

Sygn. akt: KIO 138/12

WYROK
z dnia 7 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Paweł Trojan
Członkowie:	Marek Koleśnikow
	Piotr Kozłowski
Protokolant:	Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2012 r. oraz w dniu 6 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23.01.2012 r. przez wykonawcę **Jacka Michalskiego prowadzącego jako osoba fizyczna działalność gospodarcza pod firmą GALAXY Jacek Michalski, ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** (adres korespondencyjny ul. Poleczki 33, 00-822 Warszawa) w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa sprzętu IT dla WPI oraz PZCD wraz z usługą wsparcia technicznego” (znak DZP-2610-30/2011)

przy udziale wykonawcy **AGN Polska Spółka z o.o., ul. Zbojnogórska 36A, 04-802 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego,

przy udziale wykonawcy **TRADEX Systems Spółka z o.o., Al. Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę **Jacka Michalskiego prowadzącego jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski, ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez wykonawcę **Jacka Michalskiego prowadzącego jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski, ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra,**

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 7 lutego 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 138/12

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Dostawa sprzętu IT dla WPI oraz PZCD wraz z usługą wsparcia technicznego” (znak DZP-2610-30/2011).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 26.09.2011 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

W dniu 30.09.2011 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod numerem 2011/S 188-307005.

W dniu **04.01.2012** r. w ramach przedmiotowego postępowania została przeprowadzona na portalu aukcyjnym Urzędu Zamówień Publicznych aukcja elektroniczna.

W dniu **13.01.2012** r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz informację o odrzuceniu oferty wykonawcy AGN Polska Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23.01.2012 r. w formie elektronicznej za pomocą ESP.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w toku przedmiotowego postępowania naruszył m.in. następujące przepisy: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, art. 91 c, art. 77 i 80 ust. 1 pkt 1) i 2) i ust. 2 w zw. z art. 91 c ust. 5 ustawy Pzp, poprzez:

1. art. 77 ustawy poprzez uniemożliwienie złożenia oświadczenia o postąpieniu w drodze elektronicznej podczas trwania aukcji,
2. art. 80 ustawy poprzez przedwczesne zamknięcie aukcji i zaniechanie wskazania wykonawcy, którego oferta została wybrana bezpośrednio po zamknięciu aukcji,
3. art. 91 c ustawy poprzez zaniechanie powtórzenia aukcji elektronicznej, pomimo, że Zamawiający w dniu 13.01.2012 r. odrzucił ofertę wykonawcy, który zaoferował najniższą ceną w toku aukcji elektronicznej (tj. AGN Polska sp. z o.o.),
4. art. 84 kc i 88 §1 kc w zw. z art. 14 ustawy poprzez uznanie za wiążące oświadczenie zawierające istotny błąd,
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,

6. inne przepisy wymienione w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikające.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Tradex Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej - w zakresie zadania nr 1,
 2. powtórzenia aukcji elektronicznej,
- ewentualnie:
3. unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 1 - ze względu na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W zakresie terminu na wniesienie odwołania Odwołujący wskazał, że informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania powziął w dniu 13.01.2012 r. za pośrednictwem faksu, gdy Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez AGN Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „AGN”) oraz o wyborze oferty Tradex Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Tradex”) jako oferty najkorzystniejszej. W dniu 04.01.2012 r. Odwołujący nie posiadał i nie mógł posiadać informacji, że Zamawiający (na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy) odrzuci ofertę AGN, czyli wykonawcy, który w toku aukcji elektronicznej zaoferował najniższą cenę. W ocenie Odwołującego wniesione odwołanie jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowych terminów.

I. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu oraz brał udział w aukcji elektronicznej i posiada interes w złożeniu odwołania. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym w opinii dotyczącej konstrukcji środków ochrony prawnej po nowelizacji ustawy, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r. wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych „legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że; 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp” (Środki ochrony prawnej w świetle nowelizacji prawa zamówień publicznych, opublikowana na stronie internetowej UZP). Gdyby Zamawiający postępował zgodnie z przepisami ustawy i powtórzył aukcję elektroniczną, oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, W związku z niepowtórzeniem aukcji elektronicznej (pomimo, że Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę, który w toku aukcji zaoferował najniższą cenę), Odwołujący utracił

możliwość zawarcia z Zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w konsekwencji może ponieść szkodę.

II. W aukcji elektronicznej uczestniczyli trzej Wykonawcy: Galaxy, AGN i Tradex. Podczas kolejnych postępień AGN za wykonanie zamówienia zażądała ceny w wysokości 279.945,30 zł oraz 279.445,30 zł (zamiast odpowiednio 2.779945,30 zł i 2.779445,30 zł). Drugą w kolejności cenę podał Tradex a cenę najwyższą wskazało Galaxy.

1. Pomimo podania nierealnej ceny przez AGN ani Galaxy ani Tradex nie mogli złożyć żadnych oświadczeń o kolejnym postąpieniu, gdyż nie można było „przelicytować” ceny AGN, System uniemożliwił zaoferowanie ceny wyższej niż zaoferowana przez AGN.

2. Galaxy i zapewne Tradex „nie powiedzieli” ostatniego słowa w tej aukcji ze względu na działania AGN i Zamawiającego. W efekcie utrzymanie obecnego rozstrzygnięcia jest dla Zamawiającego niekorzystne.

3. Zamawiający wiedział o tym, iż cena zaproponowana przez AGN jest nierealna i zażądał wyjaśnień. AGN przyznał, iż złożenie podanie ceny na poziomie 10% ceny realnej jest wynikiem błędu. Tym samym uchylił się od skutków swego błędu istotnego w rozumieniu art. 84 §1 i 2 kc oraz art. 88§1 kc.

4. Skoro oświadczenie woli było obarczone błędem - co nie jest kwestionowane - to konsekwencją uznania tego błędu jest bezskuteczność tego oświadczenia. Skoro oświadczeniem obarczonym błędem było postąpienie w toku aukcji, to oznacza, iż postąpienie to w ogóle nie zostało dokonane - czynność prawna jest bowiem nieważna - por. art. 58 kc. Konsekwencją braku postąpienia ze strony AGN jest konieczność umożliwienia dokończenia licytacji przez Tradex i Galaxy.

5. W tym stanie rzeczy kwestią uzupełniającą jest niezasadne odrzucenie oferty AGN ze względu na rażąco niską cenę oferty - cena nie jest rażąco niska bowiem kwota wskazana Zamawiającemu to nic innego jak błąd oświadczenia woli. AGN opisał sytuację w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny - pismo z dnia 13 stycznia 2012r. Nie jest to cena, za którą wykonawca chciał wykonać zamówienie - ta okoliczność potwierdza zasadność żądań Odwołującego. Zamawiający - wbrew stanowisku AGN - uznał podaną cenę nie za błąd oświadczenia woli ale za wiążące oświadczenie z ceną rażąco niską. Różnica jest tu istotna, gdyż cena rażąco niska jest z definicji rzeczy podawana świadomie (tylko wtedy można ją zaniżyć).

6. Zamawiający dokonał wyboru oferty Tradex z ceną 2.780,000,00 zł, pomimo, że miał możliwość - w wyniku powtórzenia aukcji elektronicznej - wyboru oferty z ceną korzystniejszą (niższą).

III. W przypadku oddalenie żądania powtórzenia aukcji wnoszę o unieważnienie postępowania. Jeżeli uznać, że brak podstaw do wznowienia aukcji (a właściwie do jej

kontynuowania i zakończenia) to zaistniały przesłanki wskazane w art. 93 ust.] pkt 6 ustawy. Nie leży w interesie publicznym zawarcie umowy i wydatkowanie kwoty 2.780.000,00 zł w sytuacji, gdy Galaxy nie mógł „przebić” tej ceny na skutek błędu popełnionego przez AGN. Ten zbieg okoliczności powoduje bowiem to, iż licytacja zatrzymała się w momencie korzystnym dla Tradex - kontynuowanie postępowania nie leży w interesie publicznym i nie leży w interesie samego Zamawiającego.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TRADEX Systems Spółka z o.o. oraz odrzuceniu oferty AGN Polska Spółka z o.o. Podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczyły również przebiegu, przeprowadzonej w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aukcji elektronicznej.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, ofertami i postąpieniami złożonymi przez wykonawców, dokumentacją obrazującą przebieg aukcji elektronicznej, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Izba ustaliła, iż Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę oraz został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej. Podniesione w odwołaniu zarzuty oraz sformułowane żądania zmierzają do powtórzenia aukcji elektronicznej. Tym samym, biorąc pod uwagę powyższy fakt, uwzględnienie odwołania umożliwi Odwołującemu

powtórny udział w aukcji elektronicznej, co może skutkować uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała, iż w ramach niniejszego postępowania odwoławczego swoje przystąpienie skutecznie zgłosili wykonawca TRADEX Systems Spółka z o.o. po stronie Zamawiającego wykonawca AGN Polska Spółka z o.o. po stronie Odwołującego stając się tym samym uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielnie przedmiotowego zamówienia.

Izba uwzględniła również dokumentację przekazana w oryginale przez Zamawiającego w postaci treści ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców oraz treści SIWZ wraz z załącznikami.

Izba uwzględniła również dowody zgłoszone w piśmie procesowym z dnia 04.02.2012 r. przez Przystępującego TRADEX Systems Spółka z o.o., w tym w postaci wydruku ze strony portalu aukcji elektronicznych Urzędu Zamówień Publicznych zawierającego historię aukcji elektronicznej o identyfikatorze A-797-2011 oraz zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej nr A-797-2011.

Izba na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp nie uwzględniła wniosków dowodowych Odwołującego i Przystępującego AGN Polska Spółka z o.o. W zakresie dowodu z zeznań świadków uznała, iż został on przywołany dla zwłoki postępowania. W odniesieniu do dowodu z opinii biegłego uznała, iż fakty te zostały stwierdzone innymi dowodami. W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż dopuszczenie dowodu z opinii biegłego jest możliwe wówczas, gdy istnieje kompletny i zupełny materiał pozwalający na wydanie opinii. Jak zostało wskazane w komentarzu do art. 278 ustawy Kodeks postępowania cywilnego ([w] Bodio J., Demendecki T., Jakubecki A., Marcewicz O. Telenga P., Wójcik M. P., Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Oficyna 2008, wyd. III) „W świetle stanowiska judykatury zadaniem biegłego nie jest ustalenie stanu faktycznego sprawy, lecz naświetlenie i wyjaśnienie przez sąd okoliczności z punktu widzenia posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego biegłemu materiału sprawy”. Powyższe zostało potwierdzone w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 1969 r. (sygn. akt I CR 140.69, OSNC 1970, Nr 5, poz. 85) oraz w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2006 r. o sygn. akt V CSK 360/06 (Lex, nr 238973). Zatem

celem dowodu z opinii biegłego jest ocena zgromadzonego w sprawie materiału przy uwzględnieniu posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych, a nie pozyskanie wiadomości z możliwych dostępnych źródeł. Powyższa argumentacja odnosi się również do podniesionego w toku rozprawy przez Odwołującego oraz Przystępującego AGN Polska Spółka z o.o. stanowiska, iż dowód w postaci pisma Dyrektora Generalnego UZP z dnia 03.02.2012 r. jest dowodem pośrednim i opiera się na informacjach pozyskanych od podmiotu trzeciego tj. podmiotu nadzorującego działanie platformy aukcyjnej. W ocenie Przystępującego AGN Polska Spółka z o.o. o fakcie braku odnotowania błędu w toku aukcji elektronicznej winien świadczyć dowód bezpośredni uzyskany bezpośrednio od administratora systemu. Podniósł również, że pismo Dyrektora Generalnego Urzędu Zamówień Publicznych stanowi jedynie poglądy nie stanowiące dowodu w znaczeniu procesowym.

Izba uznała, że przedstawione w piśmie Dyrektora Generalnego UZP z dnia 03.02.2012 r. wyjaśnienia są wiarygodne, ponieważ opierają się na znajomości działania systemu aukcyjnego przez podmiot zajmujący się jego techniczną obsługą. Należy bowiem wskazać, że administrator systemu, którym jest Urząd Zamówień Publicznych, a pośrednio także podmiot obsługujący system od strony technicznej, jest w niniejszym sporze podmiotem trzecim. Równocześnie Urząd Zamówień Publicznych jest też podmiotem właściwym do zwracania się z zapytaniami odnośnie prawidłowości działania systemu aukcyjnego, w przypadku gdy taka prawidłowość jest kwestionowana. Trudno bowiem ustalić, jaki inny podmiot miałby być właściwym dla zbadania tej kwestii, jak nie administrator platformy posiadający dostęp do wszystkich informacji związanych z daną aukcją, w tym w odniesieniu do czynności podejmowanych przez uczestników aukcji, które mogą ewentualnie wpływać na skuteczność dokonywanych przez nich postępień niezależnie od prawidłowości funkcjonowania samej platformy.

Ponadto, w ocenie Izby, nie można zarzucić Urzędowi Zamówień Publicznych stronniczości w tym zakresie, ponieważ jest podmiotem nie zainteresowanym w rozstrzygnięciu postępowania na rzecz któregośkolwiek z uczestników, czy też w działaniach na rzecz zamawiającego. Urząd Zamówień Publicznych jest również związany umową z podmiotem odpowiedzialnym za obsługę Platformy Aukcji Elektronicznych i w tym zakresie jest on podmiotem bezpośrednio odpowiedzialnym za poprawność jej działania. Odpowiedzialność podmiotu obsługującego ogranicza się jedynie do obowiązków wynikających z zawartej umowy na jego obsługę. Ponadto Izba wzięła pod uwagę regulamin aukcji oraz dokument zaproszenia do aukcji. W tych okolicznościach Izba uznała dowód w postaci pisma Dyrektora Generalnego UZP z dnia 03.02.2012 r. za wiarygodny czyniąc go przedmiotem analizy w oparciu o art. 190 ust. 2 ustawy Pzp.

Z tych też względów nie uwzględniła wniosku o przeprowadzenie dowodu opinii biegłego. Należy bowiem wskazać, iż zgłoszony przez Odwołującego oraz Przystępującego AGN Polska Spółka z o.o. dowód z opinii biegłego zmierzałby do pozyskania informacji bezpośrednio od administratora systemu. Opinia biegłego, jak wyżej wskazano, winna obejmować rozstrzygnięcie istotnych dla postępowania kwestii w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał, jeżeli jego ocena wymaga wiadomości specjalnych, tj. ocena zgromadzonego materiału wymaga zasięgnięcia opinii osoby posiadającej wiedzę umożliwiającą wyprowadzenie właściwych wniosków z już posiadanych dowodów. Dowód ten nie służy do pozyskiwania i gromadzenia informacji nie pozyskanych przez Strony i uczestników postępowania odwoławczego.

W niniejszej sprawie Izba uznała, iż został zgromadzony wystarczający materiał dowodowy wskazujący na przebieg aukcji elektronicznej Nr A-797-2011, zaś do ich oceny, zdaniem Izby, nie jest wymagane posiadanie wiedzy specjalistycznej. Strony i uczestnicy postępowania mieli możliwość odniesienia się do powyższych dowodów, czego wynikiem są ich oświadczenia złożone w toku rozprawy do protokołu. Na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, że strony i uczestnicy postępowania swoje uwagi koncentrowali w przeważającej części w odniesieniu do kwestii formalnych przedstawionych dowodów – nie zaś do ich merytorycznej treści.

Tym samym Izba uznała, iż wniosek o powołanie dowodu z opinii biegłego winien zostać oddalony ze względu na fakt, iż powołany z urzędu przez Izbę dowód w postaci pisma Dyrektora Generalnego UZP z dnia 03.02.2011 r. oraz dowody z dokumentów przywołane przez Przystępującego TRADEX Systems Spółka z o.o. umożliwiają rozstrzygnięcie spornych kwestii.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa prowadzi w oparciu o ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa sprzętu IT dla WPI oraz PZCD wraz z usługą wsparcia technicznego” zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Po drugie Izba ustaliła, że odwołanie dotyczy zadania nr 1.

Po trzecie Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 26.09.2011 r. przekazał do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie o zamówieniu. W dniu 30.09.2011 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w suplemencie Dz. U. UE pod numerem 2011/S 188-307005.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji IV.2.2. wskazał, że po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w poszczególnych zadaniach Zamawiający zamierza przeprowadzić aukcję elektroniczną zgodnie z art. 91b – c ustawy. Ponadto Zamawiający wskazał, iż aukcja zostanie przeprowadzona w poszczególnych zadaniach na platformie aukcji elektronicznej, udostępnionej przez UZP, pod adresem <https://aukcje.uzp.gov.pl>.

W ogłoszeniu o zamówieniu w powyższej sekcji znajdują się postanowienia dotyczące przebiegu, warunków oraz sposobu prowadzenia aukcji elektronicznej. W tym przedmiocie ogłoszenia zawiera następujące postanowienia (Informacja o zastosowaniu aukcji elektronicznej):

- 1) po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty poszczególnych zadaniach Zamawiający zamierza przeprowadzić aukcję elektroniczną zgodnie z art. 91 b) – c) ustawy,
- 2) Zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną w poszczególnych zadaniach, jeżeli zostaną złożone w danym zadaniu, co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu,
- 3) jeżeli w danym zadaniu nie zostaną złożone, co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu, aukcja elektroniczna w danym zadaniu nie zostanie przeprowadzona, a oferta najkorzystniejsza zostanie wybrana spośród ofert pisemnych, złożonych w toku postępowania,
- 4) w sytuacji, gdy dwie oferty uzyskają jednakową liczbę punktów, Zamawiający przewiduje możliwość przedłużenia aukcji,
- 5) jeżeli w toku aukcji nie zostanie złożone żadne postąpienie, Zamawiający dokona wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert pisemnych,
- 6) aukcja zostanie przeprowadzona w poszczególnych zadaniach na platformie aukcji elektronicznej, udostępnionej przez UZP, pod adresem <https://aukcje.uzp.gov.pl>.

2. Wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urzędzeń informatycznych:

- 1) złożone przez Wykonawców oferty pisemne dotyczące poszczególnych zadań zostaną wprowadzone do systemu przez Zamawiającego. Będą to oferty wyjściowe, w poszczególnych zadaniach, które mogą zostać „poprawione”, przez danego wykonawcę, poprzez składanie kolejnych postąpień. W przypadku braku postąpienia przez danych Wykonawców w danym zadaniu w trakcie trwania aukcji ich oferty pisemne będą podlegały

automatycznej ocenie w toku aukcji elektronicznej na równi z ofertami tych Wykonawców, którzy zdecydują się „poprawić” swoje oferty poprzez kolejne postąpienia w toku aukcji.

2) Wykonawcy zaproszeni do udziału w aukcji w poszczególnych zadaniach zostaną zarejestrowani na platformie aukcyjnej przez Zamawiającego. Na adres e-mail wskazany przez Wykonawcę w formularzu ofertowym zostanie przesłane zaproszenie do udziału w aukcji w poszczególnych zadaniach wraz z logiem i hasłem; w przypadku powzięcia przez Zamawiającego informacji, iż zaproszenie nie zostało dostarczone do Wykonawcy z przyczyn technicznych i nie jest możliwe ustalenie przyczyny, Wykonawca zobowiązany jest do wskazania innego adresu e-mail,

3) zaproszenie do udziału w aukcji w poszczególnych zadaniach zostanie wysłane drogą elektroniczną do wszystkich wykonawców, którzy złożyli w danym zadaniu oferty niepodlegające odrzuceniu, na adres e-mail wskazany przez danego Wykonawcę w formularzu ofertowym,

4) niezwłocznie po otrzymaniu zaproszenia w danym zadaniu Wykonawca zobowiązany jest do zalogowania się na platformie aukcyjnej (za pomocą otrzymanego wraz z zaproszeniem loginu i hasła), a także do potwierdzenia poprawności danych wprowadzonych przez Zamawiającego za pomocą polecenia „wyslij wiadomość do zamawiającego”, ze szczególnym zwróceniem uwagi na poprawne zdefiniowanie przez Zamawiającego osoby uprawnionej do składania postąpień oraz wskazania danego zadania,

5) w formularzu ofertowym należy wskazać osobę uprawnioną do składania ofert w imieniu Wykonawcy w trakcie aukcji elektronicznej (osoba podpisująca dokument składany w toku aukcji za pomocą bezpiecznego podpisu elektronicznego); w przypadku, gdy będzie to inna osoba niż podpisująca ofertę, należy załączyć do oferty pełnomocnictwo dla tej osoby, podpisane przez osobę/y upoważnioną/e do reprezentowania Wykonawcy, z którego wynikać będzie prawo do reprezentowania Wykonawcy w aukcji elektronicznej; w przypadku zmiany osoby uprawnionej do składania postąpień w toku aukcji elektronicznej, Wykonawca zobowiązany jest powiadomić o takiej zmianie Zamawiającego na minimum jeden dzień przed otwarciem aukcji,

6) 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 w poszczególnych zadaniach, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji; postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu,

7) w przypadku, jeśli Wykonawca będzie posługiwał się podpisem elektronicznym wystawionym przez zagraniczny podmiot certyfikacyjny to zobowiązany jest do dostarczenia

Zamawiającemu wzoru takiego podpisu wraz z ofertą, który zostanie przekazany administratorowi systemu aukcyjnego,

8) od momentu otwarcia aukcji elektronicznej do momentu jej zamknięcia każdy Wykonawca może złożyć dowolną liczbę postąpień w poszczególnych zadaniach,

9) aukcja jest prowadzona dla poszczególnych zadań zgodnie z czasem wskazanym na platformie (lewa część ekranu).

10) w sytuacji, gdy dwie lub więcej ofert uzyska jednakową najwyższą liczbę punktów w danym zadaniu, Zamawiający przewiduje możliwość przedłużenia aukcji w celu wyłonienia zwycięzcy; czas trwania przedłużenia aukcji wynosi 10 minut. W przypadku, gdy podczas przedłużenia aukcji oferty uzyskają jednakową liczbę punktów, ofertą korzystniejszą będzie oferta złożona wcześniej.

11) w zaproszeniu do udziału w aukcji na poszczególne zadania Zamawiający poinformuje Wykonawców o:

a) pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji w danym zadaniu,

b) minimalnych wartościach postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej na dane zadanie,

c) terminie otwarcia aukcji elektronicznej na poszczególne zadania,

d) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej na poszczególne zadania.

12) sposób składania ofert w toku aukcji elektronicznej na poszczególne zadania:

a) w toku aukcji elektronicznej wykonawcy składają oferty elektroniczne, pozostając w trybie bezpośredniego połączenia ze stroną internetową <https://aukcje.uzp.gov.pl>.

b) składanie ofert jest możliwe wyłącznie po załogowaniu się w systemie,

c) składanie ofert odbywa się z poziomu zakładki: „Moje aukcje”, w widoku „oferta”,

d) w celu wprowadzenia postąpienia należy nacisnąć polecenie „złóż postąpienie” znajdujące się obok kryterium oceny, a następnie wprowadzić oferowane warunki oferty i nacisnąć „zmień”,

e) system wskazuje przewidywalną punktację, jaką uzyska oferta po wprowadzonych zmianach; czynność wprowadzania zmian w ofercie można ponawiać aż do uzyskania odpowiedniej punktacji,

f) wprowadzone zmiany należy zaakceptować za pomocą polecenia „zapisz”,

g) należy pobrać i zapisać na dysku dokument opisujący postąpienie (dokument w formacie PDF), a następnie nacisnąć polecenie „Dalej”,

h) poza systemem aukcyjnym należy dokument opisujący postąpienie podpisać – z wykorzystaniem oprogramowania służącego do składania podpisu (oprogramowanie dostarczane przez wystawcę podpisu) – podpis w formacie Xades,

i) w systemie aukcyjnym należy nacisnąć polecenie „wybierz plik”, a następnie wskazać plik podpisu postąpienia (plik w formacie Xades) i nacisnąć przycisk „wyślij”.

13) minimalne wymagania techniczne urządzeń informatycznych, niezbędne do przeprowadzenia aukcji elektronicznej:

a) komputer klasy PC,

b) system operacyjny Windows lub Linux,

c) łącze internetowe,

d) przeglądarki:

— Mozilla Firefox w wersji 2.0 lub wyższej,

— Opera w wersji 9.0 lub wyższej,

— Google Chrome w wersji 3.0 lub wyższej,

— program do odczytu plików w formacie PDF,

— ważny kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego oraz oprogramowanie służące do składania podpisu elektronicznego.

14) Wykonawcy składający postąpienia są obowiązani podpisywać oferty w toku aukcji elektronicznej za pomocą oprogramowania dostarczonego przez wystawcę podpisu elektronicznego; nie jest możliwe podpisywanie ofert przy użyciu funkcji podpisu dostępnej w programie Adobe Reader (funkcja wykorzystywana m.in. przy podpisywaniu dokumentów skarbowych),

15) oferty powinny być opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym w formacie Xades, gdyż tylko dokumenty opatrzone podpisem w ww. formatach są akceptowane przez system aukcyjny; dopuszczalny jest zarówno podpis wewnętrzny, jak i zewnętrzny; celem uniknięcia ewentualnych problemów w toku aukcji Wykonawcy powinni wprowadzić odpowiednie ustawienia do oprogramowania obsługującego składanie podpisu elektronicznego przed rozpoczęciem aukcji; w przypadku trudności z właściwym skonfigurowaniem oprogramowania (w szczególności ustawieniu formatu podpisu na Xades) zalecany jest kontakt z wystawcą podpisu elektronicznego.

16) W ciągu dwóch dni od zakończenia aukcji na określone zadanie wykonawcy, którzy poprawili oferty złożone w wersji papierowej zobowiązani są złożyć w siedzibie Zamawiającego ofertę (w cenie oferty złożonej w toku aukcji) z cenami jednostkowymi.

3. Kryteria oceny ofert w toku aukcji elektronicznej:

Oferty składane w toku aukcji elektronicznej będą podlegały automatycznej ocenie i klasyfikacji, zgodnie z kryteriami podanymi w rozdziale XVIII SIWZ.

Tożsame postanowienia jak w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający zawarł w SIWZ w Rozdziale IV zatytułowanym „Aukcja elektroniczna”.

Ponadto w dziale XVIII SIWZ Zamawiający określił kryteria oceny ofert ustalając, że jedynym kryterium oceny ofert będzie cena (najniższa cena). Analogiczne postanowienia zostały zawarte w sekcji IV.2) ogłoszenia o zamówieniu (kryteria oceny ofert – kryteria udzielenia zamówienia).

Izba ustaliła ponadto, iż w ramach zadania nr 1 w terminie składania ofert pisemnych, tj. do dnia 14.11.2011 r. do godziny 12.00 swoje oferty złożyło trzech wykonawców. Wykonawca GALAXY Jacek Michalski złożył ofertę pisemną z ceną ofertową 2.869.651,50 zł brutto; wykonawca AGN Polska Spółka z o.o. z ceną ofertową 2.850.045,30 zł brutto oraz wykonawca TRADEX Systems Spółka z o.o. z ceną ofertową 3.304.948,50 zł brutto.

Ustalono w dalszej kolejności, że w dniu 04.01.2012 r. o godzinie 10.00 na portalu aukcji elektronicznych Urzędu Zamówień Publicznych rozpoczęła się dla zadania nr 1 aukcja elektroniczna o identyfikatorze A-797-2011.

W toku przedmiotowej aukcji elektronicznej złożono następujące postąpienia:

1. O godzinie 10:02:34 swoje postąpienia na kwotę 2.829.000,00 zł złożył wykonawca TRADEX Systems Spółka z o.o.;
2. O godzinie 10:10:56 swoje postąpienia na kwotę 2.800.000,00 zł złożył wykonawca GALAXY Jacek Michalski;
3. O godzinie 10:22:38 swoje postąpienie na kwotę 2.799.900,00 zł złożył wykonawca TRADEX Systems Spółka z o.o.;
4. O godzinie 10:27:01 swoje postąpienia na kwotę 279.945,30 zł złożył wykonawca AGN Polska Spółka z o.o.;
5. O godzinie 10:37:54 swoje postąpienie na kwotę 2.780.000,00 zł złożył wykonawca TRADEX Systems Spółka z o.o.;
6. O godzinie 10:40:04 swoje postąpienie na kwotę 279.445,30 zł złożył wykonawca AGN Polska Spółka z o.o.

Jak wynika z dowodu nr 1 dołączonego do pisma z dnia 04.02.2012 r. złożonego przez Przystępującego TRADEX Systems Spółka z o.o. aukcja zakończyła się o godzinie 11.04.12.

Z powyższego dowodu, stanowiącego wydruk historii aukcji A-797-2011 ze strony portalu aukcji elektronicznych Urzędu Zamówień Publicznych, wynika ponadto, iż w dniu 30.12.2011 r. wprowadzono oferty wstępne dla następujących wykonawców: GALAXY Jacek Michalski (godzina 09:02:43), AGN Polska Spółka z o.o. (godzina 09:03:10) oraz dla TRADEX Systems Spółka z o.o. (godzina 09:03:33). W oparciu o powyższy dowód ustalono również, że w dniu 30.12.2011 r. o godzinie 09:18:40 Zamawiający wprowadził terminy dla przedmiotowej aukcji: data otwarcia 04.01.2012 r. godzina 10:00:00, data zakończenia 04.01.2012 r. godzina 10:20:00.

Z historii aukcji o identyfikatorze A-797-2011 wynika ponadto, iż w dniu 30.12.2011 r. o godzinie 09:22:21 Zamawiający wysłał zaproszenie do aukcji dostawa sprzętu IT DZP-2610-30/2011 – zadanie 1 do wykonawców: GALAXY Jacek Michalski (galaxy@galaxy.com.pl), AGN Polska Spółka z o.o. (Maciej.zoledziowski@agn.com.pl) oraz TRADEX Systems Spółka z o.o. (biuro@tradex.pl).

W dniu 09.01.2012 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcę AGN Polska Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień, w celu ustalenia, czy oferta złożona w formie postępień podczas aukcji elektronicznej w przedmiotowym postępowaniu w zakresie zadania nr 1 zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i wezwał do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał na złożone w toku aukcji przez wykonawcę AGN Polska Spółka z o.o. postąpienia i podniósł, iż cena oferty wynikająca z postępień w toku aukcji elektronicznej stanowi ok. 10% ceny oferty pisemnej oraz jest znacznie niższa od wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień do dnia 11.01.2012 r.

W dniu 11.01.2012 r. wykonawca GALAXY Jacek Michalski przekazał Zamawiającemu pismo z dnia 11.01.2012 r. w którym oświadczył, iż przedłuży ważność wadium na okres do upływu terminu związania ofertą w zakresie zadania nr 1 i przedłuży termin związania ofertą o 60 dni z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium, tj. do dnia 30.03.2012 r.

W dniu 11.01.2012 r. pismem z dnia 10.01.2011 r. wykonawca AGN Polska Spółka z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 09.01.2012 r. wskazał, iż podjęte przez niego postąpienie podczas aukcji elektronicznej nastąpiło w wyniku błędu. Wskazał w sposób szczegółowy okoliczności przebiegu aukcji elektronicznej oraz przedsięwzięte przez osoby prowadzące z ramienia AGN Polska Spółka z o.o. aukcję czynności. Wniósł o dokonanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej podczas wprowadzania oferowanej ceny. Wskazał, iż ostateczna cena zgodna z oświadczeniem woli jest ceną 2.779.445,30 zł. Wskazał ponadto, że zastrzega treść niniejszego pisma, jako informacje „stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. W ocenie wykonawcy AGN Polska Spółka z o.o. treść wyjaśnień w podanym zakresie, na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, nie może być udostępniona publicznie, w szczególności innym wykonawcom w postępowaniu. Informacja ta posiada wartość gospodarczą dla wykonawcy. Ujawnienie tej informacji firmom konkurencyjnym może spowodować, że w przyszłych postępowaniach o podobnym zakresie inni wykonawcy będą znali możliwości i potencjał wykonawcy. Informacje o powodach błędnego postąpienia nie zostały przez wykonawcę nigdzie upublicznione i są wewnętrzną kwestią wykonawcy.

Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 13.01.2012 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta wykonawcy TRADEX Systems Spółka z o.o. z ceną ofertową 2.780.000,00 zł brutto. Zamawiający wskazał ponadto, iż oferta powyższa została złożona w wyniku udziału w aukcji elektronicznej. Wskazał również, iż działając na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odrzucił ofertę wykonawcy AGN Polska Spółka z o.o. W

uzasadnienie Zamawiający wskazał, że w piśmie z dnia 10.01.2012 r. wykonawca AGN Polska Spółka z o.o., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 09.01.2012 r., nie wskazał żadnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

Powyższa czynność została w dniu 23.01.2012 r. zaskarżona przez wykonawcę Jacek Michalski prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W odniesieniu do zarzutów dotyczących przebiegu aukcji elektronicznej, tj. art. 77, art. 80 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 91c ust. 5 ustawy Pzp, Izba uznała, iż zarzuty powyższe nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, iż aukcja elektroniczna jest zautomatyzowanym sposobem oceny ofert odbywającym się bez ingerencji zamawiającego. Ocena ta jest przeprowadzana w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, co wynika jednoznacznie z treści art. 91a ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe wskazuje, iż wszelkie czynności w toku aukcji przebiegają w sposób zautomatyzowany w oparciu o reguły ustalone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ oraz zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej. Biorąc pod uwagę podstawy faktyczne podniesionych w treści odwołania zarzutów istotne jest ustalenie, czy przeprowadzona aukcja przebiegła bez zakłóceń oraz odstępstw od warunków ustalonych przez Zamawiającego.

W oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, w szczególności w oparciu o powołany z urzędu dowód w postaci pisma Dyrektora Generalnego UZP z dnia 03.02.2012 r., jak również w oparciu o przywołane przez Przystępującego TRADEX dowód w postaci listy postępień złożonych w toku aukcji elektronicznej o identyfikatorze A-797-2011 (zadanie nr 1) Izba ustaliła, iż przeprowadzona na portalu aukcyjnym UZP aukcja elektroniczna nr A-797-2011 przebiegła bez zakłóceń oraz w sposób przewidziany przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz informacji o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej. Jak ustalono, w toku aukcji brak było jakichkolwiek czynności Zamawiającego stanowiących ingerencję w jej przebieg, w szczególności czynności wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania lub czynności powodujących, że jej przebieg byłby niezgodny z warunkami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu oraz informacji o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej. Jak wynika z treści pisma Dyrektora Generalnego UZP z dnia 03.02.2012 r. „(...) wykonawcy mogli składać dowolne postąpienia, których wartość jest mniejsza niż wartość ich aktualnej oferty pomniejszonej o 500 zł”. Powyższe wskazuje, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż w toku aukcji możliwe było dokonywanie postępień mniej

korzystnych od postąpień dokonanych przez innych wykonawców. Wszak lista postąpień aukcji A-797-2011 (zdanie nr 1) wskazuje, iż po dokonaniu w dniu 04.01.2012 r. o godzinie 10:27:01 postąpieniu wykonawcy AGN Polska Spółka z o.o. w wysokości 279.945,30 PLN swoje postąpienie o godzinie 10:37:54 w wysokości 2.780.000,00 PLN skutecznie złożył wykonawca TRADEX Systems Spółka z o.o. Powyższe wskazuje, iż postąpienia mniej korzystne od postąpień innych wykonawców były nie tylko możliwe do złożenia, ale były skutecznie składane przez pozostałych wykonawców. Zatem postanowienie ogłoszenia o zamówieniu zawarte w sekcji IV 2.2.2.6., które mówi o korzystniejszych postąpieniach odnosi się do oferty własnej wykonawcy i złożonych przez tego wykonawcę wcześniejszych postąpień, co koresponduje z treścią art. 91c ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp.

W tym zakresie zarówno Odwołujący, jak również Przystępujący AGN Polska Spółka z o.o. nie przedstawili żadnych dowodów wskazujących na nieprawidłowość działania systemu, jak również nie przedstawili żadnych dowodów wskazujących na nieuprawniony wpływ Zamawiającego na przebieg aukcji elektronicznej. Swoje zarzuty w powyższym zakresie oparli jedynie na twierdzeniach nie znajdujących oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Ponadto o prawidłowości działania platformy aukcyjnej UZP oraz o prawidłowym przebiegu aukcji elektronicznej Nr A-797-2011 świadczy fakt, że w toku aukcji pomiędzy godziną 10:00:00 a 10:40:04 wykonanych zostało 6 skutecznych postąpień, przy czym postąpienia wykonywane były w różnych godzinach i przez różne podmioty. Okoliczność tę potwierdza, znajdująca się w aktach postępowania przekazanych przez Zamawiającego, lista postąpień dokonanych na platformie aukcji elektronicznych Urzędu Zamówień Publicznych w ramach zadania nr 1 dla aukcji Nr A-797-2011.

Ponadto należy wskazać, że Odwołujący nie podjął próby wykazania, że usiłował złożyć kolejne postąpienie po godzinie 10:40:04.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje na prawidłowy przebieg aukcji elektronicznej Nr A-797-2011 w zakresie zadania nr 1.

W tym miejscu należy wskazać, że w przypadku gdy system informatyczny obsługujący portal z aukcją działa automatycznie według określonych reguł i aukcja przebiegła zgodnie z ustalonymi na etapie ogłoszenia o zamówieniu oraz zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej zasadami i warunkami to zaskarżeniu winien podlegać nie przebieg aukcji (i tym samym nie nieistniejące czynności zamawiającego), ale reguły w oparciu o które przebiega aukcja. Ogłoszenie o zamówieniu zawiera informację, iż celem wyboru najkorzystniejszej oferty będzie miała zastosowanie aukcja elektroniczna przy użyciu portalu aukcji elektronicznej UZP i tam znajduje się regulamin i sposób działania tego portalu. Szczegółowe warunki aukcji zawiera zarówno ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, jak również

zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Jak wyżej wskazano w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji IV.2.2.2.6. znajduje się postanowienie, iż: „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 w poszczególnych zadaniach, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji (...)” - korespondujące z treścią art. 91c ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp. Reguły prowadzenia aukcji elektronicznej zawiera również, stosownie do treści art. 91b ust. 2 ustawy Pzp, zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej (dowód nr 3 przywołany wraz z pismem TRADEX Systems Spółka z o.o. z dnia 04.02.2012 r.).

Zatem w takich okolicznościach faktycznych, jak ustalone w niniejszym postępowaniu odwoławczym, przedmiotem zaskarżenia należało uczynić postanowienia ogłoszenia o zamówieniu lub treść zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej odnoszące się do sposobu prowadzenia aukcji. Brak jest bowiem w toku aukcji jakichkolwiek czynności Zamawiającego i tym samym nie mogą one stanowić przedmiotu zaskarżenia i przedmiotu zarzutów.

W tym miejscu, w odniesieniu do żądań Odwołującego sformułowanych w treści odwołania, w których wniósł o „powtórzenie aukcji elektronicznej” oraz „umożliwienie dokończenia licytacji przez Tradex i Galaxy”, wskazać należy, iż w ocenie Izby niemożliwy jest powrót do aukcji (jej kontynuacja) lub jej powtórzenie. Powyższe jest spowodowane szeregiem ważkich okoliczności. Po pierwsze aukcja elektroniczna jest jednoetapowa, na co wskazuje art. 91a ust. 4 ustawy Pzp. Zatem jej skuteczne zamknięcie uniemożliwia powrót i kontynuację zakończonych aukcji. Po drugie powtórzenie aukcji elektronicznej musiałoby spowodować unieważnienie przeprowadzonej we wcześniejszym terminie aukcji i powtórne jej przeprowadzenie. W tym miejscu na uwagę zasługuje stanowisko Przystępującego TRADEX Systems Spółka z o.o. wyrażone w toku rozprawy. Wskazał on, iż Izba może nakazać jedynie ponowienie czynności zamawiającego lub unieważnienie tych czynności, nie może jednak odnosić się do czynności wykonawców, w szczególności dotyczących złożenia oferty. Izba w całości podziela powyższy pogląd. Za jego słusznością przemawia fakt, iż Zamawiający korzystając z usług określonego podmiotu, który udostępnia swój portal celem prowadzenia aukcji elektronicznej, akceptuje zasady tam funkcjonujące i są one warunkami i regułami postawionymi przez Zamawiającego wykonawcom. Jak wynika z regulacji ustawy Pzp odnoszących się do aukcji elektronicznej oraz ustaleń poczynionych w toku niniejszego postępowania odwoławczego czynność oceny ofert w toku aukcji elektronicznej następuje automatycznie bez ingerencji zamawiającego. Jest to zgodne z jednoznacznymi uregulowaniami przepisu art. 91a ust. 3 ustawy Pzp.

Izba zatem nie może nakazać zamawiającemu unieważnienia aukcji elektronicznej, gdyż tym samym unieważnieniu podlegałyby czynności wykonawców dokonane w toku aukcji

obejmujące złożenie skutecznych oświadczeń woli w postaci postępień w przedmiocie ceny ofertowej. Jak wynika bowiem z treści art. 91c ust. 4 ustawy Pzp oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej. Bieg terminu związania oferta nie ulega przerwaniu. Brak czynności Zamawiającego w toku aukcji oraz wpływ unieważnienia aukcji elektronicznej na skutecznie dokonane czynności wykonawców przemawia za uznaniem, iż Izba nie jest uprawniona do nakazania jej unieważnienia. Aukcja elektroniczna, analogicznie jak czynność składania ofert, obejmuje czynności wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W obu bowiem przypadkach Zamawiający w odpowiednim - poprzedzającym terminie (dla ofert pisemnych w przetargu nieograniczonym w oparciu o art. 43 ust. 1 do 3 ustawy Pzp, zaś dla aukcji elektronicznej 91b ust. 3 ustawy Pzp), określa jedynie reguły dla tych czynności (termin, miejsce, forma), które to zdarzenia przebiegają bez jego udziału, mogącego odnosić jakiegokolwiek skutki o znaczeniu prawnokształtującym. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia aukcji elektronicznej i powtórzenie jej, zgodnie z żądaniem Odwołującego, spowodowałoby, iż za nieważne, niebyłe lub pomijalne należałoby uznać skutecznie dokonane przez wykonawców w toku aukcji czynności prawne (oświadczenia woli w przedmiocie postępień odnoszących się do ceny). W ocenie Izby nie sposób jednak doszukać się jakiegokolwiek podstawy prawnej dla takiego skutku unieważnienia aukcji elektronicznej.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację należy wskazać, iż żądania sformułowane w treści odwołania w postaci powtórzenia lub kontynuacji aukcji elektronicznej są niemożliwe do uwzględnienia.

W niniejszym stanie faktycznym przedmiotem zaskarżenia nie są zatem czynności Zamawiającego przedsiębrane w toku aukcji elektronicznej, które nie miały miejsca, ale ustalenie reguł oceny ofert przez publikację ogłoszenia o zamówieniu oraz informacje zawarte w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej.

Powyższe argumenty odnoszące się do braku w toku aukcji czynności Zamawiającego odnoszą ponadto inny ważki skutek. Bowiem w tych okolicznościach ustalenie zasad rządzących aukcją i tym samym termin na wniesienie środka ochrony prawnej odnoszący się do warunków dokonania zautomatyzowanej czynności oceny ofert zaczyna biec od momentu publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub przekazania informacji o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej (art. 91b ust. 2 ustawy Pzp), gdzie znajduje się informacja w jaki sposób dojdzie do zmaterializowania się tej czynności (zautomatyzowany sposób oceny ofert). Wobec powyższego należy wskazać, iż Zamawiający czyni sposób funkcjonowania systemu czynnością oceny ofert, która zmierza do wyboru oferty najkorzystniejszej i czynność ta następuje w momencie wynikającym z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp, tj. w momencie zawarcia takiej informacji w ogłoszeniu o zamówieniu

lub czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej (art. 91b ust. 2 ustawy Pzp). Analogicznie jak skorzystanie z matematycznej zasady proporcji przy wyborze oferty najkorzystniejszej określa sposób wyliczenia punktów w ramach kryterium oceny ofert. W momencie wykorzystania matematycznego wzoru do wyliczenia punktów, tj. w momencie czynności oceny ofert nie można wnieść odwołania wobec wyboru wzoru służącego wyliczeniu punktacji dla poszczególnych wykonawców.

Moment przeprowadzenia aukcji elektronicznej można uznać za początek biegu terminu na wniesienie środka ochrony prawnej jedynie w przypadku, gdy jej przebieg jest niezgodny z warunkami określonymi przez zamawiającego. Jeżeli przebieg aukcji elektronicznej jest zgodny z określonymi przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej warunkami tej aukcji - mamy do czynienia *de facto* z zaskarżeniem czynności mającej miejsce w momencie publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub przekazania wykonawcom informacji o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej.

Jak wyżej wskazano materiał dowodowy zgromadzony w ramach niniejszego postępowania odwoławczego wskazuje, iż aukcja nr A-797-2011 dla zadania nr 1 przebiegła w sposób prawidłowy i zgodny z zasadami określonymi przez Zamawiającego. W odniesieniu do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 77, art. 80 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 91c ust. 5 ustawy Pzp brak było działań Zamawiającego uniemożliwiających złożenie oświadczenia o postąpieniu w toku aukcji elektronicznej oraz nie doszło do przedwczesnego zamknięcia aukcji elektronicznej.

Należy wskazać, iż ocena naruszenia przez Zamawiającego określonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności, bądź zaniechania. Tym samym to wskazane przez Odwołującego podstawy faktyczne decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu zarzutu podniesionego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej.

Tym samym Izba uznała, iż wszelkie zarzuty odnoszące się do przebiegu aukcji oparte zostały na nie mających miejsca zdarzeniach faktycznych. W tym miejscu należy bowiem wskazać, iż dotyczą one *de facto* treści ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ oraz zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Wobec powyższego, wskutek stwierdzenia w toku postępowania odwoławczego odmiennego stanu faktycznego niż przedstawiony w treści odwołania, przyjmując można odmienną kwalifikację zarzutów podniesionych przez Odwołującego w treści odwołania i uznać je za spóźnione.

W ramach rozpoznania odwołania doszło jednak do ustalenia, iż aukcja przebiegła w sposób przewidziany przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ oraz zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej. W tym też zakresie Izba, biorąc pod uwagę podstawy faktyczne zarzutów stwierdziła, iż brak jest podstaw do ich uwzględnienia,

tj. uwzględniania zarzutu naruszenia art. 77, art. 80 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 91c ust. 5 ustawy Pzp.

II. Biorąc pod uwagę okoliczności ujawnione przez Zamawiającego w toku aukcji nie sposób również uznać, iż doszło do naruszenia dyspozycji art. 80 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym miejscu Izba w całości podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2206/11, KIO 2217/11 oraz KIO 2218/11), w którym Izba wskazała, że: „W ocenie Izby, prowadzenie aukcji elektronicznej nie stoi na przeszkodzie zweryfikowaniu ofert pod kątem rażąco niskiej ceny ofert złożonych w trakcie aukcji, a w dalszej konsekwencji ewentualnemu ich odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Wyłączenie w art. 91c ust. 1 ustawy stosowania przepisu między innymi art. 89 ustawy, dotyczy jedynie toku aukcji, kiedy składane są postąpienia, podlegające automatycznej ocenie, według ustalonego w zaproszeniu sposobu przeliczania postąpień na punktową ocenę oferty. W toku aukcji zamawiający nie ma praktycznie żadnej możliwości weryfikowania ofert, co jednak nie oznacza, iż został pozbawiony możliwości odrzucenia ofert złożonych w trakcie aukcji po jej zamknięciu. Zamknięcie aukcji nie oznacza automatycznie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a jedynie wskazuje na koniec procesu składania postąpień. Zazwyczaj ustalenie oferty najkorzystniejszej następuje automatycznie według wzoru podanego do wiadomości wykonawcom, jednak w sytuacji kiedy zamawiający zdecyduje, iż w toku aukcji nie wszystkie kryteria oceny ofert będą wpływały na punktację uzyskaną w toku aukcji, wówczas po jej zakończeniu zamawiający będzie musiał dodać do ostatecznej punktacji oferty punkty uzyskane w tych kryteriach w toku „pisemnej” części postępowania. Nie zawsze zatem zamknięcie aukcji w sposób jednoznaczny wskazuje na ofertę najkorzystniejszą. Aukcja elektroniczna prowadzona jest w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, o której to czynności zamawiający jest zobowiązany poinformować wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu (art. 92 ust. 1 ustawy). Wprawdzie ustawa w art. 91 ust. 5 odsyła do odpowiedniego stosowania art. 80 ust. 2, dotyczącego informowania o wyborze oferty wybranej po zamknięciu licytacji elektronicznej, co następuje bezpośrednio po zamknięciu licytacji, to jednak w ocenie składu orzekającego odesłanie to wskazuje przede wszystkim na obowiązek zamieszczenia pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwy (firmy) oraz adresu wykonawcy, którego ofertę wybrano. W przypadku aukcji elektronicznej od zamawiającego wymaga się przesłania zawiadomienia do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty nie tylko o wyborze oferty najkorzystniejszej, ale także o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, czy też wykonawcach wykluczonych. Czynność ta jest zatem odrębną czynnością zamawiającego, podejmowaną po ustaleniu wyników aukcji elektronicznej. Znamienne jest również, iż w art. 91c ust. 1 ustawy nie wyłączono stosowania przepisów art. 90 ustawy, jak ma to miejsce w

odniesieniu do licytacji elektronicznej (art. 81 ustawy), a zatem ustawodawca nie wyłączył możliwości ustalenia rzetelności kalkulacji ofert złożonych w toku aukcji. Rozwiązanie to umożliwia zamawiającym uniknięcie zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta podlegać powinna odrzuceniu, a informację w tym zakresie zobowiązany jest przekazać jednocześnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej”.

Izba wskazuje, iż w niniejszym orzeczeniu znalazły się ponadto bardziej ogólne tezy dotyczące istoty i charakteru aukcji elektronicznej oraz kwestii związanych w badaniem oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, które to tezy Izba w pełni podziela. Zatem okoliczności ujawnione w toku aukcji mogą przesądzać o konieczności przeprowadzenia dodatkowych czynności, które w konsekwencji mogą doprowadzić do odmiennego wyniku postępowania, o którym Zamawiający winien poinformować wykonawców stosownie do treści art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Dokonanie określonych czynności po zakończeniu aukcji elektronicznej może zatem doprowadzić do ustalenia odmiennego wyniku postępowania niż wynik uzyskany wskutek przeprowadzenia aukcji.

Tym samym w rozpoznawanych okolicznościach nie sposób uznać, iż doszło do naruszenia art. 80 ust. 2 ustawy Pzp wskutek zaniechania przekazania bezpośrednio po zakończeniu aukcji elektronicznej nazwy wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

III. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 84 oraz 88 § 1 ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp, jak również wynikającego z uzasadnienia odwołania zarzutu odnoszącego się do odrzucenia oferty wykonawcy AGN Polska Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Izba uznała, iż powyższe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący oraz Przystępujący AGN Polska Spółka z o.o. wskazali, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał odrzucenia oferty Przystępującego AGN Polska Spółka z o.o. ze względu na rażąco niską cenę pomijając fakt złożenia w toku aukcji elektronicznej oświadczenia woli w postaci postąpienia pod wpływem błędu i pomijając fakt uchylenia się przez tego wykonawcę od skutków prawnych swego oświadczenia woli.

Biorąc pod uwagę podniesione w tym zakresie przez Odwołującego zarzuty w postaci art. 84 i art. 88 § 1 ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp Izba w pierwszej kolejności wzięta pod uwagę okoliczności faktyczne z nimi związane.

Odwołujący oraz Przystępujący AGN Polska Spółka z o.o. wskazali, iż w toku aukcji doszło do złożenia przez wykonawcę AGN Polska Spółka z o.o. oświadczenia woli w postaci dwóch kolejnych postąpień pod wpływem błędu, o którym to błędzie Zamawiający z łatwością mógł się dowiedzieć. Ponadto Odwołujący oraz Przystępujący AGN Polska Spółka z o.o.

wskazali, iż doszło do uchylenia się od skutków prawnych przedmiotowego oświadczenia, złożonego pod wpływem błędu, w treści wyjaśnień z dnia 10.01.2012 r.

Należy wskazać, iż możliwość uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli reguluje art. 84 § 1 kc, który stanowi, że: „W razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia woli. Jeżeli jednak oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć; ograniczenie to nie dotyczy czynności prawnej nieodpłatnej”.

Przepis powyższy stanowi, że możliwość uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli jest dopuszczalna, gdy mamy do czynienia z błędem i to błędem istotnym oraz, w przypadku gdy oświadczenie woli było złożone innej osobie, błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć.

Następnie należ wskazać, iż ustawa Kodeks cywilny reguluje w art. 88 § 1 kwestię związaną z uchyleniem się od skutków prawnych oświadczenia złożonego pod wpływem błędu wskazując, że: „Uchylenie się od skutków prawnych oświadczenia woli, które zostało złożone innej osobie pod wpływem błędu lub groźby, następuje przez oświadczenie złożone tej osobie na piśmie”.

Skuteczne uchylenie się od skutków prawnych takiego oświadczenia powoduje, iż nie wywołuje ono żadnych skutków prawnych. W niniejszym stanie faktycznym powodowałoby to, iż Zamawiający nie byłby uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy AGN Polska Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba uznała za dopuszczalne, w odniesieniu do niniejszego stanu faktycznego, w tym przy uwzględnieniu specyfiki niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przy uwzględnieniu sposobu dokonywania oceny ofert przy pomocy aukcji elektronicznej przyjęcie, iż możemy mieć do czynienia z wadą oświadczenia woli, o której mowa w art. 84 § 1 k.c. Za błąd w rozumieniu powyższego przepisu należy bowiem uznać różnicę pomiędzy stanem wyobrażanym przez składającego oświadczenie woli, a stanem rzeczywistym, tj. błąd jest to wada oświadczenia woli, polegająca na tym, że składający je działa pod wpływem niezgodnego z prawdą wyobrażenia o rzeczywistości lub jej elemencie albo pod wpływem braku takiego wyobrażenia [w:] A. Kidyba (red.), K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, T. Sokołowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, LEX, 2009.

W ocenie Izby okoliczności niniejszej sprawy wskazują, iż złożenie przez Przystępującego AGN Polska Spółka z o.o. w toku aukcji elektronicznej Nr A-797-2011, dwóch kolejnych postąpień na kwotę 279.945,30 PLN (godzina 10:27:01) oraz na kwotę

279.445,30 PLN (godzina 10:40:04) może wskazywać na istnienie w tym zakresie błędu, i to błędu istotnego. Po pierwsze należy wskazać, iż przedstawiony przez Przystępującego TRADEX Systems Spółka z o.o. jako dowód wydruk ze strony internetowej portalu aukcji elektronicznej UZP obrazuje sposób prezentacji wartości oferty w oknie „szczegóły oferty - wartość dla oferty”. Z powyższego wynika, iż istnieje możliwość błędnego wpisania wartości postąpienia przy wartościach wielocyfrowych, gdyż stanowi ona nieprzerwany ciąg cyfr z wyodrębnieniem jedynie wartości setnych złotego (groszy). W toku rozprawy Przystępujący AGN Polska Spółka z o.o. wskazywał na sposób składania kolejnych postąpień i trudności z tym związane. Jednakże na szczególną uwagę w tym zakresie zasługuje treść pisma z dnia 10.02.2012 r., które zawiera szczegółowe wyjaśnienia dotyczące okoliczności wystąpienia błędu.

W tym zakresie na uwagę zasługuje wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2006 r. o sygn. akt II CK 386/05, w którym zostało wskazane, że: „Występowanie mylnego wyobrażenia o otaczającej rzeczywistości jest faktem, którego istnienie w chwili składania oświadczenia woli może być wykazywane wszelkimi środkami. W wypadku, gdy chodzi o okoliczność z natury rzeczy subiektywną i pojawiającą się w świadomości osoby, uprawnione jest wnioskowanie o jej występowaniu lub też jej braku na podstawie całokształtu okoliczności sprawy przy wzięciu pod uwagę również osobowości samej osoby, poziomu jej wykształcenia i znajomości problematyki, której przedsięwzięta czynność dotyczy”.

Po drugie należy uznać za uzasadnione stanowisko, iż zaoferowanie realizacji przedmiotu zamówienia w wysokości 10% jego realnej wartości powoduje, iż gdyby wykonawca miał świadomość złożenia oświadczenia o takiej treści nie doszłoby do złożenia oświadczenia tej treści stosownie do art. 84 § 2 k.c. Trudno wszakże założyć, iż wykonawca AGN Polska Spółka z o.o. zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za kwotę nie gwarantującą możliwości spełnienia świadczenia. Na powyższą okoliczność ma wpływ fakt, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu o ustalonej rynkowej wartości. Wykonawca AGN Polska Spółka z o.o. zaoferował w ofercie sprzęt Hewlett Packard, którego nie jest on producentem.

Należy również przyjąć, iż błąd ten mógł zostać z łatwością zauważony przez Zamawiającego. Wszakże Zamawiający znał wartość szacunkową zamówienia oraz był świadomy kwoty zaoferowanej przez wykonawcę w ofercie pisemnej. Na powyższe, w odniesieniu do argumentu wskazanego przez Zamawiającego w toku rozprawy, nie ma wpływu dalsze jego działanie, w tym wezwanie wykonawcy AGN Polska Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wszakże hipoteza art. 84 § 1 ustawy Kodeks cywilny odnosi się do obiektywnych okoliczności, tj. obiektywnie ocenianej możliwości dostrzeżenia błędu.

Jednak z punktu widzenia podniesionych zarzutów, w tym zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez jego niezasadne zastosowanie oraz zarzutu, iż Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy AGN Polska Spółka z o.o. i pominął jego oświadczenie o uchyleniu się od skutków prawnych oświadczenia złożonego pod wpływem błędu istotne jest ustalenie, czy pismo z dnia 10.01.2012 r. zawiera w swojej treści oświadczenie w rozumieniu art. 88 § 1 ustawy Kodeks cywilny. Tylko bowiem w takim wypadku może dojść do oceny czynności Zamawiającego w odniesieniu do zarzutów wskazanych w odwołaniu. Samo wystąpienie błędu, bez uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod jego wpływem, nie ma żadnego wpływu na czynności Zamawiającego i pozostaje bez wpływu na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku złożenia oświadczenia woli pod wpływem błędu, przepisy ustawy Kodeks cywilny wiążą skutki prawne jedynie z określoną czynnością, tj. z uchyleniem się od skutków prawnych takiego oświadczenia.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego i Przystępującego AGN Polska Spółka z o.o., w piśmie z dnia 10.01.2012 r. nie sposób doszukać się nawet próby złożenia oświadczenia w zakresie uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia złożonego pod wpływem błędu. Pismo to, jak słusznie wskazał w toku rozprawy Przystępujący TRADEX Systems Spółka z o.o., zawiera jedynie wskazanie okoliczności faktycznych mających wpływ na złożenie oświadczenia o określonej treści. Wykonawca AGN Polska Spółka z o.o. w treści powyższego pisma nie zmierza do uchylenia się od skutków prawnych złożonego oświadczenia woli, lecz wnosi o dokonanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej podczas wprowadzania zaoferowanej ceny. Okoliczność ta wskazuje, iż Przystępujący AGN Polska Spółka z o.o. w piśmie z dnia 10.01.2012 r. upatruje zupełnie odmiennych skutków w związku ze złożonym oświadczeniem woli niż wynika to ze stanowiska wyrażonego w treści odwołania. Jeżeli bowiem wykonawca wnosi o zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oznacza to, iż dostrzega możliwość konwalidacji dokonanej czynności, a nie jej eliminacji z obiegu prawnego. Wniosku o poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej nie sposób bowiem utożsamiać z oświadczeniem o uchyleniu się od skutków prawnych złożonego uprzednio oświadczenia woli.

W odniesieniu do stanowiska Przystępującego AGN Polska Spółka z o.o., w którym zostało wskazane, że zgodnie z treścią 88 § 2 ustawy Pzp może on złożyć oświadczenie o uchyleniu się od skutków prawnych w terminie roku od jego wykrycia należy wskazać, iż stosownie do treści art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

W ramach niniejszych rozważań nie sposób pominąć kwestii, czy w przypadku złożenia oświadczenia woli obarczonego błędem w przedmiocie postąpienia w toku aukcji

elektronicznej błędem obarczone jest oświadczenie odnoszące się do oferty jako całości, czy jedynie błędem obarczone jest oświadczenie w przedmiocie zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Choć Izba ustaliła, iż nie doszło do skutecznego uchylenia się przez wykonawcę AGN Polska Spółka z o.o. od skutków prawnych oświadczenia w przedmiocie postąpienia jedynie na marginesie zważyć należy, czy uchylenie się od skutków prawnych takiego oświadczenia dotyka oferty jako całości, czy jedynie odnosi się do samego oświadczenia w przedmiocie postąpienia.

Gdyby powyższe odnieść do oferty jako całości doszłoby do sytuacji, w której ofertę taką należałoby uznać za nie wywołującą skutków prawnych od momentu złożenia przez wykonawcę oświadczenia na podstawie art. 88 § 1 ustawy Kodeks cywilny. W takim bowiem wypadku uchylenie się wykonawcy od skutków prawnych złożonego oświadczenia odnosiłoby się do oferty jako całości, a nie jedynie samego postąpienia w zakresie ceny ofertowej. Gdyby jednak uznać, iż skutek taki odnosi się jedynie do elementu oferty, jakim jest postąpienie w zakresie ceny ofertowej, zaś pozostałe elementy oświadczenia woli nie są dotknięte taką wadą, tylko ten element byłby przedmiotem ewentualnego uchylenia się od skutków prawnych powodując, iż wiążącą byłaby nadal oferta złożona w formie pisemnej.

W ocenie Izby brak jest bowiem możliwości powrotu do aukcji lub podstaw jej unieważnienia, gdyż jak wynika z pkt I niniejszego uzasadnienia aukcja została przeprowadzona w sposób prawidłowy i ewentualny błąd wykonawcy w toku aukcji nie może skutkować podważeniem jej wyników, w tym nie może wpływać na sytuację prawną innych wykonawców, którzy złożyli skuteczne oświadczenia woli w zakresie postąpień.

Wskazać należy również, iż zgodnie z art. 91a ust. 4 ustawy Pzp aukcja elektroniczna jest jednoetapowa.

Tym samym nawet uwzględnienie powyższych zarzutów nie spowodowałoby uczynienia zadość żądaniu Odwołującego powtórzenia aukcji elektronicznej, lecz jedynie przyjęciu za wiążącej ceny zaoferowanej przez wykonawcę AGN Polska Spółka z o.o. w ofercie pisemnej, tj. ceny 2.850.045,30 zł brutto. Jak ustalono w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy w toku aukcji elektronicznej wykonawca TRADEX Systems Spółka z o.o. złożył o godzinie 10:37:54 skuteczne postąpienie na kwotę 2.780.000,00 zł brutto, zaś wykonawca GALAXY Jacek Michalski o godzinie 10:10:56 postąpienie na kwotę 2.800.000,00 zł brutto. W takim wypadku czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zostałaby utrzymana w mocy, co zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie skutkowałoby uwzględnieniu odwołania ze względu na brak wpływu na jego wynik.

W ocenie Izby ewentualne uchylenie się od skutków prawnych złożonego w toku aukcji oświadczenia woli w postaci postąpienia należy odnieść jedynie do tego oświadczenia, nie zaś do całej oferty wykonawcy. Jak wynika bowiem z treści art. 91a ust. 3 oraz art. 91b ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wartością wyjściową w ramach aukcji elektronicznej jest cena

zaoferowana przez wykonawcę w ofercie złożonej przed otwarciem aukcji elektronicznej. Tym samym w przypadku braku złożenia postąpienia przez wykonawcę w toku aukcji stanowi ona wartość za którą wykonawca oferuje realizację przedmiotu zamówienia.

Ponadto, biorąc pod uwagę żądanie Odwołującego w zakresie powtórzenia lub kontynuacji aukcji elektronicznej, należy wskazać, iż ewentualne uchylenie się od skutków złożonego w toku aukcji oświadczenia woli w postaci postąpienia nie może mieć wpływu na ważność aukcji elektronicznej i ważność dokonanych w jej toku przez innych wykonawców czynności prawnych. Jak słusznie wskazał w toku rozprawy Przystępujący TRADEX Systems Spółka z o.o. uchylenie się wykonawcy AGN Polska Spółka z o.o. od skutków prawnych czynności mogłoby jedynie wpłynąć na ofertę tego wykonawcy i nie może skutkować unieważnieniem aukcji, która przebiega w sposób prawidłowy i została prawidłowo zakończona.

W odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego podniesionych w toku rozprawy dotyczących braku wpływu na wynik, iż jest on uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy AGN Polska Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż w tym wypadku przepisy ustawy stosowanie do art. 14 ustawy Pzp stanowią inaczej niż przepis ustawy Kodeks cywilny, jedynie na marginesie należy wskazać, iż w doktrynie reprezentowany jest pogląd, iż „Nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów to przede wszystkim jej niezgodność z przepisami kodeksu cywilnego, dotyczącymi wad oświadczenia woli (art. 82 – 87 k.c.) oraz brak własnoręcznego podpisu osoby upoważnionej do działania w imieniu wykonawcy pod oświadczeniem woli stanowiącym ofertę (niezgodność z art. 78 k.c.)” [w:] . M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III. Analogiczne stanowisko zostało również wyrażona w komentarzu do art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zawartym w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz (wydawnictwo C.H. Beck, wydanie 10, Warszawa 2010) autorstwa Jerzego Pieroga. Jednakże w tym zakresie Izba wskazuje, iż odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest możliwe o tyle, o ile odrębne przepisy przewidują dla takiej czynności w określonych okolicznościach rygor nieważności, tj. zamawiający winien odrzucić ofertę gdy jej złożenie stanowi jednocześnie czynność nieważną na podstawie odrębnych przepisów. Przepisy ustawy Kodeks cywilny nie wskazują takiego skutku dla czynności dokonanej pod wpływem błędu, w przeciwieństwie do art. 82 (brak świadomości lub swobody), art. 83 (pozorność), art. 58 § 2 (sprzeczność z zasadami współżycia społecznego) w związku z art. 58 § 1 ustawy Kodeks cywilny. Nie należy zatem utożsamiać nieważności czynności prawnej *ipso iure* od możliwości uchylenia się od skutków prawnych czynności.

Jednak biorąc pod uwagę ustalenia faktyczne dokonane w toku postępowania Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 84 oraz 88 § 1 ustawy Kodeks

cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp, jak również nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

IV. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 91 ustawy Pzp odnoszącego się do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Jak wyżej wskazano przebieg aukcji elektronicznej był zgodny z określonymi przez Zamawiającego warunkami i zasadami. Na skutek ustalenia, iż nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez bezprawne zastosowanie instytucji odrzucenia oferty brak jest podstaw do kwestionowania wyniku postępowania i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym należy wskazać, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest czynnością wynikową i jej poprawność jest zależna od czynności ją poprzedzających. Oznacza to, iż uznanie przez Izbę prawidłowości przebiegu aukcji elektronicznej oraz zasadne zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty wykonawcy AGN Polska Spółka z o.o. powoduje, iż brak jest podstaw do uznania, iż czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TRADEX Systems Spółka z o.o. jest czynnością wadliwą i winna zostać unieważniona – zgodnie z żądaniem wyrażonym w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała zarzut naruszenia art. 91 ustawy Pzp za bezzasadny.

V. W odniesieniu do zarzutu obejmującego unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż zarzut ten został w odwołaniu postawiony jako alternatywny przez sformułowanie alternatywnego żądania. Tym samym jego rozpoznanie jest wynikiem nie uwzględnienia zarzutów odnoszących się do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przebiegu aukcji elektronicznej.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego wyrażone w toku rozprawy. Brak jest bowiem dowodów na potwierdzenie faktów z których Odwołujący wywodzi skutki prawne. Odwołujący bowiem oparł żądanie i zarzut odnoszące się do unieważnienia postępowania na okoliczności braku możliwości złożenia postąpienia w toku aukcji elektronicznej. Postępowanie dowodowe w zakresie zarzutów dotyczących przebiegu aukcji nie potwierdziło powyższej okoliczności. Tym samym brak jest podstaw do uznania, iż Odwołujący wykazał spełnienie przesłanki uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp skutkującej obowiązkiem unieważnienia przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania.

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż Odwołujący nie przedstawił dowodów wskazujących, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie

postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

VI. Ponadto w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut zaniechania zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu, co narusza art. 7 ust. 1 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: »Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale«. Pod rządami ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych odwołujący [i protestujący] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejś z zasad udzielania zamówień. Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«, odwołujący nie musi wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych, aby odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołujący przywołał tylko naruszenie ogólnej zasady art. 7 ust. 1 Pzp bez wskazania naruszenia konkretnego przepisu. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego brak stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

