

Sygn. akt: KIO 3502/21

WYROK

z dnia 16 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 13 i 15 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez wykonawcę **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,

przy udziale wykonawcy **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gdańsku, ul. Sandomierska 19, 80-051 Gdańsk, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddała odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Pruszkowie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego: **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Pruszkowie na rzecz zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej: Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), dalej: „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie robót torowych celem podniesienia prędkości na linii kolejowej nr 4 Grodzisk Mazowiecki – Zawiercie”, numer referencyjny: 9090/IRZR1/06652/ 01726/21/P. Wartość zamówienia przekracza progi unijne w rozumieniu art. 3 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 12 maja 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S 092-239661.

19 listopada 2021 r. odbyła się przewidziana w postępowaniu aukcja elektroniczna. Z zachowaniem terminu ustawowego wykonawca STRABAG Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie uznając, iż podczas aukcji doszło do nieprawidłowości, polegających na:

- nie przyjęciu przez Zamawiającego ostatniej oferty złożonej przez Odwołującego w toku aukcji elektronicznej, tj. oferty złożonej w toku dogrywki 141 o godz. 15:29:59, oraz zaniechaniu jej uwzględnienia i sklasyfikowania podczas przeprowadzonej aukcji elektronicznej,
- przedwczesnym zatrzymaniu aukcji i uniemożliwieniu wykonawcom biorącym w niej udział składania kolejnych ofert (postąpień) ,
- zaniechaniu kontynuowania aukcji elektronicznej z uwzględnieniem ostatniej oferty złożonej przez Odwołującego, tj. oferty złożonej podczas dogrywki 141, co najmniej o godz. 15:29:59 (dalej zwanej ofertą złożoną o godz. 15:29:59) ewentualnie
- zaniechaniu unieważnienia aukcji elektronicznej.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 235 ust. 1 w zw. z art. 234 ust. 1 i ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie uznania za wiążącą oferty (postąpienia) Odwołującego złożonej w toku aukcji w dniu 19.11.2021 r. o godz. 15:29:59 i zaniechanie uznania jej jako oferty najkorzystniejszej złożonej w toku dogrywki nr 141,
- 2) art. 235 Pzp poprzez przyjęcie, że wiążącą ofertą (postąpieniem) odwołującego była jego przedostatnia oferta, podczas gdy Odwołujący złożył korzystniejszą ofertę (postąpienie) o godz. 15:29:59,

- 3) art. 233 ust. 1 w zw. z art. 234 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia w automatycznej ocenie i klasyfikacji ofert złożonych w toku akcji w dniu 19.11.2021r. oferty Odwołującego złożonej o godz. 15:29:59 oraz błędne wygenerowanie komunikatu z systemu elektronicznego aukcji, że: „złożenie oferty nie było możliwe ze względu na ramy czasowe aukcji”, podczas gdy złożył ważną ofertę (postąpienie) w czasie dogrywki 141, a jego oferta powinna być uwzględniona w klasyfikacji ofert, a tym samym poprzez uniemożliwienie wykonawcom biorącym udział w aukcji elektronicznej składanie kolejnych konkurencyjnych ofert (postąpień),
- 4) art. 236 Pzp poprzez zaniechanie formalnego przerwania aukcji elektronicznej na skutek wadliwie działającego systemu teleinformatycznego Zamawiającego (Platformy Zakupowej) i zaniechanie wyznaczenia terminu kontynuowania aukcji elektronicznej, ewentualnie na wypadek uznania, że aukcja elektroniczna przeprowadzona w dniu 19.11.2021r. została zamknięta
- 5) naruszenie art. 237 pkt 2 Pzp poprzez zamknięcie aukcji w dniu 19.11.2021 r. pomimo zgłoszenia przez Odwołującego w dogrywce 141 o godz. 15:29:59 kolejnej wiążącej oferty (postąpienia), a tym samym uniemożliwienie wykonawcom składania dalszych konkurencyjnych ofert (postąpień),
- 6) w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1-5 powyżej - naruszenie art. 232 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z treścią zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej z 07.10.2021r. oraz w zw. z warunkami Regulaminu aukcji elektronicznych Zamawiającego (w szczególności § 4), pkt 6 Podręcznika dla Wykonawców oraz filmu instruktażowego poprzez prowadzenie aukcji elektronicznej w dniu 19.11.2021r. w sposób niezgodny z udzielonymi przez Zamawiającego wiążącymi wykonawców instrukcjami,
- 7) art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, a tym samym zaniechanie prowadzenia postępowania z należytą starannością w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, w szczególności w związku z zaniechaniem kontynuowania aukcji elektronicznej w dniu 19.11.2021 r. po złożeniu przez odwołującego o godz. 15:29:59 najkorzystniejszej oferty, wadliwie wygenerowanie komunikatu o nieskutecznym złożeniu oferty z uwagi na ramy czasowe aukcji, pomimo że odwołujący złożył swoją ofertę w czasie określonym w regulaminie i zgodnie z wytycznymi z instrukcjami Zamawiającego, co tym samym spowodowało uniemożliwienie wykonawcom składania kolejnych konkurencyjnych ofert (postąpień) z zachowaniem równego traktowania wykonawców, z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uwzględnienia oferty złożonej przez Odwołującego w toku aukcji elektronicznej w dniu 19.11.2021 r., o godz. 15:29:59 oraz nakazanie kontynuowania aukcji elektronicznej z uwzględnieniem tej oferty, ewentualnie
- 2) unieważnienie aukcji przeprowadzonej w dniu 19.11.2021 r., a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej aukcji,
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania, dokumentów zamówienia, akt postępowania przetargowego, w tym w szczególności dokumentów z przebiegu aukcji elektronicznej, składanych przez Odwołującego ofert (postąpień), wyciągów z nagrań wykonawcy, instrukcji aukcji, w szczególności informacji przekazanych wykonawcom co do funkcji poszczególnych „okienek” (informacji z systemu) pojawiających się podczas aukcji,
- 4) zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa i wyłącznie w tym zakresie jawności rozprawy w zakresie: nagrania (filmu) z ostatnich 30 sekund aukcji elektronicznej oraz print screenu ostatniej sekundy aukcji przeprowadzonej w dniu 19.11.2021 r.,
- 5) dopuszczenie dowodu z przesłuchanie świadka M. S. – pracownika Odwołującego na okoliczność próby skontaktowania się z Zamawiającemu w toku aukcji oraz poinformowania pomocy technicznej o zaistniałych problemach.

W uzasadnieniu Odwołujący m.in. podał, że Zamawiający przewidział wybór najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, tj. na zasadach wskazanych w art. 227 i następnym Pzp. W pkt 21 SWZ IDW Zamawiający wskazał, że aukcja zostanie przeprowadzona na Platformie Zakupowej Zamawiającego dostępnej pod adresem: <https://platformazakupowa.plk-sa.pl>. Zgodnie z pkt 21.2 SWZ IDW wskazano, że po dokonaniu wstępnego badania i oceny złożonych ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna jeżeli w postępowaniu zakupowym złożone zostaną co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu. W postępowaniu zostały złożone oferty czterech wykonawców. W oparciu o pkt 21.3. SWZ IDW Zamawiający pismem z dnia 07.10.2021r., znak: IRZR1.292.1.2021.IRE-00937-l.b.27 zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. W zaproszeniu do udziału w aukcji Zamawiający, zgodnie z art. 232 ust. 1 i 2 Pzp opisał warunki udziału w aukcji elektronicznej tj. określił, że w toku aukcji za pomocą formularza umieszczonego na Platformie Zakupowej, umożliwiającemu wprowadzanie niezbędnych danych, w trybie bezpośredniego połączenia z Platformą Zakupową wykonawcy będą składali kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Zamawiający wskazał też, że aukcja odbywać się będzie według reguły zniżkowej dynamicznej, co oznacza, że każda następna oferta Wykonawcy mogła zostać przyjęta, gdy będzie korzystniejsza od ostatniej prawidłowo złożonej oferty tego Wykonawcy i będzie niższa

minimum o wartość ustalonego minimalnego postępienia. Parametrem licytowanym w aukcji miała być całkowita cena brutto. W zakresie sposobu dokonywania postępień Zamawiający wymagał, by podpisywane były każdorazowo, pod rygorem nieważności, kwalifikowanym podpisem elektronicznym za pośrednictwem mechanizmu wbudowanego w Platformę Zakupową. W zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej Zamawiający wskazał, że czas trwania aukcji wynosi 30 minut oraz ewentualne dogrywki. Przewidział automatyczne uruchomienie dogrywki, jeśli w ciągu ostatnich 5 minut podstawowego czasu trwania Aukcji zostanie prawidłowo złożona oferta przez któregokolwiek z Wykonawców. Kolejne dogrywki miały być uruchamiane, jeżeli w ciągu 5 minut od uruchomienia poprzedniej złożone zostanie prawidłowe postępienie przez któregokolwiek z Wykonawców. W przypadku uruchomienia dogrywki aukcja miała ulec przedłużeniu od momentu złożenia tej oferty o sekundy brakujące do pełnej minuty, w której złożona została oferta plus dogrywkę o czasie trwania 5 minut, o ile nie zostałyby złożona kolejna oferta przedłużająca aukcję. Zamawiający wskazał, że aukcja kończy się po upływie:

- a) 30-tej minuty - jeżeli między 25 a 30 minutą Aukcji nie zostanie złożona nowa oferta;
- b) czasu ostatniej dogrywki (ostatnie 5 minut trwania Aukcji), o ile w trakcie jej trwania nie padnie żadne postępienie.

Zarówno w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej jak i w pkt 21.9 SWZ IDW Zamawiający poinformował o dokumentach wiążących wykonawców w zakresie procedury aukcyjnej: „21.9. Na Platformie Zakupowej w zakładce Regulacje i procedury procesu zakupowego dostępny jest Regulamin prowadzenia aukcji elektronicznych, Podręcznik dla Wykonawców oraz film instruktażowy ilustrujący proces składania postępień w trakcie aukcji. Wykonawca zobowiązany jest stosować się do zapisów wskazanych regulacji”. W zaproszeniu do udziału w aukcji w pkt 15 Zamawiający wskazał te same co w SWZ dokumenty zawierające instrukcje sposobu przeprowadzenia aukcji oraz dodatkowo przekazał linki do instrukcji: https://platformazakupowaz.plksa.pl/servlet/HomeServlet?MP_action=publicFilesList&folder=000_2&MP_module=main Instrukcja konfiguracji podpisu elektronicznego: https://platformazakupowaz.plksa.pl/servlet/HomeServlet?MP_action=publicFilesList&folder=000_2&MP_module=main. W toku aukcji na etapie dogrywek dwóch z czterech wykonawców zrezygnowało ze składania dalszych ofert (postępień). W końcowej fazie aukcji pozostał Odwołujący oraz jeden z wykonawców. W dogrywce 141 najpóźniej o godz. 15:29:59 Odwołujący złożył ofertę, która uplasowała go na pierwszym miejscu rankingu ofert. Na skutek nieprawidłowości w działaniu Platformy Zakupowej Zamawiającego oferta Odwołującego nie została uwzględniona jako oferta najkorzystniejsza i nie została automatycznie sklasyfikowana w rankingu ofert. Wbrew instrukcjom Zamawiającego, a w

szczegółności wbrew informacjom zawartych w zaproszeniu do składania ofert aukcja nie była kontynuowana, a konkurujący wykonawcy zostali pozbawieni możliwości składania kolejnych korzystniejszych ofert (postąpień). Odwołujący stwierdził, że złożenie przez niego oferty (ostatniego postąpienia) podczas aukcji (dogrywce 141) miało następujący przebieg:

1. Odwołujący kliknął przycisk (okno) „Złóż ofertę” po wskazaniu wartości oferty, (Pozostały czas: 00:00:30),
2. Następnie nastąpiło kliknięcie przycisku „Potwierdź ofertę” w oknie „Czy chcesz złożyć ofertę?” (Pozostały czas: 00:00:28 s),
3. W dalszej kolejności Odwołujący kliknął przycisk „Podpisz” w oknie komponentu do składania i weryfikacji podpisów elektronicznych (Pozostały czas: 00:00:11),
4. Później na ekranie pojawił się komunikat na zielono „Podpis złożony prawidłowo” (Pozostały czas: 00:00:04),
5. Po pojawieniu się komunikatu na zielono „Podpis złożony prawidłowo” – Odwołujący kliknął przycisk „Zakończ” (Pozostały czas: 00:00:01),
6. Po kliknięciu przycisku „OK” w oknie „Podsumowanie zadań” pojawił się komunikat „Złożenie oferty nie było możliwe ze względu na ramy czasowe aukcji”.

Niezwłocznie po odczytaniem komunikacie Odwołujący poinformował Zamawiającego o zaistniałych nieprawidłowościach. W pierwszej kolejności pracownik podjął próbę kontaktu z pomocą techniczną korzystając z numeru telefonu wskazanego w pkt 21 zaproszenia do udziału w akcji elektronicznej, tj. numeru 22 567 87 56. Podczas rozmowy telefonicznej został poinformowany o konieczności skontaktowania się z Zamawiającym. Odwołującemu nie udało się połączyć ze wskazaną w Ogłoszeniu o zamówieniu osobą do kontaktów. (Dowód: Zeznania świadka M. S. – na okoliczność przebiegu rozmowy telefonicznej podjętej pod numerem 22 567 87 56 oraz na okoliczność podjętych prób kontaktu telefonicznego z przedstawicielem Zamawiającego). Po nieudanych próbach kontaktu telefonicznego Odwołujący 19.11.2021 r. poinformował Zamawiającego o opisanej wyżej sytuacji wnosząc o wznowienie aukcji z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego. (Dowód: informacja Odwołującego z 19.11.2021r. przekazana drogą elektroniczną na wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu adres e-mail – w aktach postępowania – na okoliczność treści). Dodatkowo w dniu 23.11.2021 r. Odwołujący w uzupełnieniu informacji z 19.11.2021 r. przekazał Zamawiającemu zapis elektroniczny (film) ostatnich sekund aukcji, który dokumentuje czynności dokonane przez Odwołującego, tj. prawidłowe podpisanie oferty oraz ostatni komunikat „Złożenie oferty nie było możliwe ze względu na ramy czasowe aukcji” po pojawieniu się okna „Podsumowanie zadań”. Odwołujący przekazał również fragment filmu instruktażowego, oraz print screeny obrazujące nieprawidłowości w działaniu Platformy

Zakupowej. (Dowód: pismo Odwołującego z 23.11.2021 r. wraz z załącznikami przekazane Zamawiającemu drogą elektroniczną na wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu adres e-mail oraz za pomocą platformy zakupowej na okoliczność treści). Odwołujący podał, że na dzień składania odwołania, nie otrzymał informacji od Zamawiającego, czy zweryfikował i uwzględnił zastrzeżenia złożone przez Odwołującego w dniu prowadzenia aukcji. Zamawiający nie ustosunkował się do wyjaśnień potwierdzających prawidłowe złożenie przez Odwołującego oferty (ostatniego postąpienia) w czasie trwania aukcji, co najmniej w ostatniej jej sekundzie dogrywki 141. Szczegółowy przebieg składania oferty (ostatniego postąpienia) Odwołującego, podczas aukcji 19.11.2021r. został utrwalony na nagraniu z aukcji oraz wydrukach (print scenach) z rzeczywistego jej przebiegu. Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tego nagrania w celu wykazania, że oferta złożona przez niego w dogrywce 141 jest ofertą wiążącą w rozumieniu art. 235 ust. 1 Pzp. W tym zakresie Odwołujący zastrzegł informacje zawarte w tych dowodach jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego oferta z godz. 15:29:59 została złożona w czasie przewidzianym do dokonania postąpienia w ramach dogrywki, tj. w wyznaczonym czasie 5 minut. Oferta ta została złożona w sposób przewidziany przez Zamawiającego w zaproszeniu do składania ofert oraz zgodnie z § 4 ust. 12 Regulaminu aukcji. Za pomocą formularza umieszczonego na Platformie Zakupowej PKP PLK Odwołujący złożył najpóźniej o godz. 15:29:59 korzystniejsze postąpienie, które podlegało automatycznej ocenie i klasyfikacji. Zgodnie z § 4 ust. 14 oraz zgodnie z pkt 13 zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej prawidłowo złożone przez wykonawcę nowe postąpienie podczas trwania aukcji winno być traktowane jako nowa oferta. Zamawiający formułując instrukcję aukcji wskazał, że oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji. Oferta (postąpienie) Odwołującego z godz. 15:29:59 stanowi aktualną, wiążącą ofertę złożoną w postępowaniu. Oferta ta została prawidłowo podpisana za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego, tj. z uwzględnieniem § 4 ust. 10 Regulaminu oraz pkt 7 Zaproszenia do udziału w aukcji.

Następnie Odwołujący stwierdził, że art. 234 ust. 2 Pzp zastrzega formę składanych postąpień pod rygorem nieważności. Postąpienia muszą być złożone w formie elektronicznej. Zgodnie z 78 § 1 k.c. do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W toku aukcji w dogrywce 141 Odwołujący złożył korzystniejszą, nową ofertę i zgodnie z wymogami Zamawiającego opatrzył ją kwalifikowanym podpisem elektronicznym za pomocą mechanizmu wbudowanego w Platformę Zakupową (tzw. komponent do podpisu Szafir). Odwołujący rozpoczął

podpisywanie oferty na 11 przed końcem dogrywki. Oferta Odwołującego została złożona z chwilą opatrzenia jej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu, za pomocą komponentu do podpisu „Szafir” stanowiącego element oprogramowania aukcyjnego Zamawiającego. Nastąpiło to przed upływem czasu przewidzianego na postąpienie, co zostało potwierdzone komunikatem „Podpis złożony prawidłowo” w pozostałym czasie przewidzianym na aukcję (tj. 4 sekundy przed zakończeniem aukcji). Po prawidłowym złożeniu podpisu wykonawca kliknął przycisk „Zakończ”, co nastąpiło co najmniej na 1 sekundę przez upływem czasu aukcji, tj. najpóźniej o godz. 15:29:59 Komunikat podpis złożony prawidłowo stanowi potwierdzenie złożenia oferty (postąpienia). Komunikat ten został wygenerowany, gdy na ekranie aukcji wskazany był „Pozostały czas” – „00:00:01”. Oznacza to, że Odwołujący złożył ofertę prawidłowo i powinna ona zostać sklasyfikowana w aukcji. W ocenie Odwołującego Komunikat „Złożenie oferty nie było możliwe ze względu na ramy czasowe aukcji” pozostaje bez wpływu na ważność oferty odwołującego. Powyższe może być traktowane co najwyżej jako błąd systemu teleinformatycznego Zamawiającego, ponieważ zamknięcie okna „Podsumowanie zadań” zgodnie z instrukcją Zamawiającego nie ma na celu ani złożenia oferty, ani potwierdzenia jej złożenia, ani podpisania oferty. Powyższe czynności zostały bowiem już dokonane. Z instrukcji (filmu instruktażowego) wynika, że okno to ma wyłącznie informacyjny charakter: „Na koniec na ekranie pojawi się podsumowanie wykonanych czynności”. Tym samym, dla ważnego i skutecznego złożenia oferty, okno to pozostawało bez znaczenia. Okno to informuje o już wykonanych zadaniach. Dlatego też pojawienie się komunikatu o rzekomej niemożności złożenia oferty z uwagi na ramy czasowe aukcji po jego kliknięciu stanowi błąd systemu Zamawiającego. (Dowód: Film instruktażowy PKP PLK S.A. Print Sceen z filmu instruktażowego w odniesieniu do komunikatu pod oknem „Podsumowania zadań” – na okoliczność funkcji okna nadanej przez Zamawiającego). Na skutek ww. komunikatu aukcja nie była już kontynuowana, a oferta (postąpienie) Odwołującego z godz. 15:29:59 nie została automatycznie sklasyfikowana w rankingu ofert, pomimo, że Zamawiający mógł uzyskać kolejne korzystne postąpienia, zgodnie z obowiązującymi w postępowaniu Regulaminami, a wykonawcy uprawnieni byli do składania dalszych ofert.

Następnie Odwołujący stwierdził, że zgodnie z przepisem art. 16 pkt 1, 2 i 3 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. Powyższe zasady pozwalają na realizację ustawowych celów, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich

wykonania. Przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego na etapie prowadzenia postępowania jest zatem jego ustawowym obowiązkiem. W realiach niniejszej postępowania Zamawiający pominął wymóg przepisu art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp. Wskazana w art. 16 pkt 3 Pzp zasada przejrzystości odgrywa rolę służebną wobec reguł postępowania, takich jak zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji i proporcjonalności, tym niemniej jej celem jest zapewnienie możliwości weryfikacji czynności zamawiającego. W wyroku z 6.11.2014 r., C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA v. CEM Ambiente SpA*, EU:C:2014:2345, Trybunał stwierdził, iż „obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia“ (Podobnie - wyrok Komisja/CAS *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 108– 111). Kwestionowane czynności Zamawiającego w konsekwencji mogą doprowadzić do przyznania zamówienia wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy.

W dalszej kolejności Odwołujący przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia w odwołaniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu wyznaczonym na posiedzenie i rozprawę złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie zarzutów Odwołania, jako bezpodstawnych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający m.in. wskazał, że 16 i 17 listopada 2021 r. odbyły się aukcje testowe, w których wziął udział również Odwołujący, nie zgłosił on żadnych uwag do działania systemu, podpisu elektronicznego oraz procesu zgłaszania postąpień. W toku tych aukcji zapoznał się także z procesem dokonywania postąpień, w tym także mógł zweryfikować kiedy, po dokonaniu jakich czynności Wykonawcy następuje złożenie oświadczenia woli zawierającego korzystniejszą ofertę (złożenie postąpienia). Rzeczywista aukcja w postępowaniu, została przeprowadzona 19 listopada 2021 r. na Platformie Zakupowej Zamawiającego, dostępnej pod adresem: <https://platformazakupowa.plk-sa.pl>.

Zamawiający podał, że przed złożeniem odwołania, Wykonawca skierował do Zamawiającego 2 pisma, w celu wyjaśnienia sprawy i wykazania rzekomych błędów w

działaniu platformy zakupowej: tj. pismo z 22 listopada 2021 r. oraz pismo z 24 listopada 2021 r., do którego załączył nagranie obejmujące moment składania odrzuconego przez system postąpienia. Zgodnie z treścią nagrania, Odwołujący zaczął składać postąpienie (kliknął w pole złóż ofertę), o godzinie 15:29:31, następnie potwierdził, że chce złożyć ofertę o godzinie 15:29:32. W godzinach 15:29:32 -15:29:43 czekał na pojawienie się okna aplikacji do podpisu elektronicznego. Od godziny 15:29:44 do godziny 15:29:47 sprawdzał wartość zaproponowanego postąpienia (co czyni najeżdżając kursorem na zaoferowaną cenę), po czym o godzinie 15:29:49 kliknął na przycisk podpisz. Komunikat o prawidłowo złożonym podpisie pojawia się o godzinie 15:29:55, a o godzinie 15:29:59 Odwołujący kliknął przycisk zakończ, a następnie potwierdził dokonanie czynności tj. kliknął przycisk: „OK” w okienku podsumowanie zadań, już o godzinie 15:30:30 (a więc po terminie na złożenie postąpienia); o godzinie 15:30:31, na ekranie pojawił się komunikat, że złożenie oferty nie było możliwe, ze względu na ramy czasowe aukcji.

Zamawiający stwierdził, że dopiero potwierdzenie dokonania czynności, tj. kliknięcie przycisku: „OK”, w okienku: „Podsumowanie zadań”, skutkuje przesłaniem na serwer platformy zakupowej postąpienia (a więc doręczeniem oświadczenia woli Wykonawcy), co wynika z zasad działania platformy i nie jest kwestią błędu systemu, ale elementem jego struktury i specyfiką działania, z którą Wykonawca zapoznał się tak w trakcie obu aukcji testowych, jak też w trakcie poprzednich (ponad 30!) poprzednich postąpień w ramach tej aukcji, oraz setek postąpień w trakcie aukcji, w jakich brał udział w postępowaniach prowadzonych przez PKP PLK S.A. Proces podpisu elektronicznego jest wykonywany za pomocą odrębnego, zewnętrznego komponentu, którego dostawcą jest KIR SA. (a nie administrator platformy zakupowej). Powyższe wynika wprost z regulacji Zamawiającego, udostępnionych wykonawcom w postępowaniu, w szczególności z filmu instruktorzowego pt.: „PZ2_PKP_PLK_Aukcja zakupowa i sprzedażowa”, a więc filmu na który powołuje się również sam Odwołujący. Film ten opisuje aukcję zakupową i sprzedażową, z którego treści jednoznacznie wynika, że etap Podsumowania zadań i kliknięcie przycisku: „OK”, w celu zakończenia tego etapu, są integralną częścią składania postąpienia (działanie „OK” przesyła wygenerowane postąpienie).

Następnie Zamawiający stwierdził, że wbrew twierdzeniom Odwołującego w żadnym z dokumentów objaśniających zasady działania aukcji, nie zastrzeżono, że czynność: „Potwierdzenia zadań” jest czynnością pozbawioną znaczenia, czy czynnością którą można pominąć. Ponadto nigdzie w dokumentacji, Zamawiający nie wskazał, że postąpienie wykonywane jest w jakimkolwiek innym momencie, w szczególności, że oświadczenie woli, jakim jest postąpienie, dociera do adresata tj. Zamawiającego, w momencie kliknięcia przycisku „Zakończ”. Konieczność kliknięcia przycisku: „OK”, w polu: „Podsumowanie

zadań”, w celu przesłania postąpienia na serwer platformy, co należy rozumieć jako jego skuteczne doręczenie, potwierdza również administrator platformy zakupowej, w załączonym do pisma stanowisku (Dowód: stanowisko administratora platformy z dnia 8 grudnia 2021 r. (dalej: „Stanowisko”) Jak wskazano w treści Stanowiska: ORE S.A. jako dostawca Platformy Zakupowej do obsługi funkcjonalności podpisu elektronicznego wykorzystuje komponent zewnętrzny, którego dostawcą jest KIR S.A. ORE S.A., nie ma możliwości modyfikacji, jak również wpływu na działanie kontrolki podpisu, gdyż jedynym podmiotem mającym takie uprawnienia oraz możliwości techniczne jest producent czyli KIR SA. Komponent kontrolki podpisu elektronicznego jest wyzwalany w sytuacji kiedy w systemie wymagane jest potwierdzenie podpisem elektronicznym działania użytkownika np. podczas składania ofert, lub postąpień aukcyjnych. Po kliknięciu przycisku „Złóż ofertę” następuje proces złożenia podpisu który rozpoczyna się od uruchomienia kontrolki podpisu. Proces ten został pokazany w materiale wideo dostępnym w na Platformie Zakupowej [...] Dalej w treści Stanowiska, administrator wskazuje, że: Po kliknięciu przycisku „Zakończ” następuje proces podpisywania oferty podpisem elektronicznym. Efekt pracy kontrolki jest prezentowany w oknie podsumowania procesu podpisywania oferty podpisem elektronicznym. [...] Na tym etapie osoba podpisująca ofertę może zweryfikować prawidłowość wykonania operacji składania podpisu elektronicznego, a w sytuacji niepowodzenia, zostaje zaprezentowany stosowny komunikat z informacją o niepowodzeniu w złożeniu podpisu elektronicznego. Natomiast, co potwierdza treść Stanowiska, po prawidłowym złożeniu podpisu elektronicznego na ofercie, należy zamknąć okno podsumowania. Dopiero: po jego zamknięciu następuje proces złożenia oferty w systemie, oferta podpisana podpisem elektronicznym, zostanie złożona w systemie, co zostanie potwierdzone komunikatem na konsoli Oferenta. Wobec powyższego inicjowane przez Odwołującego postąpienie było nieskuteczne, bowiem nie zostało złożone w terminie i nie jest to kwestią błędu w działaniu aplikacji, ale zbyt późno dokonanego potwierdzenia czynności składających się na postąpienie. Przekroczenie terminu na złożenie postąpienia, wynika z faktu, że oświadczenie woli, jakim jest postąpienie, dotarło do adresata (zostało przesłane na serwer adresata), po ustalonym na podstawie IDW i Regulaminu Aukcji terminie. Dopiero bowiem po zamknięciu okna: „Podsumowanie zadań”, następuje proces złożenia oferty w systemie, a więc ten moment należy uznać, za moment, w którym oświadczenie woli dociera do adresata. Tymczasem moment ten nastąpił o godzinie 15:30:00, (co jest wyraźnie widoczne, na filmie złożonym przez Odwołującego jako załącznik do Odwołania), a więc po terminie na złożenie postąpienia.

W ocenie Zamawiającego nie mniej istotną kwestią jest fakt, że zgodnie z zacytowanymi w treści pisma postanowieniami IDW, w trakcie trwania dogrywki, Wykonawca

miał co najmniej 5 minut na złożenie postąpienia (5 minut + doliczone sekundy do pełnej minuty), tymczasem z niewiadomych przyczyn, rozpoczął proces dopiero w 31 sekundzie 5 minuty, pozostało mu zatem 29 sek. na zakończenie procesu składania postąpienia, co okazało się czasem zbyt krótkim. Okoliczność ta obciąża jednak Wykonawcę. Jak wskazuje bowiem historia postąpień, wykonywanych w trakcie aukcji postąpienia dokonywane przez Pełnomocnika Odwołującego nigdy nie były tak krótkie jak czas (29 s), który zgodnie z przedłożonym przez Odwołującego filmem: z „ostatnich sekund aukcji”, przyjął on na wykonanie ostatniego, nieskutecznego postąpienia. (Dowód: fragment raportu z aukcji - historia postąpień. Wobec powyższego, Wykonawca powinien był założyć, że 29 s na złożenie postąpienia jest czasem obiektywnie niewystarczającym. W szczególności wobec faktu, że Wykonawca nie mógł przewidzieć ile trwać będzie złożenie podpisu elektronicznego, bowiem do obsługi funkcjonalności podpisu elektronicznego platforma wykorzystuje komponent zewnętrzny, którego dostawcą jest KIR SA. i nie ma wpływu na czas wykonywanych przez ten komponent procesów.

Na koniec Zamawiający stwierdził, że Odwołujący składając postąpienia (które w zasadzie również stanowią ofertę), w trakcie aukcji, szczególnie w trakcie dogrywki, powinien zachować wzmożoną czujność, a należyta staranność wymagała od niego by do tych czynności przystępował możliwie szybko, tak by zmieścić się, w krótkim, 5 minutowym terminie. Natomiast w przypadku, w którym Wykonawca składa postąpienie w ostatnich 29 sekundach terminu, podejmuje ryzyko, że postąpienia nie zdąży złożyć w terminie i ryzyko to obciąża jedynie Wykonawcę. W takim wypadku, Odwołujący nie może powoływać się na działanie platformy, tym bardziej, że działanie to było prawidłowe - nie było wynikiem błędu, a automatycznego procesu składania postąpień, który był znany Odwołującemu, bowiem brał on udział w dwóch aukcjach testowych, wykonał kilkadziesiąt postąpień w ramach niniejszej aukcji poprzedzających to nieudane, które eksponuje, jak też kilkaset innych w ramach aukcji w których brał udział w postępowaniach przetargowych Zamawiającego.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego stając się jego uczestnikiem. W piśmie złożonym na posiedzeniu Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał m.in., że Odwołujący nie złożył skutecznie postąpienia nr 141, a print screen z ostatniej sekundy aukcji oraz nagranie z ostatnich 30 sekund aukcji złożone przez Odwołującego w ramach odwołania nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący stwierdził, że Zamawiający przeprowadził aukcję w sposób prawidłowy, zgodny z Pzp oraz regulaminem aukcji, nie wystąpił jakkolwiek błąd techniczny Platformy Zakupowej Zamawiającego uniemożliwiający złożenie oferty (postąpienia) przez któregokolwiek z

wykonawców. Wyłączną przyczyną, dla której Odwołującemu nie udało się prawidłowo złożyć postąpienia w aukcji był brak zachowania przez tego wykonawcę należytej staranności oraz profesjonalizmu wymaganego od oferenta biorącego udział w postępowaniu.

Na posiedzeniu Odwołujący cofnął wniosek zgłoszony w odwołaniu o wyłączenie jawności rozprawy.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody wskazane w złożonych pismach stron i Przystępującego oraz złożone na rozprawie.

Izba nie dopuściła dowodu z przesłuchania świadka M. S. – pracownika Odwołującego na okoliczność próby skontaktowania się z Zamawiającemu, uznając, iż jest on zgłoszony dla zwłoki i jest nieprzydatny dla rozpoznania sprawy. Jak to wynika z treści uzasadnienia odwołania, miałby to być dowód na okoliczność próby skontaktowania się z Zamawiającym, po otrzymaniu komunikatu o tym, iż złożenie spornego postąpienia nie było możliwe ze względu na ramy czasowe aukcji, a więc po zakończeniu aukcji, podczas, gdy spór dotyczy ostatnich sekund aukcji, a ściślej tego, co należy uznać za moment złożenia oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, że jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji kolejowych i drogowych realizowanych w trybie ustawy Pzp. Na skutek uchybień Zamawiającego oraz zaniechań, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, które stanowią przedmiot zaskarżenia odwołania, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, pomimo, że w toku prowadzonej aukcji elektronicznej złożył najkorzystniejszą ofertę i został pozbawiony możliwości złożenia kolejnych konkurencyjnych ofert (postąpień). Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, a na skutek uchybień Zamawiającego oferta ta nie została uwzględniona w toku dokonywanych postąpień. Nieprawidłowości zaistniałe w toku aukcji elektronicznej, za które odpowiada Zamawiający pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania

przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz w warunkach uczciwej konkurencji. W konsekwencji kwestionowanych odwołaniem uchybień Odwołujący uplasował się na drugiej pozycji w rankingu ofert, podczas, gdy złożył najkorzystniejszą ofertę w toku dorywki 141 i miał realną szansę na uzyskanie zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę uzyskać zamówienie i osiągnąć korzyści z tym związane.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający przewidział wybór najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, tj. na zasadach wskazanych w art. 227 i następnych Pzp. Zasady prowadzenia aukcji zostały określone w SWZ TOM I - IDW, opublikowanej przez Zamawiającego. Zgodnie z pkt 21 SWZ:

21.1 Zamawiający zamierza dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Aukcja zostanie przeprowadzona na Platformie Zakupowej Zamawiającego dostępnej pod adresem: <https://platformazakupowa.plk-sa.pl>

21.2 Po dokonaniu wstępnego badania i oceny złożonych ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna jeżeli w Postępowaniu zakupowym złożone zostaną co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu.

21.3 Do udziału w aukcji elektronicznej Zamawiający zaprosi wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu z zastrzeżeniem zapisów pkt 21.2 IDW.

21.4 Udział w aukcji elektronicznej w imieniu Wykonawcy może brać osoba wskazana w Formularzu Ofertowym na etapie składania ofert.

21.5 W przypadku zmiany osoby uprawnionej do udziału w aukcji elektronicznej, Wykonawca winien minimum 24 godziny przed rozpoczęciem aukcji przekazać Zamawiającemu stosowne pełnomocnictwo, z którego wynikać będzie zmiana osoby umocowanej do udziału w aukcji.

21.6 Osoba wskazana do udziału w aukcji elektronicznej musi posiadać ważny kwalifikowany podpis elektroniczny spełniający wymogi powszechnie obowiązujących przepisów prawa oraz posiadać aktywne konto użytkownika na Platformie Zakupowej. Szczegółowy opis sposobu rejestracji konta zawarty jest w Podręczniku dla Wykonawców.

21.7 Mając na uwadze czas potrzebny na aktywację konta (do 3 dni roboczych) Zamawiający zaleca, aby Formularz rejestracyjny na Platformie Zakupowej został uzupełniony i wysłany przez Wykonawcę z odpowiednim wyprzedzeniem.

21.8 Rejestracja i korzystanie z Platformy są nieodpłatne.

21.9 Na Platformie Zakupowej w zakładce Regulacje i procedury procesu zakupowego dostępny jest Regulamin prowadzenia aukcji elektronicznych, Podręcznik dla Wykonawców oraz film instruktażowy ilustrujący proces składania postąpień w trakcie aukcji. Wykonawca zobowiązany jest stosować się do zapisów wskazanych regulacji.

21.10 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.

1) Aukcja odbywać się będzie według reguły zniżkowej dynamicznej, co oznacza, że każda następna oferta Wykonawcy zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie korzystniejsza od ostatniej prawidłowo złożonej oferty tego Wykonawcy.

2) Postąpienia składane w trakcie aukcji podpisywane są każdorazowo, pod rygorem nieważności, kwalifikowanym podpisem elektronicznym za pośrednictwem mechanizmu wbudowanego w Platformę Zakupową.

21.11 Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty w kryterium licytowanym („Całkowita cena brutto:”), z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji w kryteriach niepodlegających licytacji („Jakość sprzętu”) oraz wag poszczególnych kryteriów. Punktacja zostanie zaokrąglona matematycznie do 10 miejsca po przecinku. Punkty przyznane w ramach kryterium „Jakość sprzętu” pozostają niezmiennie w toku trwania całej aukcji elektronicznej.

21.12 W toku aukcji elektronicznej kryterium licytowanym będzie cena. Zamawiający ustala minimalną wysokość postąpienia na: 1 000 000,00 PLN brutto.

21.13 Zamawiający przypomina, że ceny podawane w trakcie aukcji są cenami brutto.

21.14 W trakcie aukcji Wykonawcy na konsoli oferenta wyświetlają się następujące informacje:

- 1) wartość oraz punktacja swojej oferty;
- 2) pozycja Wykonawcy w klasyfikacji ofert (kolumna Ranking);
- 3) punktacja oferty najkorzystniejszej.

21.15 Czas trwania aukcji to 30 minut oraz ewentualne dogrywki. Aukcja zostanie zamknięta po 30 minutach od rozpoczęcia aukcji, o ile nie dojdzie do dogrywki. Dogrywka zostanie automatycznie uruchomiona, jeśli w ciągu ostatnich 5 minut podstawowego czasu trwania aukcji zostanie prawidłowo złożona oferta przez któregokolwiek z Wykonawców. W przypadku uruchomienia dogrywki aukcja zostanie przedłużona od momentu złożenia tej oferty o sekundy brakujące do pełnej minuty, w której złożona została oferta plus dogrywkę o czasie trwania 5 minut, o ile nie padnie kolejna przedłużająca aukcję oferta. Kolejne dogrywki będą uruchamiane jeżeli w ciągu 5 minut od uruchomienia poprzedniej złożone zostanie prawidłowe postąpienie przez któregokolwiek z Wykonawców.

(...)

21.18 Zamawiający informuje, że w odniesieniu do udziału w aukcji elektronicznej zastosowanie mają wymagania techniczne określone w pkt 25 IDW. Dodatkowo w zakresie składania podpisu elektronicznego za pomocą mechanizmu wbudowanego w Platformę Zakupową zastosowanie mają następujące wymagania:

a) W przypadku podpisu elektronicznego na nośniku fizycznym – podłączony lub wbudowany do komputera czytnik karty kryptograficznej wydanej przez wystawcę certyfikatu używanego przez Wykonawcę (karta obecna w czytniku podczas składania podpisu)/ewentualnie urządzenie typu Smart Card Reader np. Omnikey (nośnik wpinany do portu USB);

b) W przypadku podpisu elektronicznego chmurowego – należy upewnić się, że certyfikat jest uwierzytelniony w sesji użytkownika w momencie składania podpisu (np. poprzez uruchomienie aplikacji dostarczonej przez wystawcę certyfikatu i wpisanie klucza prywatnego aktywującego certyfikat);

c) Zainstalowane na stacji roboczej aktualne sterowniki do czytnika kart kryptograficznych (strony producentów, zainstalowane oprogramowanie dedykowane podpisowi) – w przypadku certyfikatu chmurowego, należy zainstalować komponenty zestawu dostarczonego wraz z podpisem np. dedykowaną aplikację Wystawcy;

d) Certyfikat kwalifikowany zainstalowany na komputerze, na którym Wykonawca będzie się logował do konta (certyfikat musi być widoczny w magazynie logicznym certyfikatów systemu Windows o nazwie „Osobisty”);

e) W przypadku korzystania z przeglądarek Google Chrome lub Firefox wymagana jest instalacja dedykowanego rozszerzenia Podpis elektroniczny Szafir SDK oraz dodatkowej aplikacji Szafir Host udostępniającej funkcje podpisu elektronicznego. Szczegółowe wymagania aplikacyjne oraz lokalizacje z których możliwe jest pobranie oprogramowania niezbędnego do prawidłowego działania mechanizmu składania podpisu elektronicznego na Platformie, zawarte są w dokumencie pn. Instrukcja konfiguracji podpisu elektronicznego

dostępnym na Platformie zakupowej w zakładce Regulacje i procedury procesu zakupowego.

f) Pod adresem: <https://oneplace.marketplanet.pl/sprawdz-podpis> Wykonawca ma możliwość samodzielnej weryfikacji poprawności konfiguracji podpisu elektronicznego w odniesieniu do użycia mechanizmu jego złożenia wykorzystywanego przez Platformę Zakupową na etapie postępień w trakcie aukcji elektronicznej.

g) w celu zachowania należytej staranności, zaleca się przed przystąpieniem do złożenia oferty lub przed przystąpieniem do udziału w aukcji elektronicznej przetestowanie poprawności konfiguracji podpisu na urządzeniu na którym Wykonawca będzie składał ofertę lub brał udział w aukcji, w tym w zakresie konieczności stosownej konfiguracji kwalifikowanego podpisu elektronicznego na komputerze na którym składane będą postąpienia w trakcie aukcji elektronicznej.

21.19 Konsola oferenta, za pośrednictwem której Wykonawca bierze udział w aukcji elektronicznej, uruchomiona zostaje z poziomu przeglądarki internetowej. Przed przystąpieniem do aukcji z poziomu wykorzystywanej przez Wykonawcę przeglądarki należy wyłączyć rozszerzenia i dodatki, które mogą mieć wpływ na blokowanie treści wyświetlanych na stronach internetowych oraz na odświeżanie witryn w Platformie Zakupowej ze szczególnym uwzględnieniem rozszerzeń do przeglądarek typu AdBlock. Należy także zwrócić szczególną uwagę na programy skanujące ruch sieciowy oraz antywirusy i ich wpływ na działanie przeglądarki internetowej.

1) Przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej należy upewnić się czy wykorzystywana wersja przeglądarki internetowej jest aktualna i wspierana przez producenta. Przeglądarkami rekomendowanymi do obsługi konsoli aukcyjnej są Mozilla FireFox, Google Chrome oraz Microsoft Internet Explorer.

2) Oferent w trakcie trwania aukcji może otworzyć maksymalnie jedną instancję konsoli aukcyjnej jednocześnie. Próba składania ofert z kilku otwartych konsol aukcyjnych może prowadzić do wystąpienia komplikacji w przebiegu aukcji.

21.20 Zamawiający uruchomi testową aukcję elektroniczną umożliwiającą Wykonawcy sprawdzenie zgodności parametrów technicznych i funkcjonalnych sprzętu z wymogami postawionymi w Specyfikacji, w trakcie której Wykonawcy będą mogli składać próbne postąpienia oraz dokonać weryfikacji poprawności wprowadzonych danych.

1) mając na uwadze zachowanie należytej staranności, każdy z Wykonawców winien wziąć udział w aukcji testowej w celu zapoznania się ze sposobem działania modułu aukcji;

2) termin aukcji testowej wraz z niezbędnymi informacjami zostanie przekazany Wykonawcom w zaproszeniu do aukcji;

3) postąpienia składane w trakcie aukcji testowej nie stanowią wiążącej oferty wykonawcy;

4) w przypadku wystąpienia problemów technicznych związanych z udziałem w aukcji elektronicznej, w szczególności w zakresie składania podpisu elektronicznego poprzez wbudowany w Platformie mechanizm, Wykonawca w trakcie aukcji testowej może skorzystać z pomocy technicznej dostępnej pod: +48 22 576 87 56.

21.21 W celu zapewnienia aktualności informacji na ekranie konsoli aukcyjnej (strona przeglądarki z konsolą aukcyjną) Wykonawca winien odświeżać ekran za pomocą odpowiedniego przycisku przeglądarki lub wciskając łącznie klawisze CTRL+F5 na klawiaturze. W szczególności ekran powinien odświeżać Wykonawca, który aktualnie w rankingu ofert wyświetlanym na konsoli aukcyjnej zajmuje pierwsze miejsce.

21.22 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 wymienione w IDW.

(...)"

W zaproszeniu do aukcji elektronicznej z 7 października 2021 r. znak: IRZR1.292.1.2021.IRE-00937-l.b.27 Zamawiający podał: „PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, przy ul. Targowej 74 jako Zamawiający na podstawie art. 232 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) oraz zgodnie z pkt 21.2 Tom I Specyfikacji Warunków Zamówienia – Instrukcji dla Wykonawców („dalej: „IDW”) zaprasza do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej (dalej: „Aukcja”), która odbędzie się w dniu:

20.10.2021 r. o godz. 10:00

Aukcja testowa nr 1 odbędzie się w dniu 18.10.2021 r. w godz. 9:00-16:00.

Aukcja testowa nr 2 odbędzie się w dniu 19.10.2021 r. w godz. 9:00-16:00.

Aukcja zostanie przeprowadzona na Platformie Zakupowej Zamawiającego dostępnej pod adresem: <https://platformazakupowa.plk-sa.pl>

1. Zgodnie z art. 232 ust. 2 pkt 1 Ustawy Zamawiający informuje o wyniku badania i oceny ofert: (...)

2. Termin otwarcia Aukcji oraz minimalne wartości postępień zawiera poniższa tabela:

20.10.2021 r. godz. 10:00 1 000 000,00 PLN brutto

3. Zamawiający informuje, że Wykonawca niezwłocznie po otrzymaniu zaproszenia zobowiązany jest do zalogowania się na Platformie Zakupowej w celu potwierdzenia poprawności danych wprowadzonych przez Zamawiającego.

4. 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.

5. Aukcja odbywać się będzie według reguły zniżkowej dynamicznej, co oznacza, że każda następna oferta Wykonawcy zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie korzystniejsza od ostatniej prawidłowo złożonej oferty tego Wykonawcy i będzie niższa minimum o wartość ustalonego minimalnego postąpienia.

6. Parametrem licytowanym w aukcji jest Całkowita cena brutto. Zamawiający przypomina, że ceny podawane w trakcie aukcji są cenami brutto. Dodatkowym kryterium niepodlegającym licytacji jest jakość sprzętu.

7. Postąpienia składane w trakcie Aukcji podpisywane są każdorazowo, pod rygorem nieważności, kwalifikowanym podpisem elektronicznym za pośrednictwem mechanizmu wbudowanego w Platformę Zakupową.

8. Czas trwania Aukcji:

1) Czas trwania Aukcji to 30 minut oraz ewentualne dogrywki.

2) Aukcja zostanie zamknięta po 30 minutach od rozpoczęcia aukcji, o ile nie dojdzie do dogrywki.

3) Dogrywka zostanie automatycznie uruchomiona, jeśli w ciągu ostatnich 5 minut podstawowego czasu trwania Aukcji zostanie prawidłowo złożona oferta przez któregokolwiek z Wykonawców.

4) Kolejne dogrywki będą uruchamiane jeżeli w ciągu 5 minut od uruchomienia poprzedniej złożone zostanie prawidłowe postąpienie przez któregokolwiek z Wykonawców.

5) W przypadku uruchomienia dogrywki Aukcja zostanie przedłużona od momentu złożenia tej oferty o sekundy brakujące do pełnej minuty, w której złożona została oferta plus dogrywkę o czasie trwania 5 minut, o ile nie padnie kolejna przedłużająca Aukcję oferta.

6) Aukcja kończy się po upływie:

a) 30-tej minuty – jeżeli między 25 a 30 minutą Aukcji nie zostanie złożona nowa oferta;

b) czasu ostatniej dogrywki (ostatnie 5 minut trwania Aukcji), o ile w trakcie jej trwania nie padnie żadne postąpienie.

(...)

13. *Prawidłowo złożone przez Wykonawcę nowe postąpienie podczas trwania Aukcji traktowane jest jako nowa oferta. W związku z tym poprzednia oferta Wykonawcy przestaje wiązać w takim zakresie, w jakim została złożona nowa, korzystniejsza oferta. Nie skutkuje to przerwaniem terminu związania z ofertą, który biegnie od dnia, w którym upłynął termin składania ofert.*

14. *Aby wyświetlić historię postąpień Wykonawca powinien wybrać odpowiednią pozycję aukcji znajdującą się w zakładce Historia ofert w lewym dolnym rogu konsoli aukcyjnej. Jeżeli w kolumnie Liczba punktów i Ranking wyświetlają się symbole „ – ”, oznacza to, że oferta Wykonawcy nie została przyjęta (np. w przypadku, gdy Wykonawca złoży ofertę, której wartość nie będzie niższa co najmniej o wartość minimalnego postąpienia od poprzedniej, taka oferta nie zostanie przyjęta).*

15. *Na Platformie Zakupowej w zakładce Regulacje i procedury procesu zakupowego dostępny jest:*

- 1) *Regulamin prowadzenia aukcji elektronicznych,*
- 2) *Podręcznik dla Wykonawców,*
- 3) *film instruktażowy ilustrujący proces składania postąpień w trakcie Aukcji.*

*Wykonawca zobowiązany jest stosować się do zapisów regulacji wskazanych powyżej.
Link:[https://platformazakupowaz.plk-](https://platformazakupowaz.plk-sa.pl/servlet/HomeServlet?MP_action=publicFilesList&folder=0002&MP_module=main)*

sa.pl/servlet/HomeServlet?MP_action=publicFilesList&folder=0002&MP_module=main

*Instrukcja konfiguracji podpisu elektronicznego znajduje się pod adresem:
[https://platformazakupowaz.plk-](https://platformazakupowaz.plk-sa.pl/servlet/HomeServlet?MP_action=publicFilesList&folder=0002&MP_module=main)*

sa.pl/servlet/HomeServlet?MP_action=publicFilesList&folder=0002&MP_module=main

16. *W celu zapewnienia aktualności informacji na ekranie konsoli aukcyjnej (strona przeglądarki z konsolą aukcyjną) Wykonawca winien odświeżać ekran za pomocą odpowiedniego przycisku przeglądarki lub wciskając łącznie klawisze CTRL+F5 na klawiaturze.*

W szczególności ekran powinien odświeżać Wykonawca, który aktualnie w rankingu ofert wyświetlanym na konsoli aukcyjnej zajmuje pierwsze miejsce.

17. *Zamawiający uruchomi testową aukcję elektroniczną w trakcie której Wykonawcy będą mogli składać próbne postąpienia oraz dokonać weryfikacji poprawności wprowadzonych danych. Aukcja testowa umożliwi również sprawdzenie przez Wykonawcę zgodności parametrów technicznych i funkcjonalnych sprzętu z wymogami postawionymi w*

dokumentach zamówienia. Postąpienia składane w trakcie aukcji testowej nie stanowią wiążącej oferty Wykonawcy.

18. Aukcja testowa ma na celu zdiagnozowanie ewentualnych problemów technicznych, które mogą uniemożliwić udział w aukcji produkcyjnej; z tego względu Zamawiający zdecydowanie zaleca udział w aukcji testowej, również jeśli Wykonawca z sukcesem składał postąpienia w innej wcześniejszej aukcji produkcyjnej.

19. Wykonawca o występujących problemach technicznych podczas trwającej Aukcji powinien powiadomić Zamawiającego również za pomocą czatu (dostępnego w konsoli oferenta).

20. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za problemy techniczne wynikłe w toku trwania Aukcji, które zaistniały po stronie Wykonawcy, zwłaszcza w sytuacji jeżeli Wykonawca nie wziął udziału w aukcji testowej oraz nie zgłosił Zamawiającemu zaistniałych problemów w toku lub bezpośrednio po zakończeniu aukcji testowej.

21. W przypadku wystąpienia problemów technicznych związanych z udziałem w Aukcji, w szczególności w zakresie składania podpisu elektronicznego poprzez wbudowany w Platformie mechanizm, Wykonawca w trakcie aukcji testowej może skorzystać z pomocy technicznej dostępnej pod numerem telefonu: +48 22 576 87 56.

Załączniki:

1) Szczegółowa punktacja w kryterium „jakość sprzętu” „

W piśmie z 15 listopada 2021 r. Zamawiający podał: „Działając w imieniu Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie („Zamawiający”) w nawiązaniu do pism nr IRZR1.292.1.2021.IRE-00937-I.b.27 oraz nr IRZR1.292.1.2021.IRE-00937-I.b.32 informuję, że aukcja elektroniczna odbędzie się w dniu:

19.11.2021 r. o godz. 10:00

Aukcja testowa nr 1 odbędzie się w dniu 16.11.2021 r. w godz. 9:00-16:00.

Aukcja testowa nr 2 odbędzie się w dniu 17.11.2021 r. w godz. 9:00-16:00.

Aukcja zostanie przeprowadzona na Platformie Zakupowej Zamawiającego dostępnej pod adresem: <https://platformazakupowa.plk-sa.pl>

Jednocześnie, w związku z rozpoznaniem odwołania wniesionego przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. oraz uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutu nr 3 tego odwołania dot. zaniżenia punktów przyznanych wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. w ramach kryterium „Jakość sprzętu” w zakresie parametru skrajni taboru podbijarki wielozadaniowej,

informuję, że Zamawiający dokonał odpowiedniego przeliczenia punktów dodając 5 punktów w załączniku nr 12 C pozycja 4.1/4.2 w zakresie powyższego parametru.

W konsekwencji powyższego, zgodnie z art. 232 ust. 2 pkt 1 Ustawy, wynik badania i oceny ofert przedstawia się następująco: (...)

Pozostałe postanowienia zawarte w punktach 3÷21 pisma nr IRZR1.292.1.2021.IRE-009371.b.27 pozostają obowiązujące.

Załączniki:

1. Szczegółowa punktacja w kryterium „jakość sprzętu” po uwzględnieniu przez Zamawiającego zarzutu nr 3 odwołania STRABAG Sp. z o.o.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Stosownie do art. 235 ust. 1 Pzp: *Oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej.*

Zgodnie z art. 234 ust. 1 i ust. 2 Pzp: *1. 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. 2. Postąpienia, pod rygorem nieważności, składane są w formie elektronicznej.*

W myśl art. 233 ust. 1 Pzp *W toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informacje umożliwiające mu ustalenie pozycji jego oferty w klasyfikacji ofert, w szczególności informacje o uzyskanej punktacji oraz o punktacji oferty, która uzyskała najwyższą liczbę punktów.*

Stosownie do art. 236 Pzp: *W przypadku gdy awaria systemu teleinformatycznego spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, zamawiający wyznacza termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następny dzień roboczy przypadający po usunięciu awarii, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu.*

W ocenie Izby nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby Zamawiający naruszył ww. przepisy w sposób wskazany w odwołaniu. Nie zostało wykazane, aby Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że Odwołujący nie złożył skutecznie oferty (postąpienia) w dogrywce nr 141 w toku aukcji, która odbyła się 19.11.2021 r.

W konsekwencji, wobec braku takiego postąpienia, nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający powinien uznać, że:

- jest ono najkorzystniejsze w toku dogrywki nr 141,
- wiążącą ofertą (postąpieniem) Odwołującego nie była jego oferta złożona w postąpieniu złożonym w poprzedniej dogrywce,
- w automatycznej ocenie i klasyfikacji ofert złożonych w toku akcji w dniu 19.11.2021 r. powinna być uwzględniona oferta Odwołującego,
- nastąpiło błędne wygenerowanie komunikatu z systemu elektronicznego aukcji, że: „Złożenie oferty nie było możliwe ze względu na ramy czasowe aukcji”, a tym samym uniemożliwienie wykonawcom biorącym udział w aukcji elektronicznej składanie kolejnych konkurencyjnych ofert (postąpień),
- miałby formalnie przerwać aukcję elektroniczną na skutek wadliwie działającego systemu teleinformatycznego Zamawiającego (Platformy Zakupowej) i wyznaczyć termin kontynuowania aukcji elektronicznej.

Na wstępie zauważenia wymaga, że myśl przywoływanego przez Odwołującego art. 78¹ Kodeksu cywilnego § 1. *Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.* § 2. *Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.*

Przepis ten należy czytać wraz Art. 61 § 2. k.c., który określa chwilę złożenia oświadczenia stanowiąc: *Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.*

Oznacza to, że dla skuteczności postąpienia w aukcji elektronicznej nie może być uznane samo prawidłowe złożenie kwalifikowanego podpisu elektronicznego, ale też – jak każdego innego oświadczenia woli - przekazanie takiego postąpienia przez nadawcę w taki sposób aby odbiorca mógł się zapoznać z jego treścią.

Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, w którym uznaje on, że skoro jego oferta w dogrywce 141 została złożona z chwilą opatrzenia jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym (który został przez niego złożony na 4 sekundy przed zakończeniem aukcji), a na 1 sekundę przed zakończeniem aukcji nacisnął przycisk „zakończ”, to złożył postąpienie w terminie aukcji. Samo sporządzenie i podpisanie oferty, to bowiem za mało, aby w świetle ww. przepisów oraz dokumentów postępowania uznać, że nastąpiło złożenie postąpienia. Konieczne jest bowiem przekazanie postąpienia do Zamawiającego, a to nastąpiło dopiero o godz. 15:30, a więc po zakończeniu aukcji, kiedy to

zaczęła się już 6 minuta dogrywki, podczas gdy czas przewidziany dla dokonania dogrywki został określony na 5 minut.

Nie można także podzielić stanowiska Odwołującego, że komunikat „Złożenie oferty nie było możliwe ze względu na ramy czasowe aukcji” pozostaje bez wpływu na ważność jego oferty i może być traktowany, co najwyżej jako błąd systemu teleinformatycznego Zamawiającego, bowiem zamknięcie okna „Podsumowanie zadań” zgodnie z instrukcją Zamawiającego nie ma na celu ani złożenia oferty, ani potwierdzenia jej złożenia, ani podpisania oferty. Powyższe czynności zostały bowiem już dokonane. Odwołujący pomija bowiem w tej argumentacji obowiązek wykonania ostatniego z zadań przewidzianych do wykonania aukcji, o czym informował komunikat w ww. oknie.

Jak słusznie zauważył Zamawiający z materiałów udostępnionych wykonawcom w postępowaniu, w szczególności z filmu instruktażowego pt.: „PZ2_PKP_PLK_Aukcja zakupowa i sprzedażowa”, przedstawiającego aukcję zakupową i sprzedażową, jednoznacznie wynika, że etap Podsumowania zadań i kliknięcie przycisku: „OK”, w celu zakończenia tego etapu, są integralną częścią składania postąpienia. Jak wskazał Zamawiający działanie „OK” przesyła wygenerowane postąpienie.

Odwołujący natomiast pomija dokumentację postępowania, w tym ww. film instruktażowy, a opracowanej przez Zamawiającego Instrukcji dotyczącej składania podpisu elektronicznego, nadaje znaczenie wykraczające poza zakres tej instrukcji. W szczególności Odwołujący w sposób nieuprawniony marginalizuje ostatni z etapów aukcji, przewidziany w filmie instruktażowym, określającym sposób dokonywania postąpień w toku aukcji, tj. Podsumowanie zadań i konieczność naciśnięcia przycisku OK, określając go mianem informacyjnego podczas, gdy wyraźnie okno to wskazuje na pozostałe do wykonania 1 zadanie i konieczność naciśnięcia przycisku OK, który, jak sam przyznaje, w każdej z dogrywek naciskał, z tym, że - jak wynika ze stanowiska zaprezentowanego na rozprawie - we wcześniejszych dogrywkach miał na to więcej czasu.

W związku z tym Izba uznała, iż wnioski opinii przedłożonej przez Odwołującego sporządzonej przez prof. UEW dr hab. I. C.-O. wywodzone z treści tej Instrukcji dotyczącej składania podpisu, a pomijające wynikający z przepisów prawa oraz pozostałych dokumentów postępowania obowiązek przekazania do Zamawiającego podpisanej oferty (postąpienia), a także wnioski wskazujące na istnienie zdaniem autora niedoskonałości systemu (jako spóźnione), nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, w tym film instruktażowy, jak też zapewnienie przez Zamawiającego możliwości przeprowadzenia próbnej aukcji, oraz skuteczny udział Odwołującego w szeregu postąpieniach poprzedzających sporne

postąpienie w dogrywce 141, wskazują, że Odwołujący miał wiedzę, jak działa Platforma Zakupowa, potrafi z niej korzystać, w tym wie, że należy także nacisnąć przycisk OK pod okienkiem Podsumowanie wykonanych zadań. Nie jest bowiem sporne, że w szeregu postąpieniach, w których wykonawca ten brał udział, a także w postąpieniu w dogrywce 141, Odwołujący nacisnął ten przycisk, a więc dokonał ostatniej czynności przewidzianej do wykonania postąpienia wyraźnie przedstawionej w filmie instruktażowym, określającym kolejne czynności do wykonania w toku aukcji, przekazanym przez Zamawiającego wykonawcom, jednak, jak wskazuje m.in. złożony przez Odwołującego film z ostatnich sekund aukcji, nastąpiło to zbyt późno i skutkowało zakończeniem aukcji.

Ze zgromadzonego materiału dowodowego, w tym przekazanego przez Odwołującego filmu, wynika, że na 1 sekundę przed zakończeniem aukcji w okienku podsumowania zadań widniała informacja o pozostałym do wykonania 1 zadaniu i była jasna informacja, że należy nacisnąć OK. Oznacza to, że wykonawca miał świadomość, że dla wykonania ostatniego z zadań przewidzianych do wykonania przez niego w toku aukcji, tj. poza wpisaniem kwoty i złożeniem podpisu, konieczne jest także naciśnięcie przycisku OK pod tym okienkiem, co powinno nastąpić z odpowiednim wyprzedzeniem w stosunku do czasu zamknięcia aukcji zgodnie z ustalonymi w postępowaniu regułami, znanymi wykonawcom. Jak natomiast wynika ze złożonych przez Odwołującego filmu i zdjęć z ostatnich sekund trwania aukcji, w chwili gdy kursor został naprowadzony na przycisk „OK” pod Podsumowaniem zadań, na konsoli oferenta wyświetlony był czas serwera: „2021-11-19 15:30:00”, czyli czas wskazujący na to, że przy braku postąpień również innych wykonawców w ciągu poprzedzających 5 minut (co nie jest sporne), nie została dokonana kolejna dogrywka, i w konsekwencji aukcja została już zakończona.

Z zaproszenia do wzięcia udziału w aukcji, składania próbných postąpień oraz dokonania weryfikacji poprawności wprowadzonych danych, przy braku zastrzeżeń ze strony Odwołującego, co do działania Platformy Zakupowej Zamawiającego w toku aukcji i braku właściwej korelacji pomiędzy działaniem tej platformy a dokumentami przekazanymi przez Zamawiającego, która to aukcja testowa umożliwiała nie tylko dokonywanie postąpień, ale również sprawdzenie przez Wykonawcę zgodności parametrów technicznych i funkcjonalnych sprzętu z wymogami postawionymi w dokumentach zamówienia, wynika, że Odwołujący miał możliwość ustalenia, jaki potrzebny minimalny czas na dokonanie postąpienia. Poczynienie ustaleń w tym zakresie, zważywszy na specyfikę działania aukcji, w tym podejmowanie decyzji przez wykonawców o dokonywaniu dalszych postąpień i ich wielkości, oraz to, iż kwalifikowany podpis elektroniczny składany był przy wykorzystaniu sprzętu wykonawcy oraz aplikacji, z jakiej korzysta, należy uznać, za jak najbardziej uzasadnione dla profesjonalisty.

Nie jest sporne, że postąpienia dokonywane są na komputerze wykonawcy i przy wykorzystaniu łącz, z jakich korzysta. W każdym z wcześniejszych postąpień, co wynika z zestawienia przedstawiającego historię ofert, złożonego na rozprawie przez Zamawiającego, czas składania postąpienia był bowiem zdecydowanie dłuższy, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Odwołujący miał zatem świadomość ile czasu wymaga wykonanie wszystkich czynności w ramach postąpienia. Obowiązkiem Odwołującego było zatem rozpoczęcie wykonywania postąpienia z odpowiednim wyprzedzeniem, tak, aby mógł nie tylko sporządzić, ale też przesłać, ofertę do Zamawiającego.

W ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz analiza stanowisk zaprezentowanych w toku rozprawy, wskazują, że Odwołujący nie dochował należytej staranności przy składaniu postąpienia, zabezpieczając sobie na jego dokonanie zbyt krótki czas. Podkreślenia przy tym wymaga, że udział w aukcji próbnej umożliwił określenie, jaki jest potrzebny minimalny czas na skuteczne dokonanie postąpienia. Okoliczność, iż jak stwierdził na rozprawie, Odwołujący wykorzystał aukcję próbną w ograniczonym, wybranym przez siebie zakresie, tj. wykonał tylko 1 postąpienie i złożył tylko 1 podpis uznając, za wystarczające wykorzystanie aukcji do aktualizacji komponentów Szafir, co pozwało na skrócenie czasu potrzebnego na wykonanie postąpienia w toku prawdziwej właściwej aukcji, bowiem kolejnego dnia komponent się nie aktualizował, wskazuje, że Odwołujący nie wykorzystał tego narzędzia w pełnym zakresie przewidzianym przez Zamawiającego. Nie może zatem oczekiwać, że nie będą go obciążały skutki jego braku staranności w tym zakresie. Wbrew stanowisku Odwołującego, to, że aukcja próbna trwała od 9:00 do 16:00, nie oznacza, że nie było potrzeby, aby wyczekał do godz. 16:00, aby przeprowadzić test na ostatni moment, w jakim może być złożona oferta. Przeciwnie, mając świadomość, iż – jak podnosił na rozprawie – decyzja co do kolejnych postąpień wymagała konsultacji z zarządem, mając na uwadze znany mu czas przewidziany na dogrywkę, powinien zadbać o to, aby w pełni poznać możliwości sprzętu, który zamierza wykorzystać do składania postąpień, oraz czas potrzebny na złożenie podpisu elektronicznego oraz na przesłanie postąpienia.

W sytuacji, gdy, jak wyżej wskazano, nie jest wystarczające samo sporządzenie oferty (postąpienia), ale też konieczne jest jej przesłanie do Zamawiającego w taki sposób, aby mógł się zapoznać z jej treścią w czasie trwania aukcji, to wykonanie ostatniej czynności przewidzianej w aukcji, tj. naciśnięcie OK po oknem Podsumowanie zadań oznaczające przesłanie na serwer po to, aby mogła być dokonana automatyczna ocena i klasyfikacja, powinno nastąpić w czasie trwania aukcji. Skoro, jak wyżej stwierdzono, wysłanie oferty nastąpiło o godz. 15:30, to oznacza, że nastąpiło to już po zakończeniu aukcji, a zatem system nie mógł jej przyjąć. Nie można więc zgodzić się z Odwołującym, że komunikat:

„Złożenie oferty nie było możliwe ze względu na ramy czasowe aukcji” był wynikiem nieprawidłowości w działaniu Platformy Zakupowej Zamawiającego. Komunikat ten był bowiem wynikiem zbyt późnego wykonania ostatniej z czynności przewidzianych do wykonania przez wykonawcę w toku aukcji.

Nie można również uznać za zasadną argumentacji Odwołującego, że dopiero z pisma Zamawiającego stanowiącego odpowiedź na odwołanie mógł pozyskać wiedzę o znaczeniu okna Podsumowanie zadań i przycisku OK. Jak bowiem wskazano powyżej obowiązek wykonania także tej czynności wynika z materiałów udostępnionych przez Zamawiającego. Nadto, jak zauważył Zamawiający, w toku aukcji testowej, dochowując należytej staranności, Odwołujący powinien był zauważyć, że jego pozycja w rankingu ofert zmienia się dopiero w momencie kliknięcia przycisku: „OK”, w polu: „Podsumowanie zadań”, a nie na innych etapach wykonywania postąpienia. W ocenie Izby takie wnioski mógł także wyprowadzić z wcześniej poczynionych postąpień w toku aukcji.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego podniesionej na rozprawie, tj. że na przedostatnim print screenie z ostatnich sekund aukcji, w pozycji status aukcji widnieje zapis: „otwarta”, co miałyby wskazywać na błąd systemu, należy wskazać, że już na kolejnym print screenie widnieje już status „zamknięta”. Pozwala to za wiarygodne uznać twierdzenia Zamawiającego, że wynika to z tego, że informacja „otwarta” pozostała jeszcze z momentu, kiedy aukcja była jeszcze otwarta. Od momentu składania postąpienia jest bowiem „zamrożony” status na konsoli.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający zasadnie uznał, że obowiązuje cena oferty Odwołującego określona we wcześniejszym postąpieniu, tj. tym, które jako ostatnie zostało skutecznie złożone. Zamawiający, działając z naruszeniem określonych przez siebie reguł aukcji oraz m.in. zasady równego traktowania wykonawców, gdyby przystał na żądania Odwołującego dotyczące postąpienia, które w rzeczywistości, wobec bezskutecznego upływu czasu ostatniej dogrywki, nie nastąpiło.

Nie potwierdziły się także zarzuty ewentualne odwołania.

Stosownie do art. 237 pkt 2 Pzp: Zamawiający zamyka aukcję elektroniczną, jeżeli w ustalonym terminie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia.

Skoro, jak wyżej stwierdzono wbrew stanowisku Odwołującego w dniu 19.11.2021 r. Odwołujący w dogrywce 141 nie złożył kolejnej wiążącej oferty (postąpienia), jak też takiego postąpienia w tej dogrywce nie złożył żaden inny wykonawca uprawniony do udziału w aukcji, to stosownie do postanowień SWZ, aukcja została automatycznie zamknięta o godz. 15:30. Nie dawało to zatem wykonawcom możliwości składania dalszych ofert (postąpień).

Zgodnie z art. 232 ust. 1 i 2 Pzp: 1. *Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu.* 2. *W zaproszeniu zamawiający informuje wykonawcę o: 1) wyniku badania i oceny oferty tego wykonawcy; 2) minimalnych wartościach postępień składanych w toku aukcji elektronicznej; 3) terminie otwarcia aukcji elektronicznej; 4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej; 5) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej; 6) formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości; 7) harmonogramie dla każdego etapu aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający zamierza zamknąć aukcję elektroniczną na podstawie art. 237 pkt 3.*

Jak wyżej wskazano, zaproszenie do udziału w aukcji zostało przekazane Odwołującemu w dniu 15 listopada 2021 r., z przywołaniem treści zaproszenia z dnia 7 października 2021 r.

Odwołujący w terminie ustawowym nie zakwestionował zaproszenia do udziału w aukcji, co wskazuje, że zarzuty dotyczące zaproszenia do udziału w aukcji należy uznać za spóźnione.

Niezależnie od powyższego, jak wynika z powyżej przedstawionego stanowiska, Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający prowadził aukcję elektroniczną w dniu 19.11.2021 r. w sposób niezgodny z udzielonymi przez niego wiążącymi wykonawców instrukcjami. Przeciwnie, zostało wykazane, wskazuje na to także materiał dowodowy przedstawiony przez Odwołującego, że aukcja elektroniczna została przeprowadzona zgodnie udostępnionymi wykonawcom materiałami, które powinny być oceniane w całości, a nie wybiórczo, jak to czyni Odwołujący.

Jak wyżej wskazano, z treści Instrukcji regulującej etap aukcji w postaci składania kwalifikowanego podpisu elektronicznego, wbrew przepisom Kodeksu cywilnego, który stosownie do art. 8 ust. 1 Pzp ma zastosowanie w analizowanej spornej kwestii, oraz wbrew pozostałym dokumentom, nie można wywodzić, że samo złożenie podpisu pod postąpieniem, wystarczy do jego skutecznego złożenia. Nie można skutecznie wywodzić, że Odwołujący akurat w 141 dogrywce nie miał obowiązku w czasie jej trwania wykonać wszystkich zadań przewidzianych dla złożenia postąpienia. Nie można przyjąć za zasadne twierdzeń Odwołującego, z których wynika, że pomimo, iż na 1 sekundę przed zakończeniem czasu 141 dogrywki, widoczne było jeszcze jedno zadanie do wykonania w toku akcji, informacja ta pozostawała bez znaczenia dla przebiegu aukcji, że miała jedynie charakter informacyjny.

Stosownie do art. art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

Nie zostało wykazane, aby nastąpiło naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, a tym samym zaniechanie prowadzenia postępowania z należytą starannością w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący powyższy zarzut wiąże z zarzutem zaniechania kontynuowania aukcji elektronicznej w dniu 19.11.2021 r. po złożeniu przez niego – jak twierdzi w zarzutach - o godz. 15:29:59 najkorzystniejszej oferty, wadliwie wygenerowanym komunikatem o nieskutecznym złożeniu oferty z uwagi na ramy czasowe aukcji, pomimo że Odwołujący złożył swoją ofertę w czasie określonym w regulaminie i zgodnie z wytycznymi z instrukcjami Zamawiającego, co spowodowało uniemożliwienie wykonawcom składania kolejnych konkurencyjnych ofert (postąpień) z zachowaniem równego traktowania wykonawców, z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Jak wyżej stwierdzono Odwołujący, ani żaden inny wykonawca, nie złożyli skutecznie postąpienia w ostatnich 5 minutach trwania aukcji elektronicznej w dniu 19 listopada 2021 r., co zgodnie z dokumentami postępowania, oznaczało automatyczne zamknięcie aukcji o godz. 15:30, a w konsekwencji brak możliwości składania dalszych postąpień. Skoro do tego czasu nie wpłynęło postąpienie Odwołującego, to został prawidłowo wygenerowany przez system komunikat informujący, że złożenie oferty nie było możliwe ze względu na ramy czasowe aukcji, a o nieskutecznym złożeniu oferty z uwagi na ramy czasowe aukcji należy uznać za prawidłowy. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że komunikat: „Na koniec na ekranie pojawi się podsumowanie wykonanych czynności”, skoro przewidywało 1 zadanie do wykonania w toku aukcji, to pozostawało bez znaczenia dla ważnego i skutecznego złożenia ofert, a pojawienie się komunikatu o niemożności złożenia oferty z uwagi na ramy czasowe aukcji po jego kliknięciu, nie może oznaczać owi błąd systemu Zamawiającego. Tym bardziej, że na rozprawie Odwołujący stwierdził, że nie tyle chodzi o błąd systemu, co o to, że dokumenty postępowania są niejasne i pozwalają na rozbieżną interpretację w tym zakresie, co nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy. Jak natomiast wyżej przedstawiono dokumenty postępowania są jasne, nie powinno budzić wątpliwości, że w toku aukcji, wykonawca powinien dokonać wszystkich czynności, które zostały dla niej przewidziane w dokumentach postępowania, co miało miejsce, tyle, że ostatnia z czynności została dokonana już po zakończeniu aukcji.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie nie zostało stwierdzone zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów Pzp, które miało lub mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezes 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: