do Internetu był, ale na niskim poziomie. Przystępującemu nie udało się w tym czasie złożyć oferty. Podkreślić przy tym należy, że brak możliwości złożenia oferty nie wynikał z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi przystępujący.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że przystępujący winien mieć zagwarantowane uczestnictwo w aukcji elektronicznej na takich samych zasadach jak odwołujący. Oznacza to, że przez 5 minut, jakie miał zagwarantowane na złożenie postąpienia, zamawiający winien mu zapewnić nieskrępowany dostęp do sieci, a on sam powinien mieć możliwość złożenia oferty w dowolnym momencie, o ile mieścił się w wyznaczonym czasie. Już z samego faktu, że przystępujący nie miał możliwości złożenia oferty przez cały regulaminowy czas, oznacza, że jego uczestnictwo w aukcji nie przebiegało zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców.

Tym samym Izba stwierdza, że zamawiający zasadnie unieważnił wadliwie przeprowadzoną aukcję elektroniczną. Tylko unieważnienie aukcji i przeprowadzenie jej na nowo mogło zagwarantować uczestnikom postępowania wymaganą przez ustawę P.z.p. równość w zakresie traktowania.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby zamawiający naruszył art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez unieważnienie aukcji pomimo braku ustawowej możliwości takiego działania. Odwołujący podniósł, że w przepisach ustawy P.z.p. przewidziano możliwość przerwania aukcji i następnie jej kontynuowania na następny dzień po usunięciu awarii, czego zamawiający w niniejszym przypadku nie wykonał.

Izba wskazuje na treść art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p., z którego wynika, że 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.

Podkreślić należy, że wskazany przez odwołującego przepis nie może mieć zastosowania w przedmiotowej sprawie. Awaria systemu teleinformatycznego, która miała miejsce podczas aukcji elektronicznej, nie spowodowała bowiem jej przerwania, lecz uniemożliwiła przystępującemu złożenie postąpienia, po czym – wobec niezłożenia postąpienia w regulaminowym terminie – aukcja została zakończona. Tym samym urzeczywistniła się czynność zamawiającego polegająca na przeprowadzeniu i sfinalizowaniu aukcji elektronicznej. Z okoliczności sprawy wynika natomiast, że czynność ta została przeprowadzona w sposób wadliwy.

Izba wskazuje, że zamawiający był uprawniony do samodzielnego unieważnienia dokonanej przez siebie czynności, w sytuacji gdy stwierdził jej wadliwość. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 września 2010 r., (sygn. akt KIO 1939/10), zamawiający ma każdorazowo prawo do samostanowienia o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obciążone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Izba uznała, że przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. Ponadto Izba w wyroku z dnia 9 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2037/12, KIO 2047/12) uzupełniła przywołane rozważania o dookreślenie terminu, w jakim zamawiający może dokonać ponownej oceny ofert. Zgodnie z poglądem Izby, zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku KIO albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął.

Pomimo braku wyraźnie wystawionej normy nakazującej zamawiającemu korygowanie swoich działań, można wywieść ją po pierwsze z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, a po drugie – z możliwości nakazania rewizji ofert przez podmioty kontrolujące (KIO, sądu powszechnego). Zamawiający jako gospodarz postępowania, jest bowiem podmiotem najbardziej zainteresowanym, by mieć pewność, że wybrana oferta jest najkorzystniejsza.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. przez nierówne traktowanie wykonawców. Przede wszystkim Izba podkreśla, że podanie przez odwołującego art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. jako podstawy zarzutu traktuje jako oczywistą omyłkę. Zasada

równego traktowania wykonawców, wskazana przez odwołującego w dalszej części zarzutu, zawarta jest bowiem w ustępie pierwszym nie trzecim wskazanego artykułu.

Nieuwzględnienie zarzutu naruszenia zasady równego traktowania wykonawców jest konsekwencją oddalenia pozostałych zarzutów odwołania. To wadliwie przeprowadzona aukcja stanowiła nierówne traktowanie wykonawców. Unieważnienie nieprawidłowo przeprowadzonej czynności niwelowało skutki naruszenia wskazanej zasady, w związku z czym podniesiony zarzut nie znajduje oparcia w ustalonym stanie faktycznym.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. przez nieujawnienie dowodów potwierdzających techniczne problemy z prowadzeniem aukcji podlegał umorzeniu wobec jego cofnięcia przez odwołującego na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2019 roku.

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.

.....