

**WYROK**  
**z dnia 28 listopada 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Joanna Wielgucka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2018 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Monitoring sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, ITM Poland S.A. z siedzibą w Zielonej Górze, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miejskie Zakłady Autobusowe sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Art-Security sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie, Agencja Ochrony Osób i Mienia MATPOL sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MATPOL Grupa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MJK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
2. wykonawcy CIVIS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez

Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Miejskie Zakłady Autobusowe sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzą, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Całodobowa ochrona osób i mienia w Oddziałach Spółki Miejskich Zakładów Autobusowych sp. z o.o.*, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 lipca 2018 r., pod nr 2018/S 145-333027.

10 października 2018 r. Zamawiający, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadził aukcję elektroniczną. 31 października 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę CIVIS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Wykonawca C”). W tym samym dniu Odwołujący otrzymał również pismo Zamawiającego zawierające oświadczenie, że nie zamierza powtórzyć aukcji elektronicznej.

13 listopada br. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Monitoring sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, ITM Poland S.A. z siedzibą w Zielonej Górze, w którym zaskarżono przebieg aukcji elektronicznej oraz wybór oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. art. 91a ust. 2a pkt 1, 3, 4, 5, art. 91a ust. 3, art. 91b ust. 2 pkt 2, art. 91c ust. 1 oraz art. 91d ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie przez Zamawiającego aukcji elektronicznej niezgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), postanowieniami regulaminu aukcji oraz zaproszeniem do udziału w aukcji, w szczególności przez wprowadzenie przez Zamawiającego w

formularzach aukcji błędnych stawek za roboczogodzinę, co uniemożliwiło Odwołującemu dokonywanie właściwych postępień i udziału w aukcji;

3. art. 91 ust 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia aukcji elektronicznej z dnia 10 października 2018 r.;
3. powtórzenia aukcji elektronicznej na zasadach określonych w SIWZ i regulaminie aukcji;
4. dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Odwołujący oświadczył, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w razie jego uwzględnienia oferta Odwołującego może stanowić ofertę najkorzystniejszą w Postępowaniu. Skoro Zamawiający przewidział prowadzenie aukcji elektronicznej i gdyby aukcja została przeprowadzona zgodnie z obowiązującymi zasadami, to Odwołujący mógłby w niej uczestniczyć w taki sposób, że złożyłby ofertę z najniższą ceną.

Odwołujący wskazał, że podstawę prawną do przeprowadzenia aukcji elektronicznej stanowi Regulamin Aukcji na całodobową ochronę osób i mienia w Oddziałach Spółki Miejskich Zakładów Autobusowych sp. z o.o., zwany dalej „Regulaminem”.

Zgodnie z § 6 ust. 1 Regulaminu „wartością licytowaną na Aukcji będzie wartość brutto w zł”. Zauważyć należy, że w treści Regulaminu Zamawiający nawet pogrubiał zwrot „wartość brutto w zł”, zapewne w celu formalnego podkreślenia kluczowych zasad prowadzenia aukcji, jak również w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych wykonawców, co do charakteru stawek za roboczogodzinę ujętych w formularzu aukcji.

W § 6 ust. 6 Regulaminu Zamawiający postanowił, że „aukcja elektroniczna odbywać się będzie według reguły zniżkowej aukcji angielskiej, co oznacza, że każda następna oferta zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie ona niższa od obecnie prowadzącej oferty. Aukcja rozpoczyna się od wartości oferty cenowej złożonej przez Wykonawców do postępowania przetargowego. Wykonawca nie będzie miał możliwości podwyższenia uprzednio zaproponowanej przez siebie oferty cenowej”.

W SIWZ, w Rozdziale 14 „Aukcja elektroniczna”, w pkt 10 Zamawiający postanowił, że „Wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę do momentu zamknięcia aukcji zobowiązany jest w ciągu 3 dni po zakończeniu aukcji przesłać na adres Zamawiającego podpisany przez osoby upoważnione aktualny formularz ofertowy, który stanowi załącznik nr 8 do SIWZ. Wartość brutto oferty na przesłanym formularzu ofertowym musi być równa,

lub w przypadku gdy nie ma takiej możliwości, ze względu na obliczenia matematyczne – niższa niż ostatnia złożona przez Wykonawcę w toku aukcji”.

Mimo jednoznacznego brzmienia § 6 ust. 1 Regulaminu w trakcie postępowania aukcyjnego w formularzu aukcji Zamawiający wprowadził w formularzu aukcji nieprawidłową wartość stawki za roboczogodzinę, tj. wartość netto 22,90 zł, przeniesioną z formularza oferty wykonawcy CIVIS Polska sp. z o.o., zamiast wartości brutto 28,16 zł.

W celu wyjaśnienia okoliczności sprawy Odwołujący w trakcie aukcji, w dniu 10 października 2018 r., niezwłocznie skontaktował się zarówno z Zamawiającym (3-krotnie, telefonicznie), jak również z przedstawicielami platformy zakupowej. Odwołujący poinformował o błędzie i prosił o formalne potwierdzenie jak ma traktować stawki z formularza aukcyjnego. Odwołujący nie uzyskał żadnej wiążącej wykładni ze strony Zamawiającego, gdyż zarówno przedstawiciel Zamawiającego, jak również osoby z platformy zakupowej nie wiedziały, co zrobić w takiej sytuacji. Informacje od Zamawiającego były ponadto sprzeczne, gdyż m.in. Zamawiający raz zapewniał Odwołującego o unieważnieniu aukcji, a następnie oświadczył, że nie widzi konieczności powtórzeniu aukcji. W tym czasie aukcja zakończyła się bez postępień. Odwołujący zarzuca w tym zakresie Zamawiającemu brak jakiegokolwiek inicjatywy proceduralnej w celu usunięcia błędu w formularzu aukcji.

W dniu 11 października 2018 r. Odwołujący wystąpił z formalnym wnioskiem do Zamawiającego o powtórzenie aukcji elektronicznej. W odpowiedzi z dnia 31 października 2018 r. Zamawiający stwierdził, że w trakcie aukcji nie wystąpiła żadna awaria systemu platformy. Zamawiający potwierdził, że w formularzach aukcyjnych pojawiły się stawki netto, jednakże Zamawiający nie wyjaśnił w żaden sposób, dlaczego to nastąpiło.

Odwołujący wskazał, że występując do Zamawiającego z pismem z dnia 11 października 2018 r., nie znał powodów, dla których w formularzach nie pojawiły się wartości brutto. Zakładając, że system informatyczny działa bezawaryjnie, w tych formularzach winny pojawić się wartości brutto, zgodnie z postanowieniem § 6 ust. 1 Regulaminu. Skoro pojawiły się w formularzach inne wartości, należało uznać, że albo doszło do błędu informatycznego w rozumieniu art. 91d ust. 1 Pzp (awarii systemu), albo do błędu ludzkiego. Zamawiający w swojej odpowiedzi zaniechał jakiegokolwiek odniesienia się do tej kwestii i nie wyjaśnił z jakich powodów w formularzu pojawiły się stawki netto. Z nieznanym Odwołującemu powodów Zamawiający najwyraźniej uznał, że najważniejszy aspekt prowadzonej aukcji elektronicznej tj. prawidłowość stawek wyjściowych do kolejnych postępień, oraz okoliczność wprowadzenia błędnych stawek nie wymagają szerszego komentarza. Z tych względów Odwołujący nie ma wiedzy, co było w istocie przyczyną błędu. Z perspektywy Odwołującego nie można zatem wykluczyć okoliczności wynikających z przepisu art. 91d ust. 1 Pzp. Z całą pewnością podkreślić należy, że były to okoliczności leżące po stronie Zamawiającego, nie zaś

po stronie któregośkolwiek z wykonawców. Mimo to Zamawiający zasugerował w piśmie z dnia 31 października 2018 r., że odpowiedzialność za taki stan jest związana z brakiem udziału wykonawcy w testowej wersji aukcji elektronicznej i zaniechaniem przez wykonawcę w stosownym czasie wnoszenia uwag i zastrzeżeń do formularzy aukcji.

Odnosząc się do tej kwestii, Odwołujący podkreślił, że udział w testowej aukcji nie był obowiązkowy. Tym samym nieobecność konkretnego wykonawcy na testowej aukcji nie sanuje żadnych błędów wynikłych z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Innymi słowy, brak udziału wykonawcy w aukcji nie powoduje zmiany kwalifikacji czynności Zamawiającego i nie powoduje, że błędy Zamawiającego przestają być błędami, a procedura wadliwa staje się procedurą prawidłową. Wyciąganie na obecnym etapie przez Zamawiającego negatywnych skutków dla Odwołującego z uwagi na brak udziału w testowej aukcji jest zupełnie bezzasadne, a argumentacja Zamawiającego całkowicie chybiona.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w odpowiedzi z dnia 31 października 2018 r. stwierdził, że podanie stawek netto zamiast brutto nie wpływa na przebieg aukcji i nie spowodowało braku możliwości wzięcia udziału w aukcji.

Odwołujący nie może zgodzić się z takim stanowiskiem Zamawiającego. Na gruncie formalnym wskazać należy, że Zamawiający, decydując się na publikację postanowień SIWZ oraz Regulaminu i zaproszenia do udziału w aukcji, składa konkretne zobowiązania co do zasad procedowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. To oznacza, że Zamawiający jest bezwzględnie związany treścią tych dokumentów na gruncie art. 91a ust. 2a pkt 1, 3, 4, 5, art. 91b ust. 2 pkt 2 oraz art. 91c ust. 1 Pzp.

Po złożeniu ofert Zamawiający nie może modyfikować raz ustalonych zasad procedury. Zamawiający nie może również oświadczać, że nie zamierza respektować tych postanowień, gdyż takie deklaracje rażąco naruszają zasadę zachowania uczciwej konkurencji w Postępowaniu, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. Trudno jednak uznać, że brak przestrzegania przez Zamawiającego własnych reguł postępowania, które Zamawiający sam przecież sobie narzucił, nie miało wpływu na przebieg i wynik aukcji, a tym samym konsekwentnie, że nie ma wpływu na wynik postępowania przetargowego.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie może twierdzić, że podanie stawek netto zamiast brutto nie wpływa na przebieg aukcji i nie spowodowało braku możliwości wzięcia udziału w aukcji.

Podkreślić należy, że brak pewności po stronie wykonawcy, czy kwota 22,90 zł z formularza aukcji jest według Zamawiającego stawką netto czy brutto, ma istotne znaczenie dla całego procedowania aukcji elektronicznej. Każdy wykonawca musi mieć pełną wiedzę o zasadach prowadzenia aukcji bez żadnych niejasności i niedomówień, w jakim zakresie

będzie dokonywać kolejnych postąpień. To kluczowy i zdaje się oczywisty aspekt strategii aukcyjnej w procesie decyzyjnym po stronie wykonawcy, który w sposób racjonalny musi reagować na kolejne postąpienia, jeżeli zamierza złożyć rzetelną ofertę i uzyskać zamówienie publiczne. Racjonalność decyzyjna wykonawcy musi opierać się nie na przypuszczeniach wykonawcy co do hipotetycznej oceny sytuacji i zachowania Zamawiającego, tylko na twardych konkretach, potwierdzonych autorytatywnie przez Zamawiającego, który jest gospodarzem i organizatorem postępowania przetargowego.

Podkreślić należy, że z oczywistych względów inaczej wygląda proces decyzyjny dotyczący kolejnych postąpień przy stawce 22,90 zł netto, a inaczej przy stawce 22,90 zł brutto.

Należy również zauważyć, że w postępowaniu aukcyjnym postąpienia dokonują wykonawcy w trybie art. 91c ust. 1 Pzp, a nie Zamawiający, który inicjując aukcję elektroniczną wprowadził jednostronnie stawkę 22,90 zł, przez co dokonał niedopuszczalnej ingerencji w ocenę ofert na gruncie przepisu art. 91a ust. 3 Pzp, gdyż Zamawiający dokonał *de facto* pierwszego postąpienia w aukcji. W konsekwencji kluczowym argumentem zarzutu Odwołującego wobec Zamawiającego na gruncie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp jest kwestia ograniczenia przez Zamawiającego uprawnienia wykonawcy do dokonywania postąpień. Zamawiający wprowadzając „z urzędu” stawkę 22,90 zł, zamiast prawidłowej 28,16 zł, wyłączył w sposób jednoznaczny możliwość złożenia postąpienia w przedziale między kwotą 22,90 zł a kwotą 28,16 zł. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca mógł zgodnie z regulaminem aukcji (por. 6 ust. 4 Regulaminu – postąpienie wynosi 0,10 zł) zaproponować stawkę brutto np. m.in. 27,00 zł, 26,00 zł, 25,00 zł, 24,00 zł, 23,00 zł, jednakże wskutek błędu Zamawiającego Odwołujący z niewiadomych powodów został pozbawiony tego uprawnienia.

Zgodnie z pkt 14 zaproszenia do aukcji elektronicznej – aukcja elektroniczna zostanie powtórzona jedynie w wypadku niemożliwości jej przeprowadzenia z winy Operatora lub Zamawiającego, co w niniejszym przypadku - jak Odwołujący wykazał w odwołaniu – oznacza, że obowiązek Zamawiającego powtórzenia aukcji w Postępowaniu w pełni zaktualizował się.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie z następującym uzasadnieniem.

Na wstępie Zamawiający oświadczył, że podczas przeprowadzonej w dniu 10 października 2018 r. aukcji elektronicznej, nie wystąpiła żadna awaria systemu platformy, na której aukcja miała miejsce.

Zamawiający podał, że w dniu 4 października 2018 r. przesłał wszystkim wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu zaproszenie do aukcji elektronicznej. Platforma zakupowa eB2B, która została poproszona o przeprowadzenie aukcji, w tym samym dniu o godz. 14:01,

przesłała do wszystkich zainteresowanych stron wiadomość o testowej aukcji elektronicznej, która odbyła się w dniu 5 października 2018 r. Aukcja testowa miała na celu zapoznanie się z mechanizmami działania platformy, w tym ze składaniem postępowań w trakcie jej trwania. Od 5 do 10 października br. każdy z wykonawców miał możliwość zgłoszenia uwag do przebiegu aukcji testowej, zapytań w jaki sposób składać kolejne postąpienia, co nie miało miejsca (część wykonawców nawet nie przeprowadziła aukcji testowej). Zamawiający dla potrzeb prawidłowo przeprowadzonego Postępowania specjalnie przygotował aukcję testową, żeby nie było problemów podczas aukcji elektronicznej.

Każdy z wykonawców miał możliwość zapoznania się ze sposobem prowadzenia aukcji zawartym w treści zaproszenia przekazanego wszystkim wykonawcom, a w szczególności w treści Regulaminu będącego załącznikiem do zaproszenia. Czas jaki Zamawiający dał wykonawcom na zapoznanie się z zasadami przeprowadzonego postępowania dawał możliwość złożenia jakichkolwiek uwag, wątpliwości, zastrzeżeń. Odwołujący nie skorzystał z tej drogi. Również aukcja testowa nie wzbudziła jakichkolwiek wątpliwości co do jej przebiegu.

Odnosząc się do zarzutu wpisania do formularza aukcji błędnych stawek za roboczogodzinę Zamawiający stwierdził, że na stronie aukcji elektronicznej dla zostały wprowadzone ceny za 1 rbg z formularzy ofertowych, które wykonawcy złożyli w dniu 10 września 2018 r. Nie prawdą jest, że tylko wartość stawki za roboczogodzinę z oferty Wykonawcy C była podana jako kwota brutto. Platforma zakupowa dla wszystkich wykonawców zgłoszonych do przeprowadzenia aukcji podała ceny netto za roboczogodzinę z formularzy ofertowych. Podanie stawki netto zamiast brutto, nie wpływa na przebieg aukcji.

Ponadto Zamawiający zauważył, że zgodnie z postanowieniami zaproszenia do aukcji elektronicznej, przesłanego do Odwołującego w dniu 4 października 2018 r., tu cytat, „Warunkiem udziału w aukcji jest podpisanie i wczytanie do systemu aukcyjnego podpisanego Regulaminu Aukcji przed jej rozpoczęciem. Wysłane dokumenty muszą być odpowiedniej jakości minimum 180 dpi skan w odcieniach szarości (umożliwiający bezproblemowe odczytanie treści zawartej w dokumencie) w formacie PDF (skan). Dokumenty należy umieszczać na platformie <https://eb2b.pl/>, w sekcji Załączniki postępowania”.

Zamawiający podkreślił, że informował Odwołującego, że podczas przeprowadzonej w dniu 10 października 2018 r. aukcji elektronicznej, nie wystąpiła żadna awaria systemu platformy, na której rzeczowa aukcja miała miejsce. Zgodnie z art. 91d Pzp: „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”.



Zamawiający wezwał eB2B Service sp. z o.o. sp. k. – podmiot świadczący na rzecz Zamawiającego usługi prowadzenia platformy elektronicznej do obsługi systemu zamówień publicznych – do przesłania informacji w tej sprawie. Z udzielonych na piśmie wyjaśnień wynika, że w toku spornej aukcji nie doszło do żadnej awarii systemu, a jedynie do braku postąpień cenowych po stronie wykonawców poprawnie zalogowanych do systemu aukcyjnego.

Zamawiający wyjaśnił, że pod pojęciem awarii systemu teleinformatycznego, zgodnie ze stanowiskami doktryny, należy rozumieć, zdarzenia techniczne o charakterze zewnętrznym, przedstawiając cytaty z komentarzy do Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia zgłosili:

1. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Art-Security sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie, Agencja Ochrony Osób i Mienia MATPOL sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MATPOL Grupa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MJK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – po stronie Odwołującego;
2. Wykonawca C – po stronie Zamawiającego.

Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienia przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym. Tym samym opozycja Odwołującego przeciw przystąpieniu Wykonawcy C została oddalona wobec nie uprawdopodobnienia braku interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego. Nie mogła być uznana za skuteczną wskazana za podstawę opozycji okoliczność, że Wykonawca C nie posiada wiedzy niezbędnej do rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania z uwagi na fakt, że nie jest organizatorem Postępowania, czy nie brał udziału w aukcji elektronicznej. W sytuacji, gdy oferta Wykonawcy C została wybrana, jako najkorzystniejsza, podmiot ten ma oczywisty interes w oddaleniu odwołania.

W piśmie procesowym z 26 listopada 2018 r. Wykonawca C (dalej również „Przystępujący”) wniósł o oddalenie odwołania, uzasadniając jak niżej.

Zdaniem Wykonawcy C nie doszło w toku aukcji przeprowadzonej w dniu 10 października 2018 r. do zarzucanych w odwołaniu nieprawidłowości, w szczególności zaś do uniemożliwienia dokonywania wykonawcom postąpień w jej toku w zakresie, który miałby jakikolwiek wpływ na konkurencyjność Postępowania oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący, jak i pozostali wykonawcy, mógł bowiem, wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, dokonywać postąpień.

W ocenie Przystępującego brak jest podstaw do zastosowania art. 91d ust. 1 Pzp. W istocie brak jest jakichkolwiek dowodów na okoliczność, że wystąpiła awaria systemu w rozumieniu tego przepisu. Co więcej, by Zamawiający mógł w ogóle sięgnąć po możliwość

kontynuowania aukcji w trybie art. 91d ust. 1 Pzp musi wystąpić awaria systemu teleinformatycznego, i to awaria tego rodzaju, która spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej. Wedle wiedzy Wykonawcy C do takiej awarii nie doszło. Zatem stan faktyczny opisany przez Odwołującego jest rodzajowo odmienny od materii objętej dyspozycją ww. przepisu, co skutkuje wadliwością przywołanej przez Odwołującego podstawy prawnej.

W istocie kluczową dla oceny zasadności, czy też raczej bezzasadności wniesionego odwołania, jest ocena skutków zamieszczenia w formularzu aukcji „Ceny wywoławczej równej cenie najkorzystniejszej oferty złożonej w formie pisemnej” w kwocie netto. W tym zakresie twierdzenia Odwołującego dotyczące skutków takiego działania Zamawiającego są gołosłowne i nie znajdują uzasadnienia w dokumentacji Postępowania. W szczególności twierdzenie, że „z oczywistych względów inaczej wygląda proces decyzyjny dotyczący kolejnych postępień przy stawce 22,90 zł netto, a inaczej przy stawce 22,90 zł brutto” nie znajduje żadnego uzasadnienia w tej dokumentacji. Zasadniczą kwestią jest możliwość uznania przez Odwołującego (przy założeniu racjonalności działań Odwołującego), że cena wywoławcza zamieszczona w formularzu aukcji, w wysokości 22,90 zł mogłaby być uznana za kwotę brutto.

Oczywistym dla Przystępującego było (wobec jawności złożonych ofert), że wartością początkową dla dokonywania postępień była kwota 22,90 zł i była to kwota netto z najniższej złożonej oferty – w tym przypadku oferty Wykonawcy C.

Tym samym nawet potwierdzenie, że Zamawiający zamieścił jako wyjściową kwotę netto zamiast kwoty brutto pozostawało bez wpływu na konkurencyjność prowadzonej aukcji, tj. wszyscy wykonawcy mogli dokonywać postępień, zaś ich brak należy tłumaczyć biernością nie zaś wadliwością przebiegu aukcji.

Wbrew stanowisku Odwołującego każdy z wykonawców mógł zapoznać się z warunkami aukcji, w tym również z danymi przyjętymi w formularzu aukcji, w szczególności z ceną wywoławczą. Wykonawcy mogli zapoznać się z przebiegiem aukcji w drodze zapewnionego przez Zamawiającego z wyprzedzeniem dostępu do platformy (przy wprowadzonych już parametrach tożsamyh z parametrami z aukcji elektronicznej) – tzw. aukcji testowej. Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 31 października 2018 r. Odwołujący nie skorzystał z tej możliwości. Z pewnością nieuprawnionym jest twierdzenie, że Odwołujący mógł mieć wątpliwość, czy kwota 22,90 zł była wartością „brutto, czy też „netto”. Znajomość stawek z ofert pozostałych wykonawców nie pozwalała na powstanie jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie.

Nie sposób dać wiary Odwołującemu, że wobec kształtu Postępowania i jawności ofert Odwołujący mógł powziąć w ogóle wątpliwość dotyczącą charakteru ceny wywoławczej (tj. czy była to stawka netto czy brutto). Przedsiębiorca, wobec którego należy przyjąć powszechnie

obowiązujący wzorzec profesjonalisty nie mógł mieć wątpliwości, że cena jest ceną netto i w taki sposób przeprowadzona zostaje aukcja.

Nieuchronną zaś konsekwencją poczynienia powyższych ustaleń, jest konstatacja, że zamieszczenie ceny wywoławczej w wartości „netto” pozostaje bez wpływu na zachowanie uczciwej konkurencji. Wszyscy uczestnicy aukcji działali w tych samych warunkach i na równych prawach. Wobec faktu, że możliwe było dokonywanie postępień przy niebudzącym wątpliwości charakterze licytowanej kwoty przebieg aukcji nie wypaczył reguł postępowania przetargowego, doprowadzając Zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali przedstawione powyżej stanowiska w sprawie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego i Wykonawcy C zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ;
2. Zaproszenia Odwołującego do aukcji elektronicznej – pisma z 4 października 2018 r.;
3. Regulaminu;
4. Wniosku Odwołującego o powtórzenie aukcji – pisma z 11 października 2018 r. wraz z odpowiedzią Zamawiającego – pisma z 31 października 2018 r.;
5. Raportu z przebiegu aukcji – dokument z 11 października 2018 r.;
6. Oświadczenia eB2B sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (podmiot prowadzący platformę, na której odbyła się kwestionowana aukcja elektroniczna) – pisma z 31 października 2018 r.;
7. Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty – pisma z 31 października 2018 r.

Ustalono, że stan faktyczny nie jest sporny i został przedstawiony przez Strony postępowania odwoławczego adekwatnie do treści ww. dokumentów, w związku z czym nie wymaga uzupełnienia.

W powyższych okolicznościach Izba uznała wniesione odwołanie za niezasadne.

Jakkolwiek Odwołujący w treści odwołania przytoczył szereg przepisów, których naruszenia miał dopuścić się Zamawiający, to przyczyną wszystkich stwierdzonych uchybień było zaniechanie unieważnienia przeprowadzonej aukcji i jej powtórzenia z uwagi na awarię systemu teleinformatycznego, która uniemożliwiła Odwołującemu wzięcie udziału w aukcji. W tym kontekście chybione były zarzuty naruszenia art. 91a ust. 2a pkt 1, 3-5, art. 91a ust. 3 i art. 91b ust. 2 Pzp, które odnoszą się bądź to do obligatoryjnych elementów SIWZ (ogłoszenia o zamówieniu) w przypadku wykorzystania w postępowaniu o udzielenie zamówienia aukcji elektronicznej, bądź do kryteriów oceny ofert, czy minimalnych wartości postąpień w jej toku. Żaden z tych przepisów nie jest, zdaniem składu orzekającego, relewantny do oceny, czy w toku aukcji doszło do awarii systemu teleinformatycznego, przy użyciu którego była ona prowadzona.

*Clou* aukcji elektronicznej Ustawodawca zawarł w art. 91c Pzp. Z ust. 1 tego przepisu, którego naruszenie zarzucono Zamawiającemu w odwołaniu wynika, że wykonawca w trakcie aukcji, za pomocą formularza zamieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składa postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. *Ergo* zasadność zarzutu opartego na podstawie komentowanej regulacji wymaga wykazania, że przeprowadzona aukcja nie odpowiadała opisanym w nim warunkom, przykładowo, że udostępniony wykonawcy formularz nie umożliwiał wprowadzenia niezbędnych do złożenia postąpienia danych. W rozpoznawanej sprawie sytuacja taka nie miała miejsca. Z oświadczenia podmiotu prowadzącego platformę, na której odbyła się aukcja (pismo eB2B sp. z o.o. sp.k. z 31 października 2018 r.) wynika, że nie odnotowano problemów z dostępem do platformy, co nie było kwestionowane w odwołaniu. Skoro zatem Odwołujący miał dostęp do platformy i jej funkcjonalności, w tym możliwość składania postąpień, lecz tego nie uczynił (*vide* raport z przebiegu aukcji z 11 października 2018 r.), oznacza to, że samodzielnie zaniechał udziału w aukcji. Tym samym omawiany zarzut nie potwierdził się.

Z opisanym powyżej zagadnieniem związany jest kolejny zarzut (naruszenie art. 91d ust. 1 Pzp), oparty na twierdzeniu o zaistnieniu awarii systemu teleinformatycznego, uniemożliwiającej Odwołującemu wzięcie udziału w aukcji. Abstrahując od tego, że w świetle przywołanego przepisu skutkiem awarii musi być przerwanie aukcji, do czego nie doszło, a nadto, że z opisanych wcześniej przyczyn twierdzenie o braku możliwości udziału w aukcji jest nieuzasadnione, to przywołana w odwołaniu okoliczność nie mieści się w pojęciu awarii. Niewątpliwie w przedmiotowej sprawie doszło do omyłkowego wprowadzenia do formularza aukcji nieprawidłowych stawek za roboczogodzinę z uprzednio złożonych przez wykonawców formularzy ofertowych (kwoty netto, w miejsce kwot brutto), w tym w zakresie ceny wywoławczej (zob. § 6 ust. 1 i 3 Regulaminu). Izba zgodziła się jednak z Zamawiającym,

że owa omyłka nie uniemożliwiła wzięcia udziału, bądź kontynuowania aukcji, czego dowodem była próba złożenia postąpienia przez przystępujące po stronie Odwołującego konsorcjum. Zdaniem składu orzekającego awarię systemu teleinformatycznego należy wiązać z nieprawidłowościami w jego działaniu, których efektem jest brak po stronie wykonawcy możliwości prawidłowego korzystania z funkcjonalności systemu, co nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie. W konsekwencji zarzut naruszenia art. 91d ust. 1 Pzp także podlegał oddaleniu.

Izba uznała, że Odwołujący bezskutecznie podnosił brak wiedzy co do źródła pochodzenia wskazanej w formularzu aukcji kwoty, ponieważ nawet pobieżna lektura formularza ofertowego Przystępującego prowadzi do wniosku, że kwotą wprowadzoną do formularza elektronicznego była stawka netto za roboczogodzinę, oferowana przez Wykonawcę C. Nie przekonał składu orzekającego również argument o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). W świetle powyższych ustaleń wykonawcy mogli konkurować ze sobą składając postąpienia w toku aukcji, natomiast okoliczność wprowadzenia niewłaściwej kwoty wyjściowej w równym stopniu dotyczyła wszystkich uczestników Postępowania. Tym samym wybór oferty Wykonawcy C był prawidłowy i nie stanowił naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp.

Niezależnie od przedstawionych zapatrywań nie sposób nie zauważyć, że Odwołujący nie wyjaśnił jaki wpływ na wynik Postępowania miały (mogły mieć) zarzucane Zamawiającemu uchybienia. Nie wyczerpuje owego wyjaśnienia lakoniczne stwierdzenie, że „[...]z oczywistych względów inaczej wygląda proces decyzyjny dotyczący kolejnych postąpień przy stawce 22,90 zł netto, a inaczej przy stawce 22,90 zł brutto[...]” (odwołanie, str. 6), zwłaszcza w sytuacji, w której w toku aukcji nie dokonał żadnego postąpienia, mimo istnienia takiej możliwości.

W konsekwencji orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018, poz. 972 j.t.).

**Przewodniczący:** .....