

WYROK
z dnia 11 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2021 r. przez wykonawcę POLMAX S.A. S.K.A. z siedzibą w Świebodzinie przy ul. Poznańskiej 58 (66-200 Świebodzin) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Marcina Kasprzaka 25 (01-224 Warszawa)

przy udziale wykonawcy PGNiG Technologie S.A. z siedzibą w Krośnie przy ul. Naftowej 8 (38-400 Krosno), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę POLMAX S.A. S.K.A. z siedzibą w Świebodzinie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika ww. wykonawcy.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego na *Wyłonienie generalnego Wykonawcy inwestycji pn.: „Rozbudowa KRNiGZ Lubiatów w celu zwiększenia możliwości produkcyjnych ze złoża Międzychód”*, (nr referencyjny: ZP/PGNG/20/0073/GE/DIG), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 maja 2020 r., pod numerem 2020/S 100-242443.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 26 marca 2021 r. wykonawca POLMAX S.A. S.K.A. z siedzibą w Świebodzinie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- unieważnienia przeprowadzonej w dniu 9 marca 2021 r. aukcji elektronicznej;
- zaniechania dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91c ust. 3 Pzp, przez błąd w subsumpcji, a w efekcie nieprawidłowe ustalenie, że doszło do naruszenia wskazanego przepisu;
- 2) art. 91d ust. 1 i 2 Pzp, przez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o wyniki aukcji przeprowadzonej w dniu 9 marca 2021 r., w sytuacji w której sygnalizowane problemy natury technicznej nie spowodowały przerwania aukcji w rozumieniu art. 91d ust 1 Pzp;
- 3) art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez odwołującego w toku aukcji elektronicznej przeprowadzonej zgodnie z przepisami ustawy;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 91d ust. 2 Pzp oraz art. 91e Pzp, przez dążenie do przeprowadzenia ponownej aukcji elektronicznej w sytuacji, w której zamawiający po

zakończeniu aukcji nie respektuje jej rozstrzygnięć, lecz dąży do ponowienia aukcji w sytuacji, w której odwołujący ujawnił już swoją strategię dotyczącą udziału w aukcji;

- 5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, w szczególności brak należytego uzasadnienia i poparcia dowodami podjętej decyzji o unieważnieniu aukcji elektronicznej, a także przez brak rzetelnej oceny oferty odwołującego.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia aukcji elektronicznej, dokonania czynności badania i oceny ofert oraz dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z wynikiem aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 9 marca 2021 r.;
- 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;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes uprawniający do złożenia odwołania, gdyż unieważnienie aukcji elektronicznej pozbawia go możliwości zawarcia umowy i następnie jej realizacji. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego Pzp zostaje pozbawiony szansy uzyskania zamówienia (w następstwie prawidłowo przeprowadzonej aukcji), a tym samym może ponieść z tego tytułu znaczną szkodę. Jak podniósł odwołujący jego oferta jest ofertą – pod względem złożonych ofert oraz kryterium oceny ofert – klasyfikującą się na pierwszej pozycji. W dalszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że interes prawny we wniesieniu odwołania materializuje się także w konieczności zapewnienia zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami (interes prawny *sensu largo*). Zwrócił też uwagę, że prowsólnotowa wykładnia interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej obejmująca swym zakresem również możliwość doznania przez wykonawcę szkody wskutek czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym i prawnym odwołujący wskazał, że pismem z dnia 26 lutego 2021 r. został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej. Zamawiający w ww. piśmie wskazał, że integralną częścią zaproszenia do aukcji elektronicznej jest:

- Podręcznik Użytkownika Portalu EKZD w ramach obsługi Licytacji elektronicznych i Modułu Aukcji Elektronicznych, oraz
- Wzór załącznika nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) – Tabela pozycji do harmonogramu.

Odwołujący przywołał następującą treść SIWZ:

9.2. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w języku polskim.

9.3. Komunikacja i wymiana informacji między Zamawiającym a Wykonawcami (w szczególności składanie oferty, oświadczeń, w tym JEDZ oraz dokumentów i wyjaśnień) odbywa się przy użyciu Modułu Elektronicznej Komunikacji z Dostawcami PGNiG SA.

9.4. Wykonawca przystępując do Postępowania, tj. bezpłatnie rejestrując się lub, w przypadku posiadania konta w Module, logując się, akceptuje warunki korzystania z Modułu, określone w Instrukcji obsługi - Portal EKZD Instrukcją Użytkownika oraz Regulaminie Modułu Elektronicznej Komunikacji z Dostawcami PGNiG SA zamieszczonymi na stronie internetowej <https://Przetargi.pgnig.pl> oraz uznaje go za wiążący.

W dalszej kolejności zwrócił uwagę, że:

- zamawiający w SIWZ określił techniczne warunki i specyfikację optymalnego połączenia z Modułem:

9.11.1. stacja robocza z dostępem do sieci Internet:

9.11.1.1.1. stacja robocza:

- *system Windows*
 - > *Windows 7, Windows 8, Windows 10 lub nowszy;*
 - > *Procesor Intel Pentium 4 lub nowszy, obsługujący SSE2;*
 - > *512 MB RAM/2GB RAM dla wersji 64 bitowej;*
 - > *200 MB wolnej przestrzeni dyskowej;*
- *system MAC*
 - > *macOS 10.10 lub nowszy;*
 - > *Komputer Macintosh z procesorem Intel x86;*
 - > *512 MB RAM;*
 - > *200 MB wolnej przestrzeni dyskowej.*

9.11.2 przeglądarka (aktualna wersja Mozilla Firefox - wersja 63 lub nowsza lub Google Chrome - wersja 70 lub nowsza) wspierająca komunikację po protokole HTTPS;

9.11.3 włączona obsługa JavaScript

- zgodnie z treścią Regulaminu Modułu Elektronicznej Komunikacji z Dostawcami PGNiG S.A., zamawiający w rozdziale IV „Warunki korzystania z systemu” wskazał:

1. Do korzystania z Systemu wymagane jest posiadanie przez Użytkownika 1.1. Dostępu do Internetu, a także 7. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za zakłócenia, przerwy i błędy w funkcjonowaniu Systemu, niezależnie od przyczyn ich powstania. w szczególności wywołane siłą wyższą, awarią sprzętu lub oprogramowania, bądź niedozwoloną ingerencją Użytkowników lub osób trzecich, za nieprawidłowości wynikające z korzystania przez Użytkowników z oprogramowania innego niż zalecane, nawet jeśli spowodowałyby one utratę danych, ich niepoprawny zapis lub odczyt na Kontach Użytkowników. Przez Siłę Wyższą rozumieć należy zdarzenie zewnętrzne, którego nie można przewidzieć, jest ono niezależne od działania Zamawiającego lub Wykonawcy, i którego, przy zachowaniu należytej staranności, nie można uniknąć ani jemu zapobiec oraz 8. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za szkody wynikające z czasowej niemożności korzystania przez Użytkowników z Systemu (...). 10. Wykonawca przyjmuje do wiadomości dodatkowe ryzyko utrudnień w korzystaniu z Systemu wynikających z jego przeciążenia w czasie bezpośrednio poprzedzającym wyznaczony termin na dokonanie czynności i odpowiednio uwzględni to ryzyko w planowaniu swojego korzystania z Systemu. Wykonawca przyjmuje do wiadomości również dodatkowe ryzyko związane z transmisją, szyfrowaniem i poufnością danych w związku z korzystaniem z Systemu;

- w dniu 9 marca 2021 r. odbyła się aukcja elektroniczna. W następstwie przeprowadzonej i pomyślnie zakończonej aukcji jeden z oferentów, tj. PGNiG Technologie S.A., podniósł, że w toku Aukcji zgodnie z punktacją zamieszczoną w tabeli „Bieżąca klasyfikacja” oferta tego wykonawcy uzyskując 100 pkt została sklasyfikowana jako pierwsza. Ów wykonawca załączył jako dowód zrzut ekranowy (print screen) przedstawiający stan aukcji o godz. 12.14, jako zakończonej o godz. 12.12 z ofertą PGNiG Technologie S.A. w wysokości 386 500 000 zł brutto, jako najkorzystniejszą. Zdaniem zamawiającego, wyrażonym w piśmie z dnia 18 marca 2021 r., powyższa „nieściskość” stanowiła naruszenie art. 91 c ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i dała podstawę do unieważnienia aukcji elektronicznej;

- w treści uzasadnienia unieważnienia zamawiający wskazał: *W wyniku powyższego stwierdzono, że platforma aukcyjna loguje zdarzenia podczas trwania aukcji, takie jak np. przesłanie do danego użytkownika informacji o złożonym postąpieniu. Z logów przedmiotowej aukcji wynika, że aplikacja przekazała informację o finalnym postąpieniu do użytkownika m.m.@technologie.pgnig.pl o godz. 12:07:05,878. Przekazanie informacji powinno skutkować wyświetleniem postąpienia i zmianą rankingu w aplikacji wyświetlanej w przeglądarce użytkownika. Zrzut ekranu przekazany przez PGNiG Technologie S.A., jako*

załącznik do przedmiotowego pisma wskazuje, że w przeglądarce użytkownika m.m.@technologie.pgnig.pl ranking nie został odświeżony, a także Wykonane retesty wykazały, że nie zadziałały zaimplementowane mechanizmy, które powinny informować użytkownika o zerwanym połączeniu internetowym i konieczności ręcznego odświeżenia strony. Specyfika działania przeglądarki „Chrome” powoduje, że domyślnie przeglądarka ma ustawiony długi czas oczekiwania na odpowiedź od serwera (w zależności od sytuacji ten czas może wynosić nawet 60 sekund), co w praktyce oznacza, że przeglądarka ma pewną tolerancję czasową na zaistniałe błędy. W sytuacji, kiedy po wystąpieniu takiego błędu użytkownik nie złoży kolejnego postąpienia do końca trwania aukcji, ranking nie zostanie odświeżony, a tym samym użytkownik na ekranie zobaczy fałszywy wynik aukcji oraz Zgodnie z powyższym w toku aukcji wystąpił błąd platformy aukcyjnej polegający na tym, że użytkownik nie został poinformowany o chwilowej utracie połączenia z siecią i konieczności ręcznego odświeżenia strony: w efekcie czego PGNiG Technologie S.A nie otrzymała bieżącej informacji o pozycji złożonej przez niego oferty. Bezpośrednim następstwem czego było wprowadzenie Wykonawcy PGNiG Technologie S.A. w błąd co do faktycznego miejsca jakie zajmowała złożona przez niego oferta w bieżącym rankingu ofert, a w konsekwencji doprowadziło do zaniechania dalszego składania postąpień przez tegoż Wykonawcę;

- mając na względzie powyższe, w szczególności treść zaakceptowanego przez wykonawcę PGNiG Technologie S.A. oraz obowiązującego zamawiającego treści Regulaminu Modułu Elektronicznej Komunikacji z Dostawcami PGNiG SA, należy wskazać, że zamawiający wyraźnie wskazał, że nie ponosi odpowiedzialności za zakłócenia, przerwy i biedy w funkcjonowaniu Systemu, niezależnie od przyczyn ich powstania, w szczególności wywołane siła wyższa, awaria sprzętu lub oprogramowania. (...) nawet jeśli spowodowałyby one utratę danych, ich niepoprawny zapis lub odczyt na Kontach Użytkowników. Tym samym nie do pogodzenia jest podjęta przez zamawiającego czynność unieważnienia aukcji elektronicznej z treścią SIWZ oraz przywoływanego regulaminu, kiedy to zamawiający wyraźnie uregulował sytuację, w której wykonawca biorący udział w aukcji będzie miał problemy z połączeniem internetowym, którego skutkiem może być niepoprawne zapisanie postąpienia lub jego odczytanie, na które wskazuje w uzasadnieniu unieważnienia. Konsekwencją powyższej regulacji jest konieczność zapewnienia przez wykonawcę odpowiedniego, stabilnego połączenia internetowego. W tym miejscu należy zauważyć, że powszechna praktyka, w przypadku udziału w aukcjach elektronicznych, jest zabezpieczenie na potrzeby postępowania co najmniej dwóch niezależnych źródeł dostępu do Internetu, w celu prawidłowego monitorowania przebiegu aukcji;

- jak wynika z treści uzasadnienia zamawiający wprost wskazał, że system zadziałał

prawidłowo tj. wysłał informacje o dokonanych postąpieniach dokonanych przez odwołującego o godz. 12:07:05,878. Tym samym jednoznacznie należy stwierdzić, że wskazywana *awaria systemu* nie nastąpiła, a odwołujący dokonał postąpienia skutecznie, a złożona oferta należało ocenić jako najkorzystniejsza. Co więcej sam zamawiający w treści uzasadnienia potwierdza, że do zerwania połączenia nie doszło i wskazywane „zaimplementowane mechanizmy” nie miały podstaw do zadziałania. Po pierwsze świadczy o tym fakt, że zamawiający przekazał wskazanemu wykonawcy informacje o dokonaniu postąpienia przez odwołującego, a także fakt, że użytkownik m..m.@technologie.pgnig.pl była załogowana o godz. 12:14:14. (zgodnie z przedstawionym przez PGNiG Technologie S.A. zrzutem ekranu) i jej pozostały czas do końca sesji wskazywał 1:50. Należy wskazać, że zamawiający nie dokonał naruszenia art. 91c ust. 3 Pzp, albowiem jak sam wskazał w treści uzasadnienia, przesłał do wykonawcy PGNiG Technologie S.A. informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Z przedstawionego stanu faktycznego jak i z konstrukcji architektury działania portalu aukcyjnego wynika, że odpowiedzialność za brak prawidłowego odbioru informacji z serwera odpowiada jedynie wykonawca PGNiG Technologie S.A (brak odświeżenia strony);

- nawet przy założeniu, że prawdziwe jest twierdzenie, że wystąpił błąd platformy aukcyjnej polegający na tym, że użytkownik nie został poinformowany o chwilowej utracie połączenia z siecią i konieczności ręcznego odświeżenia, to należy stwierdzić, że, zgodnie z obowiązującym regulaminem, zamawiający nie miał obowiązku poinformowania wykonawcy o wskazanym fakcie, gdyż nie ponosi odpowiedzialność za szeroko rozumiane problemy technologiczne wykonawców, w konsekwencji to wykonawca powinien monitorować stabilność nawiązanego połączenia z serwerem;

- zamawiający wskazał, że przeglądarka *Chrome ma domyślnie ustawiony czas oczekiwania na odpowiedź od serwera*. Po pierwsze z powyższego jak i z powszechnej wiedzy wynika, że użytkownik wskazanej przeglądarki ma swobodę i może dokonać modyfikacji czasu oczekiwania na odpowiedź serwera, a w konsekwencji sprawniej „kontrolować” przebieg aukcji elektronicznej;

- co istotne zamawiający powołuje się w uzasadnieniu na specyfikę działania używanej przeglądarki internetowej, poprzez domniemanie, że wykonawca PGNiG Technologie S.A. stosuje określone ustawienia, co świadczy o tym, że zamawiający nie zweryfikował w jakikolwiek sposób czy wykonawca spełniał warunki techniczne udziału w aukcji elektronicznej, które to również zostały określone w SIWZ, w tym nie zweryfikował czy wykonawca zapewnił właściwe stałe połączenie z siecią Internet o prędkości min. 8Mb/s. a także posiadał aktualną wersję przeglądarki, która wspiera komunikację po protokole

HTTPS, a także włączoną obsługę JavaScript.

Odwołujący oceniając przedstawiony powyżej stan faktyczny wskazał, że działania zamawiającego w przedmiocie unieważnienia aukcji miały charakter wyłącznie uznaniowy. W procedurze przetargowej w odniesieniu w szczególności do aukcji elektronicznej wszelkie działania zamawiającego powinny być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia aukcji jakiegokolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia aukcji powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia aukcji o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie mamy do czynienia z jakąkolwiek awarią systemu teleinformatycznego, dedykowanego koniecznością przerwania aukcji (co jeżeli miałyby miejsce, zostałyby zgłoszone przez uczestników aukcji), która musiałaby powodować wówczas przerwanie aukcji elektronicznej. Gdyby tak się stało zamawiający wyznacza termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następny po usunięciu awarii dzień roboczy, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu (tak art. 91d ust. 1 Pzp). Z powyższej regulacji nie wynika bowiem, że w razie awarii systemu zamawiający zobligowany jest przerwać aukcję do czasu usunięcia awarii, ale że to awaria samoistnie wywołuje skutek w postaci przerwania aukcji. W ocenie odwołującego przedłożony przez wykonawcę PGNiG Technologie S.A. zrzut ekranu z godz. 12.14 prezentuje jedynie subiektywną wiedzę tego wykonawcy na temat rezultatu aukcji, który to stan wiedzy wynika z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wskazanego wykonawcy (tj. zaniechanie czynności „odświeżenia” sesji aukcji), nie może uzasadniać wadliwości systemu aukcji (czy przebiegu samej aukcji), która to mogłaby hipotetycznie uzasadniać wadliwość przebiegu aukcji. Po przeanalizowaniu zrzutu ekranu wykonanego przez PGNiG Technologie S.A, a także zrzutów ekranu dokonanych przez odwołującego należy zauważyć, że na zrzucie ekranu z godz. 12:14 w prawym górnym rogu ekranu widnieje wartość: 1:50 min, jest to czas pozostały do zakończenia sesji danego użytkownika i jego wylogowania. Obok wskazanej wartości znajduje się przycisk skutkujący odświeżeniem sesji, którego wciśnięcie skutkuje zresetowaniem otwartej sesji, do 10 min, a także aktualizacją czynności dokonanych w aukcji, w tym postępień innych uczestników postępowania. Ze zrzutu ekranu PGNiG Technologie S.A. jasno wynika więc, że nie dokonano czynności odświeżenia przez 8:10 minuty.

Zdaniem odwołującego z powyższych okoliczności oraz przekazanych zrzutów ekranu wynika następująca kolejność zdarzeń:

- godz. 12:05:11 odwołujący dokonał postąpienia na 386 542 000 min zł (zrzut ekranu nr 47

– załączony do odwołania);

- godz. 12:06 PGNiG Technologie S.A. dokonała postąpienia na 386 500 000 min zł;

- godz. 12:06:02 ostatnie odświeżenie PGNiG Technologie S.A. sesji, 8 min 10 s przed wykonaniem zrzutu ekranu o godz. 12:14, co wynika z zegara, który widnieje na zrzucie ekranu przekazanym przez PGNiG Technologie;

- godz. 12:07:05 (wynika z uzasadnienia unieważnienia aukcji) odwołujący dokonał postąpienia na kwotę 386 442 000 min zł, czyli złożył ostatnią najkorzystniejszą ofertę w toku aukcji i taką informację system przekazał do PGNiG Technologie S.A. (zrzut ekranu nr 48 – załączony do odwołania);

- godz. 12:12 koniec aukcji (zrzut ekranu nr 49 i 50 – załączone do odwołania).

Tym samym, na gruncie przedstawionego stanu faktycznego odwołujący stwierdził, że w toku przeprowadzanej aukcji elektronicznej doszło do błędu w wyniku zaniedbania obowiązku odświeżenia strony przez PGNiG Technologie S.A. lub braku zabezpieczenia odpowiedniego sprzętu komputerowego lub infrastruktury informatycznej, która umożliwiałaby prawidłowy udział w postępowaniu, w wyniku czego wykonawca PGNiG Technologie S.A. nie zauważył postąpienia odwołującego z godziny 12:07:05.

W ocenie odwołującego za niewiarygodne należy uznać zrzuty ekranów wskazane przez wykonawcę PGNiG Technologie S.A., jako że prezentują one wyłącznie subiektywny punkt widzenia wskazanego wykonawcy (i to na określony czas – moment braku odświeżenia konkretnej sesji aukcji), bez oparcia tych informacji w stanie faktycznym sprawy, kiedy to pozostali uczestnicy aukcji, nie sygnalizowali i nie sygnalizują jakichkolwiek uchybień w funkcjonowaniu rzeczonoego systemu do przeprowadzenia aukcji na moment jej przeprowadzenia. Co więcej sam zamawiający w toku aukcji, ani też po jej zakończeniu nie zarejestrował błędów w działaniu systemu i wskazał, że najkorzystniejszą ofertę złożył odwołujący. Co więcej brak działania wykonawcy PGNiG Technologie S.A (podmiot w 100% zależny od zamawiającego) i zaniechanie odświeżenia strony przez 8 min i 10 s, w ocenie odwołującego stało w całkowitej sprzeczności z doświadczeniem rynkowym w zakresie udziału w aukcjach elektronicznych jak i z powszechnym doświadczeniem życiowym. Biorąc pod uwagę dynamikę aukcji elektronicznej i fakt, że średnio do kolejnych postąpień dochodzi w czasie około 1,5 min (wyliczenia własne odwołującego z 24 postąpień), to każdy uczestnik aukcji ze zwykłej ostrożności dokonałby odświeżenia sesji, w celu sprawdzenia ewentualnej aktualizacji wyświetlanych informacji. Takie działanie należy kwalifikować jako całkowicie naturalne i nie jest konieczne, aby zamawiający musiał informować wykonawców o konieczności takiego działania, tak więc twierdzenia zamawiającego wskazujące, że „*Podręcznik Użytkownika Portalu EKZD w ramach obsługi Licytacji elektronicznych i Modułu*

Aukcji Elektronicznych” nie informuje użytkownika o konieczności ręcznego odświeżania strony. Tym samym Wykonawca nie posiadał wiedzy o możliwości wystąpienia wskazanego powyżej błędu, a co za tym idzie nie można zarzucić mu braku dochowania należytej staranności wymaganej podczas wykonywania czynności aukcji elektronicznej, są całkowicie niezasadne. Wskazany dokument nie informuje również o konieczności włączenia komputera czy włączenia przeglądarki, gdyż tak jak odświeżenie są to czynności, których każdy użytkownik komputera oraz sieci Internet dokonuje naturalnie i nie wymagają określonego instruktażu. Co więcej zamawiający umożliwił wykonawcom, przed przeprowadzeniem właściwej aukcji elektronicznej, udział w aukcji testowej, co pozwalało na zapoznanie się z zasadami działania portalu służącego do obsługi licytacji elektronicznych. Tak więc wykonawcy posiadali wiedzę niezbędną do prawidłowego korzystania z portalu. W opinii odwołującego wykonawca PGNiG Technologie S.A., jako podmiot wielokrotnie biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, a także w aukcjach elektronicznych, nie wywiązał się z obowiązku działania z należytą starannością na etapie udziału w aukcji elektronicznej, najprawdopodobniej poprzez m.in. brak zapewnienia stabilnego połączenia internetowego lub infrastruktury technicznej.

Odwołujący zauważył, że podjęta czynność zamawiającego nie została w sposób należyty uzasadniona, a także nie została wykazana jakimikolwiek obiektywnymi dowodami, a jedynie poparto ją nieweryfikowalnymi twierdzeniami. Jak wskazuje orzecznictwo KIO, unieważnienie aukcji elektronicznej, musi być poprzedzone bezsprzecznym wykazaniem, iż czynność aukcji elektronicznej została przeprowadzona wadliwie. Jak wskazuje Izba, udział w aukcji elektronicznej jest niemalże tożsamy z czynnością składania ofert, tym samym unieważnienie aukcji może zostać nakazane jedynie w ostateczności. Unieważnienie aukcji elektronicznej jest czynnością szczególnie wyjątkową, którą można podjąć jeżeli nieprawidłowości w przygotowaniu i przeprowadzeniu aukcji zostały wykazane w sposób nie budzący wątpliwości i jednocześnie odpowiedzialność za ten stan ponosi wyłącznie zamawiający. W konsekwencji analiza przekazanej informacji o unieważnieniu aukcji elektronicznej, prowadzi do oceny podjętej czynności jako pozbawianej waloru obiektywizmu, a tym samym jako naruszającą uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców. Ostatecznym skutkiem powyższego działania jest pozbawienie odwołującego, który złożył najkorzystniejszą ofertę, szansy realizacji zamówienia publicznego. Zasada równości jest jedną z podstawowych zasad prawa wspólnotowego. Zasada ta zakazuje odmiennego traktowania identycznych sytuacji lub identycznego traktowania odmiennych sytuacji, chyba że tego rodzaju traktowanie jest obiektywnie uzasadnione. Odwołujący wskazał, że zarówno on jak i drugi uczestnik aukcji dołożyli elementarnej staranności w celu

udziału w aukcji w dniu 9 marca 2021 r., w przeciwieństwie do wykonawcy PGNiG Technologie S.A. Reasumując odwołujący skonstatował, że w kontekście przedstawionego stanu faktycznego, zachowanie zamawiającego świadczy o uprzywilejowaniu wykonawcy PGNiG Technologie S.A. oraz o dyskryminacji pozostałych wykonawców.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca PGNiG Technologie S.A. z siedzibą w Krośnie. W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawca zawarł argumentację dotyczącą wniosku o oddalenie odwołania. Dodatkowo pismem z dnia 30 kwietnia 2021 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył wniosek dowodowy z nagrania aukcji elektronicznej, która odbyła się w ramach postępowania w dniu 9 marca 2021 r., zamieszczonego na płycie CD dołączonej do ww. pisma celem wykazania przebiegu ostatnich minut aukcji elektronicznej i braku problemów technicznych po stronie tego wykonawcy.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że zarzuty podniesione przez odwołującego były chybione i nie zasługiwały na uwzględnienie. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił argumentację dla powyższego stwierdzenia.

Odwołujący także na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym odniósł się do argumentacji wykonawcy zgłaszającego przystąpienie zawartej w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia oraz do dowodu wnioskowanego przez tego wykonawcę, tj. zapisu akcji elektronicznej zamieszczonego na płycie CD i przekazanego do akt sprawy wraz z pismem z dnia 30 kwietnia 2021 r.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Mając na uwadze powyższe, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.),

zwanej dalej nadal: „nPzp”, ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 26 marca 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 nPzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę PGNiG Technologie S.A. z siedzibą w Krośnie (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 13 kwietnia 2021 r., w tym w szczególności:
 - SIWZ wraz z załącznikami;
 - zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej z dnia 26 lutego 2021 r. wysłanego przez zamawiającego do wykonawców wraz z załącznikami;
 - pismo przystępującego z dnia 9 marca 2021 r. skierowane do zamawiającego wraz z załącznikiem;
 - informację z dnia 19 marca 2021 r. o unieważnieniu aukcji elektronicznej;
- 2) załączone do odwołania wydruki zrzutów ekranu dokonane przez odwołującego oznaczone nr od 1 do 50;
- 3) załączone do pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia:
 - dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunków technicznych, o których mowa w SIWZ;
 - wydruki wykresów dotyczących udostępnienia plików sieciowych dla komputera, z którego była prowadzona aukcja elektroniczna;
 - wydruki logów z Firewalla;
- 4) złożoną przez przystępującego wraz z pismem z dnia 30 kwietnia 2021 r. płytę CD zawierającą nagranie z aukcji elektronicznej;
- 5) złożone przez zamawiającego na posiedzeniu niejawnym wraz z odpowiedzią na odwołanie:

- pismo DahliaMatic z dnia 18 marca 2021 r.;
- raport DahliaMatic z retestów aplikacji aukcyjnej;
- Podręcznik Użytkownika Portalu EKZD w ramach obsługi Licytacji elektronicznych i Modułu Aukcji Elektronicznych.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający pismem z dnia 26 lutego 2021 r., działając na podstawie art. 91b ust. 1 i 2 Pzp, zaprosił wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej przeprowadzanej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. W przedmiotowym zaproszeniu zamawiający wskazał m. in., że aukcja zostanie otwarta w dniu 9 marca 2021 r. o godz. 11:00.

Aukcja elektroniczna w przedmiotowym postępowaniu została przeprowadzona w dniu 9 marca 2021 r.

Tego samego dnia, już po zakończeniu aukcji elektronicznej przystępujący przesłał zamawiającemu pismo, w którym zakwestionował wynik aukcji opublikowany na portalu zamawiającego po zakończeniu aukcji, zgodnie z którym jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Ponadto w treści w. pisma przystępujący wskazał, że *w toku Aukcji zgodnie z punktacją zamieszczoną w tabeli „Bieżąca klasyfikacja” oferta PGNiG Technologie uzyskując 100 pkt, została sklasyfikowana jako pierwsza. W załączeniu przedkładamy zrzut ekranowy Aukcji z godz. 12:14:14 obrazujący powyższe, przedstawiający stan aukcji o godzinie 12:14 jako zakończonej o godzinie 12:12, z ofertą PGNiG Technologie w wysokości 386 500 000 zł brutto jako najkorzystniejszą. Aukcja została oznaczona statusem „zakończone”. Jako dowód powyższego twierdzenia przedkładamy w załączeniu „zrzut z ekranu”. W ocenie PGNiG Technologie w momencie zamknięcia Aukcji oferta PGNiG Technologie była najkorzystniejsza.* Tym samym przystępujący zwrócił się do zamawiającego o pilne wyjaśnienie powyższej kwestii.

Zamawiający w dniu 19 marca 2021 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności polegającej na przeprowadzeniu dnia 9 marca 2021 r. za pośrednictwem Modułu Elektronicznej Komunikacji z Dostawcami PGNiG SA aukcji elektronicznej. W treści pisma o unieważnieniu aukcji zamawiający wyjaśnił, że w związku z okolicznościami podanymi przez przystępującego w piśmie z dnia 9 marca 2021 r. *dokonał analizy prawidłowości działania platformy aukcyjnej (stanowiącej jeden z elementów Modułu Elektronicznej Komunikacji z Dostawcami PGNiG SA.) podczas aukcji z dnia 09.03.2021 roku.*

W dalszej kolejności zamawiający wskazał, że *W wyniku powyższego stwierdzono, że platforma aukcyjna loguje zdarzenia podczas trwania aukcji, takie jak np. przesłanie do*

danego użytkownika informacji o złożonym postąpieniu. Z logów przedmiotowej aukcji wynika, że aplikacja przekazała informację o finalnym postąpieniu do użytkownika m..m.@technologie.pgnig.pl o godz. 12:07:05,878. Przekazanie informacji powinno skutkować wyświetleniem postąpienia i zmianą rankingu w aplikacji wyświetlanej w przeglądarce użytkownika. Zrzut ekranu przekazany przez PGNiG Technologie jako załącznik do przedmiotowego pisma wskazuje, że w przeglądarce użytkownika m..m.@technologie.pgnig.pl ranking nie został odświeżony.

Wykonane retesty wykazały, że nie zadziałały zaimplementowane mechanizmy, które powinny informować użytkownika o zerwanym połączeniu internetowym i konieczności ręcznego odświeżenia strony. Specyfika działania przeglądarki „Chrome” powoduje, że domyślnie przeglądarka ma ustawiony długi czas oczekiwania na odpowiedź od serwera (w zależności od sytuacji ten czas może wynosić nawet 60 sekund), co w praktyce oznacza, że przeglądarka ma pewną tolerancję czasową na zaistniałe błędy. W sytuacji kiedy po wystąpieniu takiego błędu użytkownik nie złoży kolejnego postąpienia do końca trwania aukcji, ranking nie zostanie odświeżony, a tym samym użytkownik na ekranie zobaczy fałszywy wynik aukcji.

Zgodnie z powyższym w toku aukcji wystąpił błąd platformy aukcyjnej polegający na tym, że użytkownik nie został poinformowany o chwilowej utracie połączenia z siecią i konieczności ręcznego odświeżenia strony, w efekcie czego PGNiG Technologie nie otrzymał bieżącej informacji o pozycji złożonej przez niego oferty. Bezpośrednim następstwem czego było wprowadzenie Wykonawcy PGNiG Technologie w błąd co do faktycznego miejsca jakie zajmowała złożona przez niego oferta w bieżącym rankingu ofert, a w konsekwencji doprowadziło do zaniechania dalszego składania postąpień przez tegoż Wykonawcę.

Stwierdzić należy dodatkowo, że „Podręcznik Użytkownika Portalu EKZD w ramach obsługi Licytacji elektronicznych i Modułu Aukcji Elektronicznych” nie informuje użytkownika o konieczności ręcznego odświeżania strony. Tym samym Wykonawca nie posiadał wiedzy o możliwości wystąpienia wskazanego powyżej błędu, a co za tym idzie nie można zarzucić mu braku dochowania należytej staranności wymaganej podczas wykonywania czynności aukcji elektronicznej.

Powyższe w ocenie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 91c ust. 3 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.) i daje podstawę do unieważnienia czynności aukcji elektronicznej, albowiem Zamawiający zobligowany jest do zapewnienia prawidłowego działania systemu informatycznego w toku aukcji, czego de facto nie uczynił.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 91c ust. 3 Pzp – *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. 91d ust. 1 i 2 Pzp – *1. 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.*
2. Zamawiający po zamknięciu aukcji wybiera najkorzystniejszą ofertę w oparciu o kryteria oceny ofert wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej.;
- art. 91e Pzp – *Zamawiający zamyka aukcję elektroniczną:*
 - 1) w terminie określonym w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej;*
 - 2) jeżeli w ustalonym terminie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia;*
 - 3) po zakończeniu ostatniego, ustalonego etapu.;*
- art. 7 ust. 1 Pzp – *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.;*
- art. 7 ust. 3 Pzp – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.;*
- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba w przeważającym zakresie uznała za słuszną argumentację zamawiającego. Mając powyższe na uwadze oraz po dokonaniu analizy zebranego w sprawie materiału dowodowego Izba ustaliła, że podczas trwania aukcji elektronicznej doszło do błędu aplikacji przeznaczonej do obsługi aukcji elektronicznej, który polegał na braku otrzymania przez przystępującego informacji o kolejnym postąpieniu złożonym przez odwołującego w toku aukcji oraz przebicium oferty przystępującego, w następstwie czego przystępujący, aż do zakończenia aukcji pozostawał w przeświadczeniu, że złożona przez niego oferta była najkorzystniejsza. Powyższego ustalenia Izba dokonała na podstawie dowodów złożonych

przez zamawiającego na posiedzeniu niejawnym tj. pisma DahliaMatic z dnia 18 marca 2021 r. jak również raportu z przeprowadzonych retestów Modułu Aukcji Elektronicznych.

Z treści pisma z dnia 18 marca 2021 r. wynikało, że przedmiotowy błąd występuje niezwykle rzadko, a do jego zaistnienia niezbędna jest koincydencja następujących czynników:

- a) użytkownik korzysta z przeglądarki Chrome;
- b) utracono połączenia z siecią Internet na stacji roboczej użytkownika;
- c) serwer wysłał komunikat do przeglądarki użytkownika (np. o kolejnym złożonym postąpieniu);
- d) przeglądarka Chrome użytkownika jest w cyklu oczekiwania na odpowiedź od serwera.

Wnioski zawarte w piśmie z dnia 18 marca 2021 r. wynikały z raportów z retestów, z których wynikało, że w wyniku przeprowadzenia 80 retestów w ramach 6 różnych scenariuszy, przedmiotowy błąd wystąpił tylko w scenariuszu 1 (przypadki 8 oraz 23), co potwierdzało niską częstość wystąpienia problemu. Scenariusz ten zakładał zastosowanie przeglądarek Chrome, wykonanie aukcji dynamicznej (licytacja w dół), przy udziale dwóch podmiotów, wykonujących postąpienia naprzemiennie. W trakcie wykonywania aukcji wykonano chwilowe (nie dłużej niż kilka sekund) odłączenie sieci Internet. Test wykazał, że jeden z uczestników nie otrzymał odświeżonej informacji o postąpieniu rywała i w momencie zakończenia aukcji otrzymał fałszywy jej rezultat. Istotną przy tym okolicznością było to, że aplikacja aukcyjna zamawiającego miała posiadać zaimplementowane mechanizmy, które powinny informować o zaistniałej sytuacji, a ponieważ nie zadziałały przystępujący nie otrzymał informacji o przebiciu jego oferty, w wyniku czego, aż do końca aukcji pozostawał w błędnym w przeświadczeniu, że jego oferta jest najkorzystniejsza.

W dalszej kolejności skład orzekający stwierdził, że zamawiający słusznie zauważył, iż w treści pisma dotyczącego unieważniania czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej wskazano na błąd platformy aukcyjnej polegający na tym, że użytkownik nie został poinformowany o chwilowej utracie połączenia z siecią i konieczności ręcznego odświeżenia strony. Izba przyłączyła się do argumentacji zamawiającego odnoszącej się do nieutożsamiania zerwania połączenia internetowego z chwilową utratą połączenia. Po pierwsze utrata dostępu do sieci mogła trwać ułamki sekund i nie zostać odnotowana zarówno przez przystępującego, jak i przez operatora telekomunikacyjnego świadczącego usługi dostępu do sieci internet na rzecz przystępującego, a po drugie gdyby połączenie internetowe przystępującego zostało zerwane, wówczas nie otrzymałby on powiadomienia o wygraniu aukcji internetowej, a najpewniej zostałby wylogowany z aplikacji, a tak się nie stało. Wątpliwości budzić zatem nie powinno, że po uzyskaniu ponownego połączenia z internetem przystępujący powinien być otrzymać z opóźnieniem komunikat o kolejnym

postąpieniu złożonym przez odwołującego, tak się jednak nie stało co, jak wskazał wykonawca platformy podmiot DahliaMatic, było samo w sobie błędnym zachowaniem aplikacji. Tym samym Izba uznała, że przystępujący pozostawał w błędzie co do faktycznego miejsca jakie zajmowała złożona przez niego oferta w bieżącym rankingu ofert, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania dalszego składania postąpień przez przystępującego. Finalnie przystępujący po zakończeniu aukcji otrzymał informację, że jego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu, informację taką otrzymał także odwołujący, a do takiej sytuacji prawidłowo działająca aplikacja nie powinna była dopuścić.

Decydująca dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy była treść art. 91c ust. 3 Pzp, która nakłada na zamawiającego obowiązek bieżącego przekazywania każdemu wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty, podczas trwania aukcji elektronicznej. Z tego obowiązku nie zwalniają zamawiającego inne postanowienia ustalone podczas trwania procedury przetargowej w związku z tym powstanie błędu podczas trwania aukcji elektronicznej niezależnego od wykonawcy, który powoduje nieotrzymanie przez tego wykonawcę informacji, których mowa w art. 91c ust. 3 Pzp, powinno skutkować unieważnieniem aukcji elektronicznej.

Jak wynika z powyższego Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez zamawiającego na posiedzeniu niejawnym. Dokumenty te pochodziły do podmiotu DahliaMatic, który był wykonawcą platformy, na której prowadzona była aukcja elektroniczna w postępowaniu. Odwołujący wnioskował o pominięcie tych dowodów oraz zwrócił uwagę, że ww. podmiot świadczył usługi na rzecz zamawiającego, przez co walor dowodowy tych dokumentów był niewartościowy. Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji odwołującego uznając, że wykonawca platformy aukcyjnej był *de facto* jedynym podmiotem, który mógł przedstawić istotne dla rozstrzygnięcia sprawy stanowisko. Skład orzekający doszedł do przekonania, że zamawiający próbował ustalić stan sprawy i odnieść się do pisma przystępującego z dnia 9 marca 2021 r., zwracając się do operatora platformy aukcyjnej. Operator platformy przekazał zamawiającemu odpowiedź, która była podstawą podjętej przez niego czynności o unieważnieniu aukcji. W ocenie składu orzekającego odwołujący nie zakwestionował słuszności działań zamawiającego, a w szczególności podstaw jego decyzji wynikających z odpowiedzi uzyskanej od podmiotu DahliaMatic.

Izba nie wzięła pod uwagę także stanowiska odwołującego polegającego na twierdzeniu, że przystępujący nie dochował należytej staranności podczas trwania aukcji przez nieodświeżanie strony w toku aukcji. Okolicznością bezsporną było, że „Podręcznik Użytkownika Portalu EKZD w ramach obsługi Licytacji elektronicznych i Modułu Aukcji

Elektronicznych” (zwany dalej: „podręcznikiem” lub „instrukcją”) nie informował użytkownika o konieczności ręcznego odświeżania strony. Skład orzekający uznał, że brak tej informacji w instrukcji dotyczącej prowadzonej aukcji w połączeniu z dość krótkim czasem na ustalenie powstałej sytuacji ze strony przystępującego podczas aukcji (trzy minuty) oraz przekonaniem przystępującego, że jego oferta zgodnie z komunikatem uzyskanym podczas „finału” aukcji była najkorzystniejsza, nie mogą obciążać przystępującego. Odwołujący w swoim piśmie złożonym na posiedzeniu, odnosząc się do dowodu złożonego przez przystępującego wskazywał, że w 10 min. 23 sek. nagrania następuje wydłużenie czasu trwania aukcji o około trzy minuty, status aukcji pozostaje aktywny, a osoby obecne na nagraniu odnotowują zaistniałą sytuację i stwierdzają, że musiało nastąpić postąpienie, mimo to decydują się na bierne oczekiwanie na zakończenie aukcji. Jak wskazano powyżej okoliczność ta nie mogła stanowić o niedochowaniu należytej staranności przez przystępującego, ponieważ przystępujący w tak krótkim czasie przy braku podania informacji o ręcznym odświeżaniu strony w podręczniku, mógł po prostu nie znaleźć praktycznego rozwiązania powstałej sytuacji. Ponadto z nagrania wynika, że po wydłużeniu czasu trwania aukcji o kolejne trzy minuty, przystępujący poszukiwał informacji w treści podręcznika, jednak jej nie znalazł z prostego powodu – instrukcja nie informowała o konieczności ręcznego odświeżania strony. W związku z tym przystępujący mógł pozostać w przekonaniu, że aukcja przebiega zgodnie z informacją widoczną z jego strony na platformie.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zamawiający słusznie argumentował, iż przywołany w treści odwołania zarzut naruszenia art. 91d ust 1 Pzp nie znalazł potwierdzenia, ponieważ został on wprowadzony do ustawy na inną okoliczność tj. znajduje zastosowanie w sytuacji gdy system informatyczny przestaje działać w toku aukcji elektronicznej i konieczny jest czas na wznowienie jego działania. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy błąd miał inny charakter, przy czym brak możliwości zastosowania przez zamawiającego art. 91d Pzp nie mógł przesądzać o braku wystąpienia błędu aplikacji aukcyjnej, bowiem każdy system informatyczny budowany według indywidualnego zapotrzebowania klienta jest inny, a co za tym idzie może generować różne błędy, które polegają nie tylko na przerwaniu działania systemu, ale skutkują naruszeniem przepisów Pzp dotyczących zasad prowadzenia aukcji elektronicznej, tak jak miało to miejsce w przedmiotowym przypadku. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do zastosowania art. 91d ust 2 Pzp i dokonania w oparciu o ten przepis wyboru oferty najkorzystniejszej albowiem znajduje on zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy aukcja elektroniczna przebiegła w sposób prawidłowy. Izba doszła do przekonania, że na gruncie stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie zamawiający słusznie stwierdził, że aukcja została

przeprowadzona z naruszeniem art. 91c ust. 3 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp, ponieważ w jej toku system nie przekazał przystępującemu wymaganych przepisami Pzp informacji o bieżącej pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty czego bezpośrednim następstwem było wprowadzenie przystępującego w błąd co do faktycznego miejsca jakie zajmowała złożona przez niego oferta w bieżącym rankingu ofert, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania dalszego składania postąpień przez tegoż wykonawcę.

Ponadto Izba uznała, że dowody załączone do odwołania nie mogły potwierdzać argumentacji odwołującego, ponieważ obrazowały stan aukcji z punktu widzenia odwołującego. Zamawiający nie stwierdził żadnego błędu w związku z działaniem platformy aukcyjnej wobec odwołującego i taka okoliczność nie była powodem unieważnienia aukcji z dnia 9 marca 2021 r.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła wszystkie zarzuty odniesione w odwołaniu.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 nPzp oraz § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz koszt dotyczący wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600 zł 00 gr, na podstawie złożonej na rozprawie faktury.

Przewodniczący: