

**WYROK**

**z dnia 25 listopada 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2011 r. przez wykonawcę **Remondis sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Oczyszczania Miasta w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **AG-Complex sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia, unieważnienie czynności aukcji elektronicznej w części II zamówienia przeprowadzonej w dniu 8 listopada 2011 r., oraz powtórzenie oceny aukcji elektronicznej przeprowadzonej dnia 25 października 2011 r. w części II zamówienia,
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Oczyszczania Miasta w Warszawie** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Remondis sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawa Zarządu Oczyszczania Miasta w Warszawie** na rzecz **Remondis sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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:** .....

**Sygn. akt: KIO 2427/11**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Oczyszczania Miasta w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem są prace ogrodniczo – porządkowe na terenie parków ogólno miejskich m.st. Warszawy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 10 sierpnia 2011 r. nr 2011/S 152-252823.

W dniu 2 listopada 2011 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Remondis sp. z o.o. w Warszawie zwanego dalej „odwołującym”, że aukcja elektroniczna przeprowadzona w części II zamówienia - Pole Mokotowskie w dniu 25 października 2011 r., zostanie powtórzona w dniu 8 listopada 2011 r. W dniu 8 listopada 2011 r. zamawiający przeprowadził powtórnie aukcję w części II zamówienia. W dniu 9 listopada 2011 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej, w części II zamówienia, oferty złożonej przez wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej MPRO.

Wobec:

- 1) czynności uznania aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 25 października 2011 r. za przeprowadzoną nieprawidłowo/wadliwie i wymagającą powtórzenia,
  - 2) czynności ponownego przeprowadzenia (powtórzenia) aukcji elektronicznej w dniu 8 listopada 2011 r.,
  - 3) zaniechania dokonania czynności wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej, wyłonionej w toku pierwszej aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 25 października 2011 r.,
  - 4) czynność wyboru oferty złożonej przez MPRO, jako najkorzystniejszej.
- odwołujący wniósł w dniu 10 listopada 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ustawy Pzp,
- 2) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,

- 3) naruszenie przepisu art. 91 a ust. 1 i art. 91 a ust. 4 ustawy Pzp,
- 4) naruszenie przepisu art. 91 c ust. 1 i 2 i ust. 5 ustawy Pzp

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że w trakcie aukcji elektronicznej dla części II zamówienia, która odbyła się w dniu 25 października 2011 r. platforma aukcyjna działała bez zarzutu. W jej toku dokonano 37 postąpień. Ostatnim postąpieniem, najkorzystniejszym, było postąpienie odwołującego, który zaoferował cenę 2.440.795,93 zł. Przed rozpoczęciem aukcji żaden z wykonawców nie zgłosił problemów z przeprowadzeniem aukcji testowej, zawierając posiadanemu sprzętowi, połączeniu internetowemu oraz niezbędnemu dla udziału w aukcji podpisowi elektronicznemu, który jest warunkiem skutecznego dokonywania postąpień (podpisu pod postąpieniem). Wskazywał, że odwołujący nie miał problemów z połączeniem internetowym ani z udziałem w aukcji i dokonywaniem postąpień w postępowaniu podobnie, jak inne podmioty, które uczestniczyły w aukcji równoległe z odwołującym. Podnosił, że pomimo to, pismem z dnia 2 listopada 2011 r., zamawiający poinformował wykonawców, że aukcja elektroniczna dla części II zamówienia - Pole Mokotowskie, zostanie powtórzona w dniu 8 listopada 2011 r. o godz. 10:00. Wskazywanym przez zamawiającego powodem powtórzenia aukcji był potwierdzony przez Biuro Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy brak możliwości składania postąpień przez jednego z wykonawców, który nie wynikał z jego winy.

Wskazywał, iż pismem z dnia 3 listopada 2011 r., załączonym do odwołania, zwrócił się o udzielenie szczegółowych informacji o przyczynach takiego postąpienia oraz przedstawiając swoje stanowisko w sprawie, jednakże pismo to pozostało bez odpowiedzi i reakcji ze strony zamawiającego. W ocenie odwołującego przyczyna wskazana przez zamawiającego w piśmie z dnia 2 listopada 2011 r. nie wyczerpywała znamion uprawniających do uznania przeprowadzonej aukcji elektronicznej za wadliwą. Wywodził, iż aukcja elektroniczna - odmiennie niż licytacja zdefiniowana w art. 74 ustawy Pzp - zawsze jest jednoetapowa. Wiąże się to z faktem, iż podobnie jak przy otwarciu ofert pisemnych, w trakcie aukcji oferenci poznają swoje postąpienia i możliwości realizacji zamówienia za określoną cenę. Powtarzanie aukcji narusza więc w tożsamy sposób, jak przy otwarciu ofert, zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy Pzp). Podnosił, iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej przesłanką do uznania aukcji za przeprowadzoną wadliwie i dalszych czynności zamawiającego z tym faktem związanych (w tym unieważnienie całego postępowania lub ewentualnie powtórzenie samej aukcji elektronicznej), jest stwierdzenie istnienia problemu po stronie zamawiającego, w tym dotyczącego samej platformy aukcyjnej, co uniemożliwiało zainteresowanym wykonawcom (któremukolwiek z nich) czynny udział w aukcji.

Odwołujący wywodził również, iż wszyscy wykonawcy znali sposób działania platformy aukcyjnej i składania kolejnych postępień. Dotyczyło to zarówno konieczności posiadania odpowiedniego sprzętu i stabilnego łącza internetowego, jak i konieczności zabezpieczenia się przed awarią sprzętową lub problemami z połączeniem (poprzez logowanie się za pomocą innego łącza z innego komputera). Podnosił również, że wykonawca ma obowiązek zapewnić sobie we własnym zakresie urządzenie do podpisu elektronicznego oraz posiadać ważny i aktualny certyfikat kwalifikowany. Oczywistym jest przy tym, iż jeżeli certyfikat wygaśnie wobec upływu okresu na jaki został ustanowiony, próba połączenia się z centrum certyfikującym dla weryfikacji podpisu, nie powiedzie się przy odwołaniu się do dotychczas ustanowionego unikalnego adresu sieciowego. Zakup nowego certyfikatu łączy się ze zmianą adresu, z którym łączy się moduł. Niezależnie jednak od tych faktów, wykonawca ma obowiązek zawsze sprawdzić, czy podpis elektroniczny działa, podobnie jak ma obowiązek sprawdzić, czy jego komputer może się bez przeszkód łączyć z internetem. Jest to bowiem problem natury sprzętowej leżący po stronie wykonawcy. Jeżeli wykonawca chce dodatkowo sprawdzić działanie nowego lub aktualność starego certyfikatu, aby upewnić się, czy może bezproblemowo uczestniczyć w aukcji, może zwrócić się do zamawiającego o przeprowadzenie aukcji próbnej. Żaden z wykonawców nie wystąpił o przeprowadzenie aukcji próbnej w postępowaniu, więc uznał, iż nie istnieje taka potrzeba, bowiem wszystko miał sprawdzone i pozytywnie zweryfikowane. Przyczyną uniemożliwiającą lub utrudniającą uczestnictwo w aukcji jest więc również niemożność złożenia podpisu elektronicznego pod postąpieniami, jednak taka przyczyna nie jest powodem do unieważnienia, czy powtarzania aukcji, bowiem problem z podpisem jest problemem wyłącznie wykonawcy i to wynikającym z jego winy. Ma bowiem zapewnić aktualność swojego podpisu i ważność certyfikatu. Podobnie, jeżeli zamawiający łącząc się z centrum certyfikującym nie mógł zweryfikować złożenia przez wykonawcę ważnego podpisu elektronicznego, bo wykonawca miał problemy ze złożeniem tego podpisu, to jest to przyczyna leżąca po stronie wykonawcy. Jeżeli z tego tytułu wykonawca poniesie szkodę, powinien dochodzić jej wynagrodzenia od centrum certyfikującego, który dostarcza mu usługę podpisu elektronicznego. Żadna bowiem z opisanych przyczyn nie jest przyczyną leżącą po stronie zamawiającego, a tylko takie przyczyny są powodem do uznania aukcji za przeprowadzoną wadliwie, jako niezapewniającą udziału w aukcji wszystkim zaproszonym do niej oferentów. Wszystkie te argumenty i tak jednak tracą na znaczeniu, a to wobec faktu, iż wskutek rażącego niedbalstwa (a więc postaci zawinionego zachowania) wykonawca nie mogący uczestniczyć czynnie w aukcji z powodu problemów sprzętowych/połączeniowych/z podpisem, zaniechał wnoszenia o przeprowadzenie aukcji testowej.

Odwołujący podnosił, iż w dniu 25 października 2011 r. platforma aukcyjna działała prawidłowo, bowiem zarówno on, podobnie jak inni zainteresowani udziałem w aukcji wykonawcy, cały czas utrzymywali połączenie z systemem, pozostając w gotowości do ewentualnych dalszych postąpień i dokonując tychże postąpień (razem wykonano 37 postąpień). To wprost oznacza, iż problem z uczestnictwem w aukcji leżał po stronie jednego tylko wykonawcy z przyczyn, za które on sam ponosi odpowiedzialność. Istnienie winy lub brak winy nie gra żadnej roli. Z okoliczności sprawy wynika też, iż wykonawca ten świadomie zaniechał uczestnictwa w aukcji testowej, która w przypadku negatywnej weryfikacji zdolności do udziału w aukcji, umożliwiłaby mu podjęcie niezbędnej, uprzedniej interwencji, celem wstrzymania aukcji. Takiej swoistej próby generalnej wykonawca nie podjął. Na własne ryzyko wykonawca ten wziął udział w aukcji, nie sprawdzając, czy może skutecznie w niej uczestniczyć. Takie postąpienie obciąża wyłącznie jego, stanowiąc o jego winie.

W ocenie odwołującego przyczyny przeprowadzenia kolejnej aukcji elektronicznej wskazane w piśmie zamawiającego oznacza bezsprzecznie, iż brak było problemów leżących po stronie zamawiającego lub problemów z samą platformą aukcyjną. W takiej sytuacji brak jest podstaw do uznania aukcji za przeprowadzoną wadliwie, czy też brak jest podstaw do jej unieważnienia (choć zamawiający tego nie uczynił). Nie ulega wątpliwości, iż to wykonawca ma wykazać, iż po stronie zamawiającego wystąpił błąd lub problem, który skutkował niemożnością pełnego uczestnictwa w aukcji elektronicznej. Informacja zamawiającego z dnia 2 listopada 2011 r. nie wskazuje na istnienie żadnego problemu po stronie zamawiającego i platformy aukcyjnej. Przywoływał wyroki Izby wydane w sprawach o sygn. akt KIO/55/2010, KIO/1012/2010 i KIO/1060/2010, KIO/1548/2010, KIO/277/2011 oraz KIO/1047/2011. Wskazywał, że odpowiedzialność na zasadzie ryzyka wyłącza w ogóle możliwość badania winy po stronie wykonawcy, na którą to winę powołał się zamawiający w swoim piśmie z dnia 2 listopada 2011 r.

Odwołujący argumentował nadto, iż wszelkie problemy sprzętowe i problemy z połączeniem Izba w sposób jednolity traktuje, jako leżące po stronie wykonawcy i nie mające wpływu na przebieg aukcji elektronicznej oraz jej wynik, a w konsekwencji czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dla podmiotu, który na takie problemy się powołuje. Kwestia odpowiedzialności odrywa się tutaj od winy wykonawcy, bowiem udział w aukcji i konsekwencje z tym związane opierają się na zasadzie ryzyka. Wykonawca ma obowiązek zapewnić takie działanie sprzętu oraz zabezpieczyć się w taki sposób, który zminimalizuje ryzyko problemów z dostępem do platformy aukcyjnej. Problem z certyfikacją podpisu elektronicznego (w tym dostępu do witryny certyfikującej i problemów z tym związanych, w tym zmiana adresu witryny) również jest okolicznością, która nie uprawnia do stwierdzenia, iż

aukcja została przeprowadzona wadliwie. Jeżeli zatem wykonawca doznał jakichkolwiek przeszkód z tym związanych, swoje roszczenia z tytułu przegrania aukcji powinien kierować do producenta sprzętu, z którego korzysta, dostawcy usług internetowych (połączenie z internetem), czy też do centrum certyfikującego podpis elektroniczny.

Odwołujący podnosił zatem, iż brak było podstaw do uznania pierwszej aukcji za przeprowadzoną wadliwie, czy też brak jest podstaw do jej unieważnienia. Ponadto wskazywał, iż nie jest możliwe przeprowadzenie dwóch aukcji elektronicznych dla jednego zamówienia (jednej części zamówienia). Jedna wiążąca aukcja elektroniczna została już przeprowadzona i rozstrzygnięta. Aukcja ta pozostaje ważna i skuteczna, nie została unieważniona, więc odwołujący powołuje się wprost na jej wynik. Ustawa zaś nie przewiduje możliwości przeprowadzenia dwóch równoległych aukcji, zaś skoro druga aukcja była przeprowadzona bez podstaw ku temu, wiążące są wyniki pierwszej aukcji. Odwołujący wnosi więc o unieważnienie drugiej, bezprawnie przeprowadzonej aukcji.

Ponadto odwołujący podnosił, że jego rola w zakresie dowodzenia w niniejszej sprawie sprowadza się do wykazania faktów negatywnych, czyli udowodnienia, iż jakieś fakty (podstawy do powtórzenia aukcji elektronicznej) nie nastąpiły. Jest to trudne o tyle, iż odwołujący, pomimo wniosku skierowanego do zamawiającego z dnia 3 listopada 2011 r. nie uzyskał informacji o przyczynach powtórzenia aukcji. Literatura i orzecznictwo sądowe w zakresie dowodzenia faktów negatywnych jest jednolite i wskazuje, iż w takim wypadku wystarczy zaprzeczenie istnienia faktom, na który powołuje się druga strona. Zgodnie z regułami logiki formalnej, będącej podstawą wnioskowania dedukcyjnego (a więc zasad poprawnego rozumowania), nie można udowodnić istnienia faktu/stanu, który nie nastąpił. Na tyle jednak, na ile to możliwe wskazywał, że wykazał brak przesłanek do uznania, iż nastąpił problem, który pozwalał powtórzyć aukcję (brak problemów z platformą, dokonywanie skutecznych postępień przez innych oferentów, zakończenie aukcji z informacją o złożeniu przez odwołującego w toku aukcji najkorzystniejszej oferty). Ciężar udowodnienia, że było inaczej, spoczywał, w jego ocenie, na zamawiającym.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący podniósł, że czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej jest czynnością jednokrotną i podobnie, jak czynność otwarcia ofert, nie można jej ponawiać, szczególnie jeżeli pierwsza (już przeprowadzona) odbyła się prawidłowo pod względem materialnym i formalnym. Dlatego też aukcja elektroniczna może być zawsze tylko jednoetapowa co wynika z przepisu art. 91a ust. 4 ustawy Pzp, w

przeciwieństwie do licytacji elektronicznej (art. 79 ust. 1 ustawy Pzp). Podobnie bowiem, jak przy otwarciu ofert pisemnych w toku przetargu nieograniczonego, w toku aukcji następuje ujawnienie „możliwości” wykonawców, czyli tego, jakie ceny są w stanie zaproponować. Przeprowadzenie ponownej aukcji jest tożsame w skutkach z ponownym wezwaniem do złożenia ofert, które wykonawcy wzajemnie już poznali (traktowane na równi z otwarciem ofert przed oficjalnym terminem). Takie działanie ze strony zamawiającego, tj. ujawnianie stanowisk wykonawców i treści ich ofert oraz powtarzanie bez powodu aukcji elektronicznej narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy Pzp). Tak też uznaje KIO (vide: KIO/UZP 1291/2010, KIO/UZP 1344/2009). Z tego powodu na wypadek uznania przez Izbę, iż nie można unieważnić samej czynności powtórnej aukcji odwołujący z daleko posuniętej ostrożności proceduralnej, wniósł o unieważnienie czynności wyboru wszystkich ofert i całego postępowania. Jeśli bowiem rzeczywiście wystąpiła wada uniemożliwiająca udział wykonawcy w postępowaniu, to nie można powtórzyć samej aukcji, a całe postępowanie. Jest to o tyle istotne, iż nie mogąc wiedzieć o rzekomych problemach z udziałem w aukcji przez jednego z wykonawców odwołujący nie uczestniczył aktywnie w aukcji na III część zamówienia, bowiem pozostawał w przekonaniu, iż wygrał część II. Gdyby wiedział o powtórzeniu aukcji i związanych z tym niebezpieczeństwach (możliwość zejścia pozostałych oferentów - którzy poznali już ofertę odwołującego - jeszcze niżej z ceną), uczestniczyłby bardzo aktywnie w ostatniej aukcji na część III zamówienia i zaproponowałby bardzo konkurencyjną cenę, aby mieć gwarancję uzyskania choćby jednej części zamówienia. Zaniechał jednak zdecydowanej walki o tę część zamówienia uznając, iż otrzymanie do wykonania części II zaspokoi jego gospodarczy interes.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) uznania pierwszej aukcji elektronicznej z dnia 25 października 2011 r. z przeprowadzoną prawidłowo oraz wiążącą co do jej wyniku, w tym co do faktu złożenia przez odwołującego oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności ponownego przeprowadzenia (powtórzenia) aukcji elektronicznej, która odbyła się w dniu 8 listopada 2011 r., a dotyczącej części II zamówienia,
- 3) uznania wyników drugiej aukcji elektronicznej, która odbyła się w dniu 8 listopada 2011 r. za niewiążące i nie stanowiące rozstrzygnięcia przetargu,
- 4) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę MPRO jako najkorzystniejszej w części II zamówienia,
- 5) przeprowadzenia ponownej oceny ofert dla części II zamówienia,
- 6) wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.



Na wypadek nieuwzględnienia ww. żądań, w tym żądania unieważnienia powtórnej aukcji przeprowadzonej w dniu 8 listopada 2011 r., przy jednoczesnym uznaniu przez Izbę, iż zachodzą przesłanki do unieważnienia całego postępowania z uwagi na naruszenie przepisu art. 7 ustawy Pzp wniósł o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych na wszystkie trzy części zamówienia,
- 2) unieważnienia postępowania w całości na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, zestawienie postąpień dokonanych przez wykonawców w trakcie aukcji elektronicznej w części II i części II zamówienia w dniu 25.10.2011 r., pismo wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie do zamawiającego z dnia 25.10.2011 r. (znak: PZ/978/11), pismo Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy Biura Zamówień Publicznych do Dyrektora zamawiającego z dnia 27.10.2011 r. (znak ZP\_WPEA-RJO-271-2-1-11), zawiadomienia zamawiającego z dnia 2 listopada 2011 r. do wykonawców o powtórzeniu aukcji elektronicznej dla II części zamówienia, pismo odwołującego do zamawiającego z dnia 3 listopada 2011 r., zestawienie postąpień złożonych przez wykonawców w trakcie aukcji elektronicznej w części II w dniu 8.11.2011 r., zawiadomienie zamawiającego z 9.11.2011 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, a także zeznania świadków Ryszarda J., Mirosławy T., Tymona J., Nikoliny I., Bożeny B., Hanny B., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Miejskiego Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie było nieskuteczne, wskutek uchybienia terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia przesłał temu wykonawcy faksem w dniu 10 listopada 2011 r. Wykonawca ten, w trakcie posiedzenia potwierdził, że w dacie tej kopię odwołania wraz z wezwaniem otrzymał. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej faksem w dniu 14 listopada 2011 r., zaś w formie pisemnej w dniu 15 listopada 2011 r.

Wymogi formalne zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego określa przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.* Literalna wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że ustawodawca dla zgłoszenia przystąpienia zastrzegł wyłącznie formę pisemną lub elektroniczną opatrzoną bezpiecznym podpisem, a zatem z przesłaniem faksu nie łączy się żadnych skutków prawnych. W sprawie nie znajduje również zastosowania przepis §7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280). Przepis ten stanowi wprawdzie, że korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną, jednakże w sposób wyraźny wyłącza jego zastosowanie do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę. Dostrzeżenia wymagało również, że ustawa Pzp wyraźnie nie łączy także żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora publicznego, inaczej niż w przypadku innych pism (por. przykładowo przepis art. 198b ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 14 listopada 2011 r. nie można było łączyć skutków wniesienia pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zatem ponieważ pismo wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 15 listopada 2011 r., a zatem z uchybieniem trzydniowego zawitego terminu na zgłoszenie przystąpienia, Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia.

W dalszej kolejności stwierdzono, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący w trakcie pierwszej aukcji elektronicznej na część II zamówienia złożył najkorzystniejsze postąpienie. W trakcie powtórzonej aukcji elektronicznej na II część zamówienia odwołujący nie złożył najkorzystniejszego postąpienia i jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, zaniechanie wyboru oferty złożonej przez

wykonawcę, który złożył najkorzystniejsze postąpienie w toku aukcji elektronicznej, prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ustalenie, iż zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp powtórzył aukcję elektroniczną w części II zamówienia doprowadziłoby do nakazania zamawiającemu uchylenia czynności powtórnie przeprowadzonej aukcji elektronicznej, a w konsekwencji umożliwiłoby odwołującemu uzyskanie zamówienia w oparciu o wyniki pierwszej aukcji elektronicznej.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są prace ogrodniczo – porządkowe na terenie parków ogólnie miejskich m.st. Warszawy. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na trzy części, tj.:

- a) część I - prowadzenie prac ogrodniczo – porządkowych na terenie Parku Skaryszewskiego /49 ha/ oraz Ronda Waszyngtona /0,68 ha/ w latach 2012 – 2014,
- b) część II - prowadzenie prac ogrodniczo – porządkowych na terenie Parku Pole Mokotowskie /67,04 ha/ oraz Ronda Jazdy Polskiej /0,08 ha/ w latach 2012 –2014,
- c) część III - prowadzenie prac ogrodniczo – porządkowych na terenie Parku Ujazdowskiego /5,07ha/ wraz z Pl. Trzech Krzyży /0,206 ha/ oraz Pl. Na Rozdrożu /0,205 ha/ w latach 2012 –2014

i dopuścił możliwość składania ofert częściowych (pkt 5 części I SIWZ i pkt 1 części II SIWZ).

W postanowieniu pkt 7 Części I SIWZ zamawiający zastrzegł, iż zgodnie z art. 91b ustawy Pzp, zaprosi drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. W pkt 8 Części I SIWZ powtórzono w ślad za przepisem art. 91 c ust. 1 ustawy Pzp, iż 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 opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W części V SIWZ, w pkt 3 zatytułowanym „aukcja elektroniczna” zastrzeżono co następuje:

1) Zamawiający przewiduje dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej

2) Zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli zostaną złożone, co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu dla danej części zamówienia. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej zostanie wysłane drogą elektroniczną na adres e-mail wskazany przez Wykonawcę w Formularzu Oferty.

3) Wykonawcy chcący wziąć udział w aukcji elektronicznej muszą się zalogować na platformie aukcyjnej wpisując kod dostępu w odpowiednie pole systemu. Kod dostępu zostanie przekazany przez operatora platformy aukcyjnej Wykonawcom, których oferty nie zostaną zakwalifikowane do odrzucenia. Warunkiem wzięcia udziału w aukcji elektronicznej jest dysponowanie bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Komputer użytkownika powinien spełniać następujące wymagania:

- być wyposażony w procesor 733 MHz i posiadać co najmniej 512 MB pamięci RAM
- posiadać zainstalowany system operacyjny MS Windows XP lub nowszy
- posiadać zainstalowaną przeglądarkę internetową Microsoft Internet Explorer 6.0. lub nowszą albo Mozilla Firefox 2.x lub nowszą
- posiadać połączenie z siecią Internet o szybkości transmisji nie mniejszej niż 128 kb/s.

4) W toku aukcji elektronicznej Wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzanie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

5) Jedynym kryterium oceny ofert w aukcji elektronicznej jest cena brutto za realizację przedmiotowego zamówienia. Ceną wyjściową w aukcji elektronicznej dla każdego Wykonawcy jest cena brutto zaproponowana przez danego Wykonawcę w złożonej ofercie pisemnej.

6) Postąpienia składane w toku aukcji elektronicznej będą podlegały automatycznej ocenie i klasyfikacji, zgodnie ze wzorem określonym w cz. V pkt 2 SIWZ.

7) W przypadku nieprzeprowadzenia aukcji lub, gdy po jej przeprowadzeniu nie ulegnie zmianie najkorzystniejsza oferta wybrana w I etapie oceny ofert wskazanym w cz. V pkt.2 SIWZ, wiążąca jest ocena dokonana w I etapie.

8) W pkt. 8 Formularza Oferty należy wpisać osobę uprawnioną do składania ofert w imieniu Wykonawcy w trakcie aukcji elektronicznej.

Zamawiający, w dniu 18 października 2011 r. zaprosił do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, tj.

- a) w części I zamówienia: ZROB Paweł Curyło, Janusz Luberek, przystępującego AG Complex sp. z o.o. w Warszawie, odwołującego - Remondis sp. z o.o. w Warszawie oraz Polsuper sp. z o.o. w Warszawie,
- b) w części II zamówienia: Pirem sp. z o.o. w Warszawie, AG Complex sp. z o.o. w Warszawie, Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie, odwołującego - Remondis sp. z o.o. w Warszawie oraz Polsuper sp. z o.o. w Warszawie,
- c) w części III zamówienia: ZROB Paweł Curyło, Janusz Luberek, przystępującego - AG Complex sp. z o.o. w Warszawie, Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie, odwołującego - Remondis sp. z o.o. w Warszawie.

W dniu 18 października 2011 r. Pan Ryszard J., pracownik Biura Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, drogą elektroniczną przekazał wykonawcom zaproszonym do aukcji instrukcję obsługi platformy aukcyjnej, na której prowadzona będzie aukcja. Poinformował, iż na potrzeby wykonawców została zdefiniowana aukcja testowa, od 19.10.2011 r. do 24.10.2011 r. a także iż udział w aukcji testowej jest dobrowolny, nie niesie za sobą żadnych skutków prawnych i ma na celu zapoznanie z działaniem platformy. Poinformował, że rzeczywiste aukcje elektroniczne odbędą się w terminach i na zasadach określonych przez zamawiającego w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej. Prosił o zalogowanie się do platformy aukcyjnej z wystarczającym wyprzedzeniem w stosunku do terminu rzeczywistej aukcji w celu upewnienia się, iż oprogramowanie do podpisu elektronicznego zainstalowane jest na komputerach poprawnie i możliwe jest podpisanie oferty testowej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie i odwołujący nie wzięli udziału w aukcji testowej (zeznania świadka Bożeny B.,

W dniu 20 października 2011 r., pismem z dnia 19.10.2011 r., wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie poinformował zamawiającego, że osobą, która w imieniu tego wykonawcy będzie składała postąpienia będzie Pani Nikolina I., w miejsce pierwotnie wyznaczonego w ofercie - Pana Łukasza Z. O powyższej zmianie zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną w dniu 21 października 2011 r. Biuro

Zamówień Publicznych Miasta Stołecznego Warszawy, wnosząc o uwzględnienie ww. zmiany.

Tymon J., zatrudniony u wykonawcy Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie, po uzyskaniu informacji, że to pani Nikolina I. będzie dokonywała postępień, dokonał szeregu sprawdzeń, sprawdził, czy da się odczytać certyfikat umieszczony na tej karcie, aktualność certyfikatów, ich aktualność nie budziła jego zdaniem wątpliwości. Sprawdził stan aktualizacji systemu, jakość łącza internetowego, oprogramowanie wymagane przez platformę, środowisko uruchomieniowe Java, przeglądarkę internetową Firefox, ustalił, że na komputerze zainstalowany był system Windows XP. Instalacja certyfikatu na komputerze miała miejsce kilka dni przed aukcją. Ustalił, że system Windows poprawnie rozpoznał certyfikat, następnie poprzez narzędzie Cryptocertum Card Manager odczytał kartę, na której znajdował się certyfikat pani Nikoliny I. (zeznania świadka Tymona J.).

Operatorem platformy aukcji elektronicznej MarketPlanet jest podmiot Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. w Warszawie, działający na podstawie umowy z Urzędem m.st. Warszawy Biurem Zamówień Publicznych.

W dniu 24 października 2011 r. została przeprowadzona aukcja dla części I zamówienia. Najkorzystniejsze postąpienie złożył Tomasz N. w imieniu przystępującego AG Complex sp. z o.o. w Warszawie.

W dniu 25 października 2011 r. została przeprowadzona aukcja elektroniczna w części II i III zamówienia. W toku aukcji w części II najkorzystniejsze postąpienie złożyła Hanna B., działająca w imieniu odwołującego, zaś w części III – Łukasz Z., działający w imieniu wykonawcy Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie.

W trakcie aukcji elektronicznej dotyczącej II części zamówienia postąpienia nie złożyło Miejskie Przedsiębiorstwa Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie. Dostawcą usługi podpisu elektronicznego dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Ogrodniczych jest firma UNIZETO. Karta Pani Nikoliny I. służąca do składania postępień została nabyta w dniu 21 stycznia 2011 r. i nie była przed 25 października 2011 r. używana nigdy do składania postępień (zeznania świadka Nikoliny I.).

Po rozpoczęciu aukcji elektronicznej dot. części II zamówienia Nikolina I. zalogowała się do platformy aukcyjnej, pojawiło się okno platformy, wyświetliły się nazwy przetargów i kwoty. Po rozpoczęciu aukcji kliknęła okno z nazwami certyfikatów, odnalazła nazwę swojego certyfikatu, następnie podjęła próbę licytacji, wpisała licytowaną kwotę, otworzyło się okno „złóż podpis”, wpisała swój numer PIN, okno się zamknęło, jednakże po przejściu

do strony z przetargiem zauważyła ona, że nie pojawiła się wylicytowania przez nią kwota. Czynności te powtórzyła dwukrotnie. W trakcie licytacji Nikolina I. skontaktowała się z informatykiem – panem Tymonem J., zmieniła komputer i czytnik jednak problem nie ustąpił (zeznania świadka Nikoliny I.).

W trakcie aukcji elektronicznej dotyczącej II części zamówienia odwołujący jak również pozostali wykonawcy nie mieli problemów ze składaniem postąpień. Łącznie złożono 32 postąpienia. Powyższe ustalono na podstawie zeznań świadków Hanny B., Bożeny B. i zestawienia postąpień, znajdującego się w dokumentacji postępowania.

W trakcie aukcji dot. II części zamówienia z Ryszardem J., pracownikiem Biura Zamówień Publicznych Urzędu m. ST. Warszawy skontaktowała się telefonicznie Pani Nikolina I.. Po zakończeniu aukcji Ryszard J. skontaktował się telefonicznie z Panią Nikoliną I.. Nie miał informacji nt. sprzętu komputerowego, jakim dysponował wykonawca w trakcie trwania aukcji. Drogą telefoniczną ustalił, że poziom zabezpieczeń na komputerze, co do którego zapewniono go że służyć miał do składania postąpień nie był za wysoki. Uruchomił aukcję testową, lecz w dalszym ciągu przy użyciu karty p. Nikoliny I. nie udało się uczynić postąpień (zeznania świadka Ryszarda J., Nikoliny I.).

W trakcie aukcji elektronicznej dotyczącej części III zamówienia skuteczne postąpienia w imieniu Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie składał Pan Łukasz Z., który pojawił się w siedzibie tego wykonawcy (zestawienie postąpień w aktach sprawy). Postąpienia w części III prowadzone była na tym samym komputerze, na którym postąpień nie udało się dokonać pani Nikolinie I. (zeznania świadka Tymona J.).

W dniu 26 października 2011 r., do zamawiającego wpłynęło pismo wykonawcy Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie datowane na dzień 25.10.2011 r., w którym wykonawca ten zawiadamił, że z powodów technicznych, nie leżących po jego stronie, niemożliwe było dokonanie elektronicznego podpisu w systemie aukcyjnym przez Panią I. Wniósł o powtórzenie licytacji dot. części II zamówienia.

Zamawiający, treść tego pisma przekazał Biuru Zamówień Publicznych m.st. Warszawy (zeznania świadka Mirosławy T. – zastępcy przewodniczącego komisji przetargowej).

Wykonawca Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie wystąpił do firmy UNIZETO w celu wyjaśnienia problemów związanych z kartą. Wygenerował raport na prośbę firmy UNIZETO. Po przesłaniu tego raportu korespondencja się urwała. Nikolina I., z uwagi na nieczytelność raportu poprosiła o jego skomentowanie. Firma UNIZETO odpowiedziała drogą elektroniczną, że karta jest sprawna (zeznania świadka Nikoliny I.). Korespondencja mailowa nie została przedstawiona Izbie.

W dniu 27 października 2011 r. do dyrektora zamawiającego wpłynęło pismo Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy Biura Zamówień Publicznych w Warszawie, w którym nadawca poinformował, że *przyczyną problemu z podpisem elektronicznym był zmieniony adres bazy certyfikatów (zarządzany przez zewnętrzną spółkę BSB). Problem został rozwiązany po zaktualizowaniu listy certyfikatów.* Poinformował także, że przyczyna nie leżała po stronie Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie i proponuje przeprowadzić ponownie aukcję elektroniczną w części II zamówienia. Na piśmie tym znalazła się odręczna adnotacja dyrektora zamawiającego Pana Tadeusza J. o treści „*proszę powtórzyć aukcję*”.

Zamawiający nie podejmował dalszych kroków w celu wyjaśnienia przyczyn niemożności składania postąpień, gdyż stroną techniczną aukcji elektronicznej zajmowało się Biuro Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, decyzja o powtórzeniu aukcji elektronicznej została podjęta wyłącznie w oparciu o ww. pismo Biura Zamówień Publicznych (zeznania świadka Mirosławy T.).

W dniu 2 listopada 2011 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty w części II zamówienia, że aukcja elektroniczna dla części II zamówienia zostanie powtórzona w dniu 8 listopada 2011 r., zaś powodem powtórzenia aukcji jest potwierdzony przez Biuro Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy brak możliwości składania postąpień przez jednego z wykonawców, który nie wynikał z jego winy. Zamawiający nie unieważnił aukcji elektronicznej w części II przeprowadzonej w dniu 25.10.2011 r.

W dniu 3 listopada 2011 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udzielenie szczegółowych informacji nt. przyczyn wyznaczenia kolejnej aukcji elektronicznej w części II zamówienia. Pismo odwołującego pozostało bez odpowiedzi.

W dniu 8 listopada 2011 r. została przeprowadzona ponownie aukcja elektroniczna w części II zamówienia. W toku aukcji najkorzystniejsze postąpienie złożył Łukasz Z., działający w imieniu wykonawcy Miejskiego Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie. Postąpienia składała również Hanna B., działająca w imieniu odwołującego.

W dniu 9 listopada 2011 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszych ofert złożonych przez:

- a) w części I zamówienia - przystępującego AG Complex sp. z o.o. w Warszawie,
- b) w części II zamówienia - Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie,
- c) w części III zamówienia - Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie.



Pismem z dnia 16 listopada 2011 r. odwołujący zwrócił się do Biura Zamówień Publicznych Urzędu Miasta st. Warszawy o udzielenie szczegółowych dotyczących działania platformy aukcyjnej w trakcie pierwszej aukcji elektronicznej w dniu 25.10.2011 r. Pismo odwołującego pozostało bez odpowiedzi.

Postanowieniem z dnia 17 listopada 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązała zamawiającego do nadesłania informacji (raportu) operatora platformy aukcji elektronicznej o szczegółowym przebiegu aukcji elektronicznej na rzecz Zarządu Oczyszczania Miasta w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na prace ogrodniczoporządkowe na terenie parków ogólnomiejskich m.st. Warszawy przeprowadzonej w dniu 25 października 2011 r., w tym w szczególności zawierającej dane o wszelkich ewentualnych problemach po stronie platformy aukcyjnej, ewentualnych problemach po stronie oferentów, a także o dostępności platformy dla oferentów. Zamawiający nie wykonał zobowiązania Izby. Przesłał jedynie pismo z dnia 21 listopada 2011 r., do którego załączył oświadczenie Otwartego Rynku Elektronicznego S.A. w Warszawie z 17.11.2011 r., w którym informował, że problemy techniczne ze składaniem postąpień spowodowane były niemożnością potwierdzenia ważności certyfikatu podpisu elektronicznego. Problem ten nie wynika z działań MPRO sp. z o.o. bądź operatora systemu elektronicznego, na którym przeprowadzona została aukcja – spółki Otwarty Rynek Elektroniczny S.A.

W dniu 21 listopada 2011 r. odwołujący zwrócił się pismem z tego samego dnia do firmy Marketplanet Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. w Warszawie o udzielenie szczegółowych informacji dotyczących działania platformy aukcyjnej w dniu 25.10.2011 r. Pismem z dnia 22 listopada 2011 r. podmiot ten odmówił przekazania odwołującemu danych o które wnioskował argumentując, iż Marketplanet (Otwarty Rynek Elektroniczny S.A.) nie jest upoważniony do udzielania informacji, zaś pytania lub wątpliwości dotyczące zdarzenia należy kierować do zamawiającego.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:

Przedmiotem oceny Izby było czy zamawiający w sposób prawidłowy powtórzył czynności podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. O ile przyjmuje się, że niektóre czynności zamawiającego mogą być powtórzone z jego inicjatywy, to jednak nie ulega wątpliwości, że takie powtórzenie możliwe jest w sytuacji, gdy pierwotna czynność była sprzeczna z ustawą Pzp.

Po drugie na uwagę zasługiwał fakt, że czynnością którą zamawiający powtórzył była czynność aukcji elektronicznej. Zamawiający w dniu 2 listopada 2011 r. zawiadomił o tym, iż aukcja elektroniczna w części II zostanie powtórzona. Wadliwości pierwszej aukcji przeprowadzonej w części II zamówienia w dniu 25 października 2011 r. zamawiający upatrywał w jej przebiegu. Z tego względu należy prześledzić przepisy ustawy Pzp dotyczące tej czynności. Na wstępie dostrzeżenia wymaga, że aukcja elektroniczna nie jest odrębnym trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz swoistą dogrywką elektroniczną, która następuje po dokonaniu oceny ofert w sytuacjach określonych w art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp. Przebiegu aukcji dotyczy przepis art. 91 c ustawy Pzp. Zgodnie z ust. 1 przywoływanego przepisu w toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającemu wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Powyższy przepis oznacza, iż obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie odpowiednio funkcjonującej platformy elektronicznej, z którą wykonawcy drogą teleinformatyczną mogą się połączyć w sposób bezpośredni i składać postąpienia. Nie ulega wątpliwości, że za prawidłowe funkcjonowanie formularza odpowiada zamawiający, albowiem to on przygotowuje i przeprowadza postępowanie (art. 15 ust. 1 ustawy Pzp). Z kolei obowiązkiem wykonawcy jest zapewnienie sobie odpowiedniego sprzętu komputerowego, jak również sprawnego połączenia internetowego i podpisu elektronicznego.

Sformułowany w przepisie art. 91 c ust. 1 ustawy Pzp wymóg zapewnienia automatycznej oceny i kwalifikacji świadczy o tym, iż niedopuszczalna jest jakakolwiek ingerencja zamawiającego co do danych przekazywanych przez wykonawców za pomocą formularza. Urządzenia zamawiającego powinny zatem samoczynnie szeregować, oceniać i klasyfikować oferty przeliczając postąpienia na ocenę punktową według sposobu oceny ofert określonym w zaproszeniu do aukcji. Zakaz ingerencji świadczy o dbałości ustawodawcy o to, aby aukcja elektroniczna, czyli moment decydujący o wyborze oferty najkorzystniejszej i w którym następuje ustalenie kluczowych elementów ofert był niezakłócony, transparentny i odbywał się bez udziału zamawiającego. Na uwagę zasługuje również okoliczność, iż aukcja elektroniczna prowadzi do możliwości zidentyfikowania przez wykonawcę pozycji złożonej przez siebie oferty i otrzymanej punktacji a także punktacji oferty najkorzystniejszej. W ten sposób na gruncie aukcji elektronicznej ustawodawca dokonał więc modyfikacji ogólnego zakazu, obowiązującego w przypadku składania ofert w klasycznej postaci tj. konieczności zapewnienia niemożności zapoznania się z treścią ofert do momentu upływu terminu ich składania (art. 86 ust. 1 ustawy Pzp).

Powtórzenie aukcji elektronicznej jest najbardziej jaskrawym przypadkiem zaburzenia toku licytacji, które prowadzi do całkowitego zniesienia skutków pierwotnej aukcji. Ponadto, na podstawie przebiegu aukcji wykonawcy znają wartość najkorzystniejszego postąpienia i pozycję złożonej przez siebie oferty. Ponieważ powtórzenie czynności zamawiającego możliwe jest w sytuacji, gdy zostanie stwierdzona jej niezgodność z ustawą Pzp, to tym bardziej w przypadku uchylenia specyficznej czynności jaką jest aukcja elektroniczna, powinno to nastąpić w sposób niebudzący wątpliwości. A zatem podejmowanie takiej decyzji o powtórzeniu czynności aukcji elektronicznej z uwagi na wadliwość jej przebiegu może nastąpić tylko w sytuacji gdy zamawiający nie wykonał swych obowiązków określonych w art. 91 c ustawy Pzp .

Skład orzekający Izby podziela prezentowane w dotychczasowym orzecznictwie stanowisko, że podstawą do uznania aukcji elektronicznej za wadliwą jest wyłącznie wyjaśnienie, ustalenie i wykazanie, że wadliwy przebieg aukcji wywołany jest przyczyną leżącą po stronie zamawiającego lub platformy aukcyjnej. Nawet wyłączenie możliwości zaistnienia niektórych przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie jest wystarczające do uznania, że aukcja jest wadliwa. Izba uznawała również, że niewyjaśnienie powodów niemożności składania postąpień przez jednego z wykonawców nie pozwala na uznanie, że w toku prowadzonej aukcji elektronicznej zaistniały określone przyczyny wskazujące na błąd, czy innego rodzaju niepożądane działanie po stronie zamawiającego, albowiem może to oznaczać, że problem dotyczy wykonawcy. Z tego powodu za błędne należy uznać stanowisko zamawiającego przedstawione w trakcie rozprawy, iż sporne i niewyjaśnione kwestie należy rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie. W ten sposób doszło bowiem do naruszenia interesów innych wykonawców uczestniczących w aukcji elektronicznej, którzy mieli prawo oczekiwać, że jej wyniki staną się podstawą wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponieważ platforma aukcyjna w dniu 25 października 2011 r. działała, gdyż pozostali wykonawcy byli w stanie dokonać łącznie 32 postąpień, a postąpienie nie był w stanie wykonać jeden z wykonawców tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie należało ustalić przyczynę tej niemożności. W dalszej kolejności należało wykazać, że przyczyna tej niemożności leżała po stronie samego zamawiającego, przy czym na równi z przyczyną leżącą po stronie zamawiającego należy traktować przyczynę leżącą po stronie operatora platformy aukcyjnej, w sytuacji gdy zamawiający zdecydował się prowadzić aukcję na stronie takiego podmiotu trzeciego. Natomiast nie mogła prowadzić do uchylenia czynności aukcji elektronicznej niemożność wzięcia udziału w aukcji z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, jak również z przyczyn leżących po stronie podmiotów trzecich, za których działanie lub zaniechanie zamawiający nie odpowiada, np. dostawców

usługi połączenia internetowego czy dostawców usługi podpisu elektronicznego dla poszczególnych wykonawców.

W ocenie Izby materiał dowodowy zebrany w sprawie nie pozwala na stwierdzenie, że przyczyną niemożności złożenia postąpień przez Panią Nikolinę I., działającą w imieniu MPRO sp. z o.o. w Warszawie w dniu 25 października 2011 r. było działanie lub zaniechanie zamawiającego lub operatora platformy aukcyjnej.

Dostrzeżenia wymagało, że Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Biuro Zamówień Publicznych w Warszawie w piśmie z dnia 27 października 2011 r. poinformował zamawiającego, że *przyczyną problemu z podpisem elektronicznym był zmieniony adres bazy certyfikatów (zarządzany przez zewnętrzną spółkę BSB). Problem został rozwiązany po zaktualizowaniu listy certyfikatów.* Z kolei zgodnie z oświadczeniem z 17 listopada 2011 r. firmy Otwarty Rynek Elektroniczny S.A., tj. operatora systemu elektronicznego na którym przeprowadzona została aukcja stwierdzono, iż *problemy techniczne ze składaniem postąpień spowodowane były niemożliwością potwierdzenia ważności certyfikatu podpisu elektronicznego, z jakiego korzystała forma MPRO sp. z o.o.* Stwierdzono w tym piśmie również, że problem ten nie wynikał z działań operatora systemu elektronicznego. Wreszcie świadek Ryszard J. zatrudniony w Biurze Zamówień Publicznych UM M. St. Warszawy, który tworzył aukcję na systemie platformy aukcyjnej zeznał, iż *Problem miał związek z bazą, w której znajdują się certyfikaty. Są to bazy, w których znajdują się poświadczenia istnienia certyfikatów. Adres bazy jest zmienny i był problem z adresem tej bazy i odnalezieniem certyfikatu. Platforma korzysta z baz poszczególnych dostawców podpisu elektronicznego. Prawdopodobnie problem dotyczy wystawcy certyfikatu, tj. firmy UNIZETO, albowiem to ta firma umieszcza poświadczenia ważności w bazie. Nie jestem zorientowany, w jaki sposób platforma korzysta z baz poszczególnych dostawców. W trakcie aukcji testowej podpis na karcie pani Nikoliny I. zadziałał. Prawdopodobnie w bazie UNIZETO musiała zostać umieszczona informacja o aktualnym certyfikacie.*

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła iż nie zostało w sposób jednoznaczny ustalone, kto odpowiada za przyczynę problemu, którego skutkiem była niemożność składania postąpień przez Panią Nikolinę I. Wiadomo tyle, że problem powstał wskutek „*zmienionego adresu bazy certyfikatów*”, „*niemożności potwierdzenia ważności certyfikatu podpisu elektronicznego*” co wynikało z pism odpowiednio Biura Zamówień Publicznych Urzędu Miasta st. Warszawy i Otwartego Rynku Elektronicznego S.A. i które to pisma były w tym zakresie zbieżne z zeznaniami świadka Ryszard J. Nie zostało natomiast wyjaśnione i wykazane, jaki podmiot odpowiada za aktualizację adresu bazy certyfikatów. Powyższe nie wynika z treści pism, ani z zeznań ww. świadka. Świadek Mirosława T. zeznała, że zamawiający oprócz zwrócenia się do Biura Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy

nie podejmował jakichkolwiek innych kroków w celu wyjaśnienia zaistniałej sytuacji i oparł się wyłącznie na treści pisma Biura Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy.

Zamawiający w trakcie rozprawy wywodził, że na rynku działa 5 podmiotów, którzy zapewniają usługę podpisu elektronicznego. Każdy z tych podmiotów prowadzi rejestry certyfikatów, w tym certyfikatów unieważnionych. Niektórzy z tych wystawców udostępniają bazy certyfikatów poprzez stosowne narzędzie. Podmiot może udostępnić swoją bazę certyfikatów bezpośrednio lub za pośrednictwem podmiotu Baza i Systemy Bankowe. Operatora platformy elektronicznej, na której przeprowadzona została aukcja z Bazą i Systemy Bankowe, jak również bezpośrednio z dostawcami łączną stosowne umowy. Zamawiający nie umiał wyjaśnić, czy firma Unizeto Technologies S.A. będąca dostawcą usługi podpisu elektronicznego dla wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie i również odwołującego realizuje umowę z operatorem platformy bezpośrednio, czy udostępnia certyfikaty za pośrednictwem firmy Baza i Systemy Bankowe, a więc wywodził, że nie wiadomo która umowa została naruszona.

Nie zostało również wyjaśnione, w jaki sposób platforma aukcyjna odwołuje się do bazy certyfikatów. Nie umiał tego wyjaśnić świadek Ryszard J., który zeznał: *Nie jestem zorientowany, w jaki sposób platforma korzysta z baz poszczególnych dostawców.* Nie wynika to również z pisma Biura Zamówień Publicznych Miasta Stołecznego Warszawy z 27. 10. 2011 r. Z pisma tego wynika jedynie, że adres bazy certyfikatów jest zarządzany przez spółkę BSB. Nie wiadomo zatem, czy w świetle umów łączących operatora platformy z firmą Unizeto Technologies S.A. i/lub firmą Baza i Systemy Bankowe, działającą na podstawie odrębnej umowy z firmą Unizeto, to operator platformy elektronicznej obowiązany jest dbać o to, aby odwoływała się ona do odpowiedniej bazy. Czy też może za aktualizację baz certyfikatów i ich adresu odpowiada dostawca usługi podpisu elektronicznego czyli w tym przypadku firma Unizeto samodzielnie lub poprzez firmę Baza i Systemy Bankowe, a zadaniem platformy jest wyłącznie połączenie się z tą bazą. Tylko w pierwszym przypadku przyczynę problemu można byłoby przypisać platformie aukcyjnej, a w konsekwencji zamawiającemu, bo oznaczałoby, że to operator platformy zaniechał czynności zmierzających do prawidłowego jej działania. Natomiast działanie lub zaniechanie dostawcy usługi podpisu elektronicznego, niezależne od operatora platformy, a więc i zamawiającego, które spowodowałyby niemożność składania postępiń przez jednego z wykonawców, niewątpliwie nie przesądzałyby o naruszeniu przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego w trakcie pierwszej aukcji elektronicznej i nie mogło stanowić podstawy do podjęcia decyzji o powtórzeniu aukcji.

W ocenie Izby to na zamawiającym spoczywał ciężar wykazania przyczyn zaistniałego problemu. To on powoływał się bowiem na wadliwość pierwszej aukcji. Zaś odwołujący wywodził, że wada nie miała miejsca, powoływał się więc na fakt negatywny. Niezależnie jednak od tego należy zwrócić uwagę, że Izba postanowieniem z dnia 17 listopada 2011 r. zobowiązała zamawiającego do złożenia raportu operatora platformy elektronicznej o szczegółowym przebiegu aukcji elektronicznej, w tym w szczególności zawierającego dane o wszelkich ewentualnych problemach po stronie platformy aukcyjnej, ewentualnych problemach po stronie oferentów, a także o dostępności platformy dla oferentów. Zamawiający nie wykonał nałożonego na niego przez Izbę zobowiązania, co rodzić musiało po jego stronie ujemnie skutki procesowe. W oparciu o złożone oświadczenie operatora platformy elektronicznej z 17.11.2011 r. nie można ustalić, co spowodowało tę niemożność i kto za tę niemożność odpowiada. Można jedynie w oparciu o to pismo wywnioskować, że nie odpowiada za problem operator platformy aukcyjnej ani MPRO sp. z o.o. w Warszawie. Co więcej zeznający na rozprawie świadek Ryszard J., nie tylko nie wykluczał, a wręcz uznał za prawdopodobne, że problem dotyczył wystawcy certyfikatu, tj. firmy UNIZETO, a więc dostawcy usługi podpisu elektronicznego dla wykonawcy MPRO sp. z o.o. w Warszawie. Opowiadając o rozwiązaniu problemu z działaniem karty Pani Nikoliny I., które nastąpiło już po aukcji z 25 października 2011 r. zeznał, że karta ta zadziałała z tego powodu, że *Prawdopodobnie w bazie UNIZETO musiała zostać umieszczona informacja o aktualnym certyfikacie*. Zastanawiająca była bierność procesowa zamawiającego, albowiem jak wynika z zeznań świadków, w tym Ryszarda J., problem został ostatecznie rozwiązany, karta Pani Nikoliny I. ostatecznie zadziałała podczas testów przeprowadzonych na platformie testowej w kilka dni po aukcji z 25 października 2011 r. Powyższe oznacza, że przyczyna musiała zostać zidentyfikowana, usunięta i wystarczyło na rozprawie dowolnym środkiem dowodowym wykazać, że przyczyna dotyczyła zamawiającego lub platformy aukcyjnej.

Nie została wykluczona przez zamawiającego okoliczność, iż problem związany z weryfikacją samego podpisu były wywołany przyczyną leżącą po stronie dostawcy usługi podpisu elektronicznego, a przez świadka – pracownika Biura Zamówień Publicznych Pana Ryszarda J. okoliczność ta została wręcz uznana za prawdopodobną. Zaś operator platformy elektronicznej w oświadczeniu z dnia 17 listopada 2011 r. wprost stwierdził, że problem nie wynikał z jego działań.

Reasumując Izba stwierdziła, że z powodu niewykazania, że to określony instrument, czy rozwiązanie techniczne platformy aukcyjnej spowodowało wyeliminowanie wykonawcy MPRO z możliwości złożenia postąpienia, zamawiający z naruszeniem przepisów art. 91 ust. 1 i ust. 2, 91 c ust. 1 ustawy Pzp w dniu 2 listopada 2011 r. zdecydował o powtórzeniu aukcji elektronicznej, pomimo, iż pierwsza aukcja została przeprowadzona w sposób prawidłowy,

przeprowadził kolejną aukcję i wybrał w części II ofertę, która nie była ofertą najkorzystniejszą w świetle wyników aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 25.10.2011 r. Zamawiający naruszył w ten sposób także zasadę równego traktowania wykonawców wynikającą z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp albowiem nie mając ku temu podstaw, nie wziął pod uwagę wyników aukcji elektronicznej w części II zamówienia przeprowadzonej w dniu 25.10.2011 r., naruszając tym samym interes odwołującego, który miał prawo oczekiwać, że jej wyniki staną się podstawą wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

W wykonaniu wyroku Izby zamawiający zobowiązany jest unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia, unieważnić czynności aukcji elektronicznej w części II zamówienia przeprowadzonej w dniu 8 listopada 2011 r. W konsekwencji zamawiający winien powtórzyć ocenę aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 25 października 2011 r. w części II zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238). Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....