

**WYROK**

**z dnia 18 lutego 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie: Izabela Kuciak**

**Emil Kuriata**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2014 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej „POLONUS” w Warszawie Spółka Akcyjna, Al. Jerozolimskie 144, 02-305 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, ul. Żelazna 61, 00-848 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Europa Express City Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Tarczyńska 22, 02-023 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1) uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**

- unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty poprzez unieważnienie powtórzonej w dniu 21 stycznia 2014 r. aukcji elektronicznej,**
- dokonanie oceny aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 20 stycznia 2014 r.;**

2) kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, ul. Żelazna 61, 00-848 Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej „POLONUS” w Warszawie Spółka Akcyjna, Al. Jerozolimskie 144, 02-305 Warszawa tytułem wpisu,

2.2. zasądza od zamawiającego Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, ul. Żelazna 61, 00-848 Warszawa na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej „POLONUS” w Warszawie Spółka Akcyjna, Al. Jerozolimskie 144, 02-305 Warszawa kwotę 18 598 zł 98 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu (15 000 zł 00 groszy) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 598 zł 98 gr).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych funkcjonujących, w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar gminy Piaseczno z Warszawą”, ZTM - przetarg nieograniczony, nr postępowania 70/2013.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6.11.2013 r., nr 2013/S 215-374176.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”.

I. Wykonawca - Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej „POLONUS” w Warszawie S.A., odwołujący w postępowaniu odwoławczym - wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności uznania aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 20 stycznia 2014 r. za przeprowadzoną nieprawidłowo/wadliwie i wymagającą powtórzenia,
- 2) czynności ponownego przeprowadzenia (powtórzenia) aukcji elektronicznej w dniu 21 stycznia 2014 r.,
- 3) zaniechania dokonania czynności wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej, wyłonionej w toku pierwszej aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 20 stycznia 2014 r.,
- 4) czynności wyboru oferty złożonej przez spółkę - Europa Express City Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

- 1) art. 91 c ust. 1 polegające na wystąpieniu w trakcie aukcji elektronicznej w dniu 21 stycznia 2014 r. braku łączności z platformą aukcyjną, w szczególności w końcowym momencie aukcji, gdy inny wykonawca złożył ofertę na kwotę 2,75 zł, wobec której - z uwagi na wystąpienie po stronie zamawiającego lub platformy aukcyjnej zakłóceń - odwołujący nie mógł już złożyć następnego postąpienia;

- 2) art. 91b ust. 3 polegające na przekazaniu odwołującemu (a podobnie i innym wykonawcom) zaproszenia do udziału w powtórzonej w dniu 21 stycznia 2014 r. aukcji elektronicznej na niespełna 20 godzin przed jej otwarciem, podczas gdy zgodnie z powołanym przepisem termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej;
- 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91c ust. 1 polegające na nierównym traktowaniu wykonawców, wyrażającym się w odmiennym potraktowaniu ogólnikowej informacji pochodzącej od Europa Express City Sp. z o.o. dotyczącej problemów technicznych, które miały rzekomo wystąpić w trakcie aukcji w dniu 20 stycznia 2014 r. (pomimo, że wykonawca ten nie wskazał nawet momentu aukcji w którym miały one zaistnieć) na skutek której zamawiający powtórzył aukcję oraz udokumentowanych zapisem filmowym zarzutów odwołującego dotyczących przebiegu powtórzonej w dniu 21 stycznia 2014 r. aukcji elektronicznej, dotyczących braku możliwości dokonania postąpienia przez odwołującego w jej finalnym momencie, których to zarzutów zamawiający nie uznał za wystarczająco doniosłe do powtórzenia aukcji, co miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności aukcji elektronicznej przeprowadzonej (powtórzonej) przez zamawiającego w dniu 21 stycznia 2014 r.,
- 3) powtórzenie oceny aukcji elektronicznej przeprowadzonej dnia 20 stycznia 2014 r. względnie, w przypadku nie przychylenia się przez Izbę do tego wniosku, o nakazanie powtórzenia aukcji elektronicznej,
- 4) o zasądzenie od zamawiającego na rzecz wykonawcy kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych) stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Ponadto, odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- 1) dowodów z zeznań świadków:
  - a) K..... M..... - głównego informatyka odwołującego na okoliczność przebiegu aukcji elektronicznej w dniu 21 stycznia 2014 r., problemów z utratą połączenia ze strony zamawiającego lub platformy aukcyjnej oraz braku problemów w połączeniu z Internetem ze strony odwołującego;

- b) P..... Z..... - osobę upoważnioną do składania ofert w trakcie aukcji elektronicznej, na okoliczność przebiegu aukcji elektronicznych w dniu 20 oraz 21 stycznia 2014 r., w szczególności niemożliwości dokonywania postępień w ostatnich minutach aukcji z dnia 21 stycznia 2014 r. oraz braku problemów w połączeniu z Internetem ze strony odwołującego, i wezwanie ich w tym charakterze na adres odwołującego;
- 2) dowodu z przesłuchania w charakterze strony: prezesa zarządu odwołującego – P..... G..... oraz członka zarządu odwołującego – D..... R..... i wezwanie ich w tym charakterze na adres odwołującego;
- 3) dowodu z filmu dokumentującego ostatnie minuty aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 21 stycznia 2014 r., którego nagranie na płycie CD zostało złożone do akt dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia (a którego kopia stanowi załącznik do odwołania), przy czym odwołujący wnosi o odtworzenie przedmiotowego filmu w trakcie rozprawy,
- 4) dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki i teleinformatyki z listy biegłych sądowych Sądu Okręgowego dla Warszawy-Pragi w Warszawie na okoliczność przyczyny, która spowodowała utratę połączenia konsoli z serwerem platformy aukcyjnej w trakcie aukcji w dniu 21 stycznia 2014 r. i niemożliwość dokonania przez odwołującego postępień po godz. 14:12 (wg. czasu wskazywanego na konsoli oferenta jako „czas serwera”), a w szczególności, czy problemy te zaistniały po stronie zamawiającego albo operatora platformy aukcyjnej, czy też po stronie odwołującego lub jego dostawcy usługi połączenia internetowego?

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację.

1. Przebieg aukcji elektronicznych w dniach 20 i 21 stycznia 2014 r.

Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną w dniu 20 stycznia 2014 r., a następnie bezpodstawnie powtórzył ją w dniu 21 stycznia 2014 r. Podejmując decyzję o powtórzeniu aukcji internetowej z dnia 20 stycznia 2014 r., zamawiający oparł się na bardzo ogólnikowych informacjach dotyczących problemów technicznych, które rzekomo wystąpiły w jej toku, przekazanych z Biura Zamówień Publicznych m.st. Warszawy.

Odwołujący wskazał, że z notatki A..... S..... - Inspektora Działu Prawnego i Zamówień Publicznych ZTM Warszawa, sporządzonej w dniu 20 stycznia 2014 r. wynika, że informację tę cechowała:

1) znaczna ogólnikowość w zakresie wskazania przyczyn rzekomych trudności „(...) problemy techniczne z aukcją sprowadzają się do nieprawidłowego działania serwerów firmy obsługującej platformę internetową”, a nadto

2) brak kategoryczności ustaleń, w zakresie związku przyczynowego pomiędzy potencjalną przyczyną, a mającymi mieć miejsce problemami; w notatce stwierdza się, że „najprawdopodobniej” wzmiankowane problemy sprowadzały się do nieprawidłowego działania serwerów.

*Dowód: notatka A..... S..... z dnia 20 stycznia 2014 r. (w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).*

W ocenie odwołującego łatwość, z jaką zamawiający podjął decyzję o powtórzeniu aukcji elektronicznej, nie odpowiada standardom wynikającym z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej odnoszącego się do dokonywania ustaleń przyczyny uzasadniającej powtórzenie takiej czynności. Stwierdzenie nieprawidłowości w przebiegu aukcji elektronicznej powinno nastąpić w sposób niebudzący wątpliwości.

Wskazał, że wyroku z dnia 25.11.2011 r. Izba stwierdziła: „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 P.z.p., to tym bardziej w przypadku uchylecia specyficznej czynności jaką jest aukcja elektroniczna, powinno to nastąpić w sposób niebudzący wątpliwości” (KIO 2427/11).

Na marginesie odwołujący podniósł, że nieprawdą jest, iż „stanowisko operatora platformy aukcyjnej przekazane operatorowi aukcji oficjalnym dokumentem było faktyczną podstawą do powtórzenia aukcji elektronicznej” (jak twierdzi zamawiający w piśmie z dnia 22 stycznia 2014 r. do odwołującego - oświadczenie Marketplanet datowane jest na dzień 21 stycznia 2014 r., podczas gdy zamawiający wysłał do wykonawców informację o powtórzeniu aukcji elektronicznej już w dniu 20 stycznia 2014 r.).

*Dowód: porównanie dat: 1) wydruków wiadomości e-mail z dnia 20.01.2014 r., w których zamawiający informuje wykonawców, że powtórka aukcji elektronicznej zostanie przeprowadzona w dniu 21.01.2014 r., 2) oświadczenia spółki Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. (Marketplanet) z dnia 21 stycznia 2014 r. (w dokumentacji postępowania).*

Odwołujący wyjaśnił, że dokonywał skutecznych postępień w toku całej aukcji internetowej w dniu 20 stycznia 2014 r., nie napotykając przeszkód, które by to uniemożliwiały.

*Dowód: wydruk historii logowań odwołującego w trakcie aukcji z dnia 20.01.2014 r. pobrany od operatora platformy aukcyjnej.*

Brak kategoriycznego stwierdzenia, że to działanie platformy aukcyjnej spowodowało problemy przy składaniu ofert przez Europa Express City Sp. z o.o., a także ogólnikowość nazwania możliwej przyczyny, nie zostały usunięte także *post factum*. W oświadczeniu administratora platformy aukcyjnej - spółki „Otwarty Rynek Elektroniczny” S.A. (dalej jako: „Marketplanet”) datowanym na dzień 21 stycznia 2014 r. podano, że „w dniu 20.01.2014 (...) występowały problemy z platformą, które mogły powodować problemy ze złożeniem ofert oraz zawieszeniem platformy”. Natomiast w zakresie charakteru problemów mających wystąpić w ostatnich minutach przed zamknięciem aukcji w dniu 20 stycznia 2014 r. w ww. oświadczeniu brak jest bliższych informacji. Określa się je jako „(...) problemy z platformą, które mogły powodować problemy ze złożeniem ofert oraz zawieszeniem platformy”. Wątpliwe jest, czy tak ogólnikowo ujęte problemy techniczne poddają się jakiegokolwiek weryfikacji.

Odwołujący wygrał pierwszą aukcję elektroniczną i pomimo tego, że zapoznał się z dokumentacją postępowania, nie ma wiedzy jakiego rodzaju „problemy z platformą” wystąpiły, czy na pewno spowodowały one problemy z złożeniem ofert, a także na czym te ostatnie (konkretnie) polegały i w której minucie trwania aukcji uniemożliwiły innemu wykonawcy dokonywanie postępień.

Marketplanet sprecyzował - jednak tylko do pewnego stopnia - jaki konkretnie wystąpił błąd techniczny wyłącznie co do błędu, który zaistniał już po zamknięciu aukcji - określając go jako „błąd dotyczący przepelnienia bufora”.

Odwołujący podkreślił z naciskiem, że jak wynika z oświadczenia Marketplanet, komunikat dotyczący wystąpienia tego błędu pojawił się dopiero o godz. 12:14, więc już zakończeniu aukcji.

*Dowód: oświadczenie spółki „Otwarty Rynek Elektroniczny” S.A. (Marketplanet) z dnia 21 stycznia 2014 r. (w dokumentacji postępowania).*

Odwołujący wskazał, że jeżeli przyjąć, jak stwierdza Marketplanet, iż:

1) „(...) nie zadziałał mechanizm dogrywki, który powinien przedłużyć czas trwania aukcji o 3 minuty od ostatniej złożonej i przyjętej oferty”,

2) ostatnia oferta została złożona o godz. 12:09:49,

to jedyny skonkretyzowany przez administratora platformy błąd techniczny wystąpił, co najmniej 11 sekund po zamknięciu aukcji i upływie 3 minut od ostatniej złożonej oferty.

*Dowód: porównanie oświadczenia spółki Marketplanet z dnia 21 stycznia 2014 r. z wydrukiem historii logowań odwołującego w trakcie aukcji z dnia 20.01.2014 r.*

W ocenie odwołującego, administrator platformy nie skonkretyzował charakteru i skutków problemów, które wystąpiły przed tym czasem, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że poprzedzające błąd „problemy” zaczęły się wcześniej czyli „około” 12:10.

Odwołujący podniósł, że w postępowaniu, to na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, iż trakcie pierwotnej aukcji wystąpiły błędy uniemożliwiające innemu wykonawcy dokonywanie postępiń. Podobnie przyjęła KIO w powoływanym wyroku z 25.11.2011 r. „W ocenie Izby to na zamawiającym spoczywał ciężar wykazania przyczyn zaistniałego problemu. To on powoływał się na wadliwość pierwszej aukcji. Zaś odwołujący wywodził, że wada nie miała miejsca, powoływał się więc na fakt negatywny”.

Przed rozpoczęciem powtarzanej w dniu 21 stycznia 2014 r. aukcji, odwołujący zaproponował przeciwko powtórzeniu aukcji elektronicznej, wskazując, że brak jest do tego podstaw faktycznych.

*Dowód: e-mail wysłany przez Piotra Zycha (odwołujący) do A..... S..... (zamawiający) z dnia 21 stycznia 2014 r. (w dokumentacji postępowania).*

Ponadto odwołujący wskazał, że termin powtarzanej aukcji elektronicznej został wyznaczony z naruszeniem art. 91b ust. 3 „Termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia, o którym mowa w ust. 1”.

Odwołujący wyjaśnił, że gdyby zamawiający zdecydował się, pomimo wniosku odwołującego powtórzyć aukcję, odwołujący - nie chcąc narażać się na poniesienie straty - weźmie w niej udział. Nie oznacza to jednak, że odwołujący aprobeje bezzasadne powtórzenie akcji i rezygnuje z wniesienia w terminie późniejszym odwołania od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego.

Zamawiający powtórzył aukcję internetową w dniu 21 stycznia 2014 r. W aukcji wziął udział odwołujący.



Początkowo aukcja przebiegała bez zakłóceń, jednakże po ponad godzinie pojawił się problem polegający na tym, że odwołujący utracił kilkakrotnie łączność z konsolą. W tej sytuacji, odwołujący zlecił swojemu działowi informatyki rejestrację zapisu video aukcji.

Wobec utrwalonych na filmie przerw łączności z konsolą, które pozbawiły odwołującego możliwości dokonania postąpienia wobec ostatniej oferty złożonej w trakcie aukcji przez innego wykonawcę, odwołujący po zakończeniu aukcji niezwłocznie zawiadomił zamawiającego o zaistniałej sytuacji. Ponadto, odwołujący udostępnił zamawiającemu nagranie filmu dokumentującego ostatnie minuty aukcji, w tym brak możliwości dokonania kolejnego postąpienia.

*Dowód: 1) wydruk wiadomości e-mail z dnia 21 stycznia 2014 r. przesłanej przez Piotra Zycha (odwołujący) do A..... S..... (zamawiający) z godz. 14:46, 2) wydruk wiadomości e-mail z dnia 21 stycznia 2014 r. przesłanej przez Piotra Zycha (odwołujący) do A..... S..... (zamawiający) z godz. 16:35, 3) płyta CD z filmem doręczona zamawiającemu w dniu 22 stycznia 2014 r. w godzinach porannych wraz z pismem odwołującego z tego dnia (znajdujące się w dokumentacji postępowania).*

Zamawiający zapoznał się z pismem (potwierdzenie wyniku z pisma z dnia 22 stycznia 2014 r.).

W ocenie odwołującego, niedokonanie przez zamawiającego powtórzenia aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 21 stycznia 2014 r., pomimo że odwołujący został pozbawiony możliwości dokonania postąpienia wobec ostatniej oferty złożonej przez innego wykonawcę, nastąpiło zarówno z naruszeniem art. 91c ust. 1, jak i art. 7 ust. 1 Pzp.

## 2. Zarzut pierwszy.

Powtórzenie aukcji w dniu 21 stycznia 2014 r. nastąpiło z naruszeniem art. 91c ust. 1 Pzp, przy czym naruszenie to w sposób oczywisty miało wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z powołanym przepisem „W toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji (...)”.

Nie ulega wątpliwości, że w toku aukcji elektronicznej w dniu 21 stycznia 2014 r. odwołujący został pozbawiony możliwości dokonania kolejnego postąpienia wobec ostatniej złożonej w jej toku oferty na kwotę 2,75 zł. Na znajdującym się w dokumentacji postępowania filmie wyraźnie wydać, jak przed upływem okresu trzech minut przeznaczonych na kolejne

postąpienia (od złożenia ostatniej oferty przez innego wykonawcę) konsola straciła połączenie.

*Dowód: film, którego zapis załączono do dokumentacji postępowania: godz. 14:12:20 (na ekranie wskazana jako „czas serwera”) / około 5 min. 15 sekundy filmu.*

Od tej chwili odwołującemu pozostawało jeszcze 39 sekund do złożenia postąpienia. Na ekranie widać, że w chwili utraty połączenia przez konsolę w pozycji „Pozostały czas” wskazane jest 39 sekund. Przez ten czas, aż do końca aukcji osoba uprawniona do uczestniczenia w aukcji w imieniu odwołującego:

1) bezskutecznie próbowała dokonać postąpienia, w szczególności umieścić kursor w oknie „cena”,

2) sprawdzała czy aktywne są inne pola aplikacji.

Zarazem, obecny przy aukcji przedstawiciel działu informatyki odwołującego upewnił się, że nie została przerwana łączność z Internetem.

*Dowód: zeznania świadka – K..... M..... głównego informatyka odwołującego.*

Odwołujący stwierdził, że osoba uczestnicząca w aukcji w imieniu odwołującego zachowała się zgodnie z poleceniem (komunikatem), który ukazał na ekranie. Komunikat ten miał brzmienie „Konsola straciła połączenie. Poczekaj na wznowienie lub odśwież konsolę. Sprawdź połączenie z Internetem”.

Pracownik obsługujący konsolę zachował się zgodnie z komunikatem wyświetlonym na ekranie, a mimo to do końca aukcji nie możliwe było złożenie kolejnego postąpienia. Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego zawartego w piśmie z dnia 22 stycznia 2014 r., że „materiał wideo może wskazywać na problemy z łączem internetowym i nieodświeżanie widoku konsoli”, odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 21 stycznia 2014 r. nie wystąpiły żadne problemy, ani przerwy w dostępie do Internetu odwołującego. Przede wszystkim potwierdza to spółka ATM S.A. będąca dostawcą usług internetowych odwołującego.

*Dowód: oświadczenie spółki ATM S.A. z dnia 28 stycznia 2014 r. będącej dostawcą Internetu dla odwołującego.*

Niezależnie od powyższego, o braku problemów z połączeniem z Internetem świadczy przedstawiony materiał wideo. Umożliwia on zaobserwowanie statusu ikony systemowej,

wyświetlającej aktualny status połączenia internetowego w systemie Microsoft Windows 7 (Network Connectivity Status Indicator).

Odwołujący przedstawił obraz ikony. Stwierdził, że ikona nie wskazywała problemów z jakimkolwiek ograniczeniem połączenia z siecią Internet w trakcie całego filmu.

Załączony do akt postępowania film prezentuje wyłącznie komunikat konsoli oferenta o utraceniu połączenia z konsolą aplikacji webowej portalu aukcyjnego.

Problemów dotyczących łącza z Internetem nie odnotowały osoby obecne i uczestniczące w aukcji. Wreszcie zaistnieniu takich problemów w trakcie aukcji przeczy dział informatyki odwołującego.

*Dowód: 1) notatka działu informatyki odwołującego z dnia 28 stycznia 2014 r. wraz z załącznikiem - płytą z plikami log, 2) zeznania w charakterze świadka K..... M....., 3) zeznania w charakterze świadka P..... Z..... - osoby uczestniczącej w aukcji w imieniu odwołującego, 4) przesłuchanie w charakterze strony prezesa zarządu odwołującego – P..... G..... oraz członka zarządu odwołującego – D..... R..... .*

Argumentowanie - jak czyni to zamawiający w piśmie z dnia 22 stycznia 2014 r., że na filmie nie widać aby użytkownik obsługujący aukcję próbował odświeżyć widok konsoli, jest bezpodstawne w ocenie odwołującego. Użytkownik zastosował się do jednego z alternatywnych sposobów postępowania wskazanych w komunikacie, który wyświetliła konsola. Ponadto Instrukcja, na którą powołuje się zamawiający w pkt 6 na str. 16 stwierdza w pierwszej kolejności: „Konsola oferenta informuje Wykonawcę o utraceniu połączenia z serwerem platformy aukcyjnej oraz o krokach, które należy podjąć w celu przywrócenia łączności komunikatem wyświetlanym na pierwszym planie okna” (podkreślenie odwołującego). Jest to wyżej zacytowany komunikat, do którego zastosował się odwołujący, oczekując na wznowienie. Podobnie zresztą czynił to we wcześniejszych momentach aukcji. Przykładowo w 14:08:34 aukcji pojawił się ten sam komunikat.

*Dowód: film, którego zapis załączono do dokumentacji postępowania: godz. 14:08:34 (na ekranie wskazana jako „czas serwera”) / około 1 min. 28 sekunda filmu.*

Pomimo jednak zastosowania się przez użytkownika do jednego z alternatywnie wskazanych sposobów postępowania wynikających z komunikatu, który pojawił się na ekranie („Poczekaj na wznowienie (...))”, samoczynnie nastąpiło połączenie z konsolą, a inny wykonawca dokonał postąpienia.

Ponadto, dla rozstrzygnięcia sprawy najistotniejsze jest zdaniem odwołującego, czy przerwanie połączenia nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego lub platformy aukcyjnej, czy też po stronie wykonawcy.

W przytaczanym wyroku KIO z dnia 25.11.2011 r. Izba orzekła „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 uchylecia 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 przypadku ustalenia, że błąd uniemożliwiający połączenie leżał po stronie zamawiającego/operatora platformy aukcyjnej, bezprzedmiotowe zdaniem odwołującego staną się rozważania dlaczego użytkownik zachował się w jeden z dwóch sugerowanych sposobów postępowania, który wskazywał komunikat ukazujący się na ekranie. Tym bardziej, że jak wyżej wskazano, powoływana przez zamawiającego instrukcja nakazuje podjąć kroki określone w komunikacie. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wadliwego działania platformy aukcyjnej wynikającego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego lub operatora platformy aukcyjnej.

Z ostrożności odwołujący stwierdził, że postępowanie użytkownika polegające na możliwie najmniejszej ingerencji w działanie aplikacji webowej (lokalnie na przeglądarce) było racjonalne. Odświeżenie strony systemu działającego niepoprawnie mogło skończyć się błędnym przebudowaniem interfejsu aplikacji lub jego opóźnieniem, co mogłoby skutkować brakiem możliwości dokonania postąpienia.

Odwołujący uznał, że powołane dowody prowadzą do oceny, iż utrata połączenia przez konsolę w toku aukcji w dniu 21 stycznia 2014 r. nie była spowodowana żadnymi okolicznościami leżącymi po stronie odwołującego, ani podmiotu dostarczającego mu Internet. Powyższe uzasadnia wniosek, że przyczyna utraty połączenia wystąpiła po stronie zamawiającego albo współpracującego z nim operatora platformy aukcyjnej. Odwołujący jeszcze raz podkreślił, że jego twierdzenie, iż nie wystąpił po jego stronie problem z łączem

internetowym, jest poparte zapisem filmowym. Natomiast stanowisko zamawiającego opiera się w znacznej części na oświadczeniu przedsiębiorcy prowadzącego platformę aukcyjną (uzyskanym zresztą *post factum*). Nie jest zatem w sposób równie wymierny poparte dowodami.

### 3. Zarzut drugi.

Zamawiający w sposób oczywisty naruszył przepis art. 91b ust. 3 Pzp, który brzmi „Termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia, o którym mowa w ust. 1.” Odwołujący podniósł, że z treści przepisu wynika, iż odnosi się on do „aukcji elektronicznej”. Ustawodawca nie różnicuje, czy chodzi o aukcję pierwszą, czy kolejną. Przepis ten należy zatem stosować do powtarzanej aukcji nawet nie na zasadzie analogii lecz wprost. Zamawiający zdaje się wywodzić, że „(...) powtórzony został jedynie proces aukcji elektronicznej (...)” oraz, że „(...) nie uległy zmianie żadne warunki w aukcji (...)”, co ma jego zdaniem uzasadnić twierdzenie, iż zwolniony był z zastosowania art. 91b ust. 3 Pzp. Zabieg ten jednak jest sztuczny. Powtórzeniu uległa akcja elektroniczna w rozumieniu przepisów art. 91a-91c Pzp, zatem zamawiający powinien przekazać zaproszenia do niej na 2 dni robocze przed jej otwarciem. Nie przypadkowo zdaniem odwołującego ustawodawca zagwarantował wykonawcom 2 dni robocze na przygotowanie się do aukcji. *Ratio legis* art. 91b ust. 3 Pzp widać również w przypadkach powtarzania aukcji. Aukcja taka toczy się już w innym stanie faktycznym. Wykonawcy znają już bowiem wysokość najkorzystniejszego dotychczas postąpienia. Mają większą wiedzę o tym do jakich kwot wynagrodzenia są w stanie „zejść z ceny” inni wykonawcy. Kwoty te niejednokrotnie znacznie różnią się od kwot wskazywanych przez wykonawców w pierwotnych ofertach. Wykonawcy przystępują zatem do licytacji ze znacznie większą wiedzą o potencjalnych postąpieniach, do których są skłonni pozostali wykonawcy, niż przed aukcją pierwotną. Podobny pogląd wyrażono też we wzmiankowanym wyroku KIO z dnia 25.11.2011 r. „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” (...).

Mając powyższe na uwadze odwołujący podniósł, że wzięcie udziału w powtarzanej aukcji wymagało przygotowania, w szczególności dodatkowych analiz na temat możliwych ewentualnych postąpień w stosunku do oferty złożonej w trakcie pierwszej aukcji. Wymaga to - zwłaszcza w przypadku wykonawców będących większymi podmiotami - czasu.

Zatem naruszenie terminu z art. 91b ust. 3 Pzp mogło mieć wpływ na ich zachowania w trakcie powtórzonej aukcji elektronicznej, a tym samym mogło mieć istotny na wynik postępowania.

#### 4. Zarzut trzeci.

Zamawiający nie powtarzając aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 21 stycznia 2014 r. naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Jeżeli nawet przyjąć - co nie zostało udowodnione - że w trakcie pierwszej aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 20 stycznia 2014 r. wystąpiły problemy techniczne uniemożliwiające innemu wykonawcy dokonanie postąpienia, to trzeba z naciskiem podkreślić, iż w trakcie powtórzonej aukcji w dniu 21 stycznia 2014 r. wystąpił problem pozbawiający odwołującego możliwości dokonania postąpienia w finalnym momencie aukcji, co zostało przez odwołującego wykazane.

W realiach postępowania doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. W szczególności, zamawiający w zupełnie odmienny sposób potraktował zarzuty złożone przez „EEC” Sp. z o.o. wobec pierwszej aukcji i zarzuty przedstawione przez odwołującego pomimo, że te drugie były poparte dowodami. W pierwszym przypadku wystarczające do unieważnienia przez zamawiającego aukcji było ogólnikowe pismo, w którym „EEC” Sp. z o.o. nie powołała żadnych dowodów mogących świadczyć, że napotkane przez tego wykonawcę w trakcie aukcji elektronicznej przeszkody techniczne nie leżały po jego stronie. Nawet jeżeliby przyjąć, iż w trakcie pierwszej aukcji nastąpiły dające się sprecyzować problemy techniczne, powinno zostać także, co najmniej uprawdopodobnione, że nastąpiło to w tych samych minutach aukcji, gdy „EEC” Sp. z o.o. nie mógł się zalogować na platformie. Wobec lakoniczności pisma „EEC” Sp. z o.o. z dnia 20 stycznia 2014 r. byłoby to jednak niemożliwe. Wykonawca ten nie wskazał nawet w przybliżeniu, w którym momencie aukcji wystąpiły - jego zdaniem - problemy. Pomimo tego zamawiający zdecydował się powtórzyć aukcję nie bacząc na interesy pozostałych wykonawców.

Ponadto zamawiający, ani „EEC” Sp. z o.o. w żaden sposób nie starali się nawet uprawdopodobnić, że problemy które miał napotkać ten wykonawca nie były spowodowane okolicznościami leżącymi po stronie „EEC” Sp. z o.o. albo podmiotu świadczącego usługę połączenia internetowego na rzecz tego wykonawcy.

Aby podjąć decyzję o powtórzeniu aukcji (co nastąpiło już 20 stycznia 2014 r.), zamawiający nie oczekiwał nawet na doręczenie mu pisemnego stanowiska Marketplanet. Oświadczenie Marketplanet zostało sporządzone dopiero następnego dnia (21 stycznia 2014 r.), a wpłynęło do zamawiającego dopiero w dniu 22 stycznia 2014 r.

*Dowód: wydruk wiadomości e-mail z dnia 22 stycznia 2014 r. przesłanej przez G..... O..... - naczelnika Wydziału w Biurze Urzędu m. st. Warszawy Biuro Zamówień Publicznych do A..... S..... (zamawiający) z godz. 10:20. (znajdujący się w dokumentacji postępowania).*

Dla porównania odwołujący poparł swoje stanowisko szczegółowym zapisem filmowym obejmującym blisko 7 ostatnich minut aukcji elektronicznej, w tym brak możliwości dokonania przez odwołującego postąpienia w ostatnich kilkudziesięciu minutach aukcji elektronicznej. Film ten dowodzi - bez potrzeby sięgania po inne wnioski dowodowe - że odwołujący posiadał dostęp do Internetu w chwili, gdy konsola straciła połączenie. Pomimo tego zamawiający nie powtórzył akcji internetowej z dnia 21 stycznia 2014 r.

Sposób postępowania zamawiającego - w realiach sprawy - jest wyrazem nierównego traktowania wykonawców.

5. Interes w uzyskaniu danego zamówienia.

Przytoczone w poprzednich punktach okoliczność świadczą, zdaniem odwołującego, że ma on interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Po stronie odwołującego istnieje potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, o czym świadczy w szczególności fakt, że oferta odwołującego nie została odrzucona, nie został on wykluczony z postępowania, a ponadto złożył najkorzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 20 stycznia 2014 r.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący wniósł jak na wstępie.

**II. Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.**

**III. Wykonawca - Europa Express City Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania w całości.**

W uzasadnieniu pisma wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, tj. zamawiającego, ponieważ uwzględnienie zarzutów

odwołującego spowodowałyby uznanie aukcji z dnia 20.01.2014 r. za przeprowadzoną prawidłowo i tym samym uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą, co pozbawiałoby przystępującego szans na uzyskanie zamówienia. W powtórzonej aukcji elektronicznej (w dniu 21.01.2014 r.) oferty złożone przez odwołującego oraz trzeciego z wykonawców - Sekar-Trans sp. z o.o. odwołaniu, są w ocenie przystępującego ofertami podlegającymi odrzuceniu, gdyż złożone przez każdego z ww. wykonawców ostatnie postąpienie w toku aukcji stanowi ofertę z ceną rażąco niską oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i zarówno te oferty, jak i ewentualne oferty korzystniejsze podlegałyby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 Pzp.

Bez powtórzenia aukcji, a więc po oddaleniu niniejszego odwołania i jednoczesnym uwzględnieniu odwołania wobec nieodrzczenia ofert Polonus S.A. i Sekar-Trans sp. z o.o. wniesionego przez przystępującego, zamówienie winno być udzielone przystępującemu, który złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu, a która po odrzuceniu ofert objętych odwołaniem złożonym przez przystępującego powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Przystępujący wskazał, że żądanie unieważnienia aukcji z dnia 21.01 2014 r. nie będzie prowadzić do uzyskania zamówienia przez odwołującego, a tym samym brak jest interesu w uzyskaniu zamówienia, który mógłby być chroniony wniesieniem odwołania. Odwołujący przystąpił do aukcji, której unieważnienia obecnie się domaga składając w niej kolejne oferty. Uznał tym samym, że jego oferty z aukcji przeprowadzonej w dniu 20.01.2014 r. przestały wiązać zgodnie z art. 91c ust. 4 ustawy. Jedyną wiążącą ofertą, którą Polonus S.A. złożył, jest oferta z aukcji z dnia 21.01.2014 r. Tym samym unieważnienie aukcji z tego dnia (21.01.2014 r.) skutkowałoby tym, że żadna z ofert złożonych przez odwołującego nie wiąże, a tym samym nie może on domagać się zawarcia umowy i nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia.

Przystępujący zwrócił uwagę, że odwołanie powinno być oddalone ze względu na brak interesu odwołującego w jego wniesieniu także z innych powodów. Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy orzeka w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odwołaniu wniesionym przez Polonus S.A. brak zarzutu wobec czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Sekar-Trans sp. z o.o. w toku aukcji z dnia 21.01.2014 r. Brak podważenia prawidłowości dokonania tego wyboru uniemożliwia uzyskanie zamówienia przez odwołującego, gdyż nawet ewentualna zasadność wszelkich pozostałych zarzutów, o ile nie towarzyszy im zarzut dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej powoduje, że odwołujący godzi się z tym wyborem, zaś KIO nie ma możliwości nakazania



unieważnienia tej czynności. Tym samym odwołujący nie może uzyskać zamówienia, przez co w świetle art. 179 ust. 1 ustawy nie ma interesu we wniesieniu odwołania, a odwołanie wniesione podlega oddaleniu.

Wykonawca podniósł także, że w postępowaniu nie doszło do żadnego naruszenia prawa przez zamawiającego. Odwołanie można natomiast wnieść wyłącznie wobec czynności lub zaniechań zamawiającego. W świetle dokumentów, które znajdują się w protokole postępowania - w przypadku pierwszej z aukcji (z dnia 20.01.2014 r.) wystąpiły przyczyny w postaci nieprawidłowego działania platformy aukcyjnej, której prawidłowe działanie winien zapewnić zamawiający, a więc czynność jej unieważnienia była obowiązkową czynnością zamawiającego i nie może być podważana. Przyczyny, za które odpowiada zamawiający, a niezależne od wykonawców uniemożliwiły im udział w aukcji.

Żadne tego rodzaju okoliczności leżące po stronie zamawiającego ani podmiotu przeprowadzającego aukcję nie spowodowały zakłóceń w przebiegu powtarzanej aukcji z dnia 21.01.2014 r. Brak możliwości udziału w określonej fazie aukcji przez odwołującego, o ile miał miejsce, gdyż nie został udowodniony, nie wynikał z przyczyn obciążających zamawiającego. Żądanie jej powtórzenia jest niezasadne i nie wiąże się z jakimkolwiek zaniechaniem lub czynnością zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił także żadnych dowodów na potwierdzenie okoliczności, z których wywodzi skutki prawne tj. dowodów, że to wskutek przyczyn leżących po stronie zamawiającego lub operatora platformy, na której zamawiający prowadził aukcję doszło do zakłóceń udziału w aukcji.

Przystępujący wskazuje, że nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania. Zamawiający zweryfikował w przypadku wszystkich sygnałów o zakłóceniach możliwości udziału w aukcjach te sygnały u operatora platformy. W przypadku potwierdzenia zakłóceń podjął decyzję o powtórzeniu aukcji. W przypadku braku potwierdzenia i braku innych dowodów na fakt, że zakłócenia obciążają zamawiającego - odmówił jej powtórzenia. Różna jak widać sytuacja, nie mogła powodować tożsamego zachowania zamawiającego.

Nie doszło także do naruszenia przepisu o terminie przeprowadzenia aukcji. Termin ten uzależniony jest od przekazania zaproszenia do udziału w aukcji. Art. 91b ust. 2 stanowiący o treści tego zaproszenia - w szczególności punkt 1, jednoznacznie przesądza, że jest to zaproszenie do udziału w aukcji kierowane po ocenie ofert złożonych w formie pisemnej. Termin ten został zachowany, a do aukcji powtarzanej termin ten nie ma zastosowania, stąd nie może być naruszony.

Przystępujący wniósł także o oddalenie wniosków dowodowych odwołującego dotyczących powołania biegłego, jako zgłoszonych dla zwłoki, gdyż kwestie, które miałyby być w ten sposób udowodnione są już przesądzone (w sposób przeciwny) innymi dowodami, których prawdziwości nie podważył odwołujący.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.**

I. Stanowiska stron przedstawione na rozprawie.

1. Odwołujący dodatkowo podkreślił wymianę korespondencji związanej z powtórzeniem aukcji elektronicznej, podkreślając, że z pisma przystępującego (wykonawca wskazał w nim błąd platformy aukcyjnej polegający na wyrzuceniu wykonawcy z tejże platformy), notatki służbowej pracownika zamawiającego (do której odwołujący zgłosił zastrzeżenia jako dokumentu stanowiącego podstawę podjęcia decyzji o powtórzeniu aukcji elektronicznej) oraz korespondencji wewnętrznej (zamawiający - operator platformy aukcyjnej), również oświadczenia Marketplanet z 21 stycznia 2014 r. adresowanego do M..... B..... (dyrektora Biura Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy), nie wynika, by okoliczności stanowiące podstawę powtórzenia aukcji zostały zdefiniowane, co do przyczyny i etapu aukcji elektronicznej prowadzonej w dniu 20.01.2014 r.

Odwołujący powołał się na pismo z dnia 22 stycznia 2014 r. skierowane do niego przez zamawiającego, wskazując, że w punkcie 1, zdanie ostatnie pisma, zamawiający podał, iż stanowisko operatora platformy aukcyjnej przekazane operatorowi aukcji jest oficjalnym dokumentem, będącym faktyczną podstawą powtórzenia aukcji elektronicznej. Odwołujący zarzucił nieprawdziwość twierdzenia przedstawionego w piśmie. Wywiódł ją z faktu, że firma Marketplanet zapewniająca obsługę elektroniczną aukcji, zawiadomiła zamawiającego w dniu 21 stycznia 2014 r. o problemach technicznych, podczas gdy zamawiający już podjął decyzję o powtórzeniu aukcji w dniu 20 stycznia 2014 r. Odwołujący uznał, że skoro oficjalny dokument przekazany przez Marketplanet był podstawą powtórzenia aukcji elektronicznej w dniu 21 stycznia 2014 r., to zamawiający nie był uprawniony do podjęcia decyzji na podstawie tego dokumentu w dniu 20 stycznia 2014 r. o powtórzeniu aukcji, skoro wpłynęło do odwołującego w dniu 22 stycznia 2014 r. Odwołujący wskazał też oświadczenie Marketplanet z 21 stycznia 2014 r. adresowane do M..... B....., z którego wynika, że jedyną podaną przyczyną co do błędu, było wskazanie przepełnienia bufora o godz. 12:14

w dniu 20.01.2014 r. Aukcja trwała ok. 70 min., błąd wystąpił dopiero 4 min. po zakończeniu aukcji.

Odwołujący składając do akt sprawy odpis KRS firmy spółki Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. z którego wynika uprawnienie do reprezentowania spółki, wskazał, że pismo z dnia 21 stycznia 2014 r. podpisane przez M..... A....., jako oficjalne stanowisko spółki, jest pismem podpisanym przez osobę nieuprawnioną do jej reprezentacji.

W przedmiocie zarzutu niezachowania terminu 2. dni roboczych od dnia przekazania zaproszenia do dnia otwarcia powtórzonej aukcji, odwołujący wskazał, że zawiadomieniem o powtórzeniu aukcji była informacja przekazana pocztą elektroniczną z załączonym pierwotnym zaproszeniem do aukcji elektronicznej (z dnia 15.01.2014 r.).

W zakresie drugiej aukcji przeprowadzonej w dniu 21 stycznia 2014 r., odwołujący podniósł, że w szczególności z filmu załączonego do odwołania jednoznacznie wynika, że przyczyny utraty łączności nie wystąpiły po stronie odwołującego, ani dostawcy Internetu.

Dla przykładu odwołujący złożył 2. stronicowy wyciąg z opracowania pt. „Księga eksperta”, w którym przedstawiono przykłady połączenia przewodowego z dostępem do Internetu i usytuowanie ikony. Przedstawiono 4 paski, na 3. pasku ikona przedstawia brak połączenia albo ograniczony dostęp do sieci, na 4 pasku całkowity brak dostępu do sieci. Powyższe miało służyć potwierdzeniu, że fakty takie nie miały miejsca po stronie odwołującego w dniu 21.01.2014 r. Wnosząc o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, odwołujący przedłożył do akt sprawy fakturę VAT wskazującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 598,98 zł.

2. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i wyjaśnił, że w dniu 20 stycznia 2014 r. po ostatnim postąpieniu odwołującego o godz. 12:09:49, nastąpiło automatyczne zamknięcie aukcji o godz. 12:10 z nieznanych przyczyn. Zamawiający złożył do akt sprawy wydruki m.in. podsumowanie ofert - względna aukcja, z którego wynika zapis postąpienia o godz. 12:10:07; opis poszczególnych oferentów; historię ofert; log aplikacyjny - 20.01.2014 r. wskazujący wystąpienie błędu o godz. 12:14:07 (ERROR) - opisany na prośbę składu orzekającego przez pełnomocnika zamawiającego jako „Przepełnienie pamięci serwera aplikacyjnego z powodu błędnie działającego mechanizmu typu GARBAGE COLLECTOR”; log tomcat - 20.01.2014, godz. 12:15:25; dokument - aukcja testowa, sporządzony przez pracownika Urzędu m.st. Warszawy (z przedostatniej strony wynika przerwanie możliwości dokonywania postąpień, ostatni wskazany czas - 12:10:09). Zamawiający wyjaśnił, że po

podjęciu w dniu 20 stycznia 2014 r. decyzji o powtórzeniu aukcji elektronicznej w następnym dniu, przekazał tę informację wszystkim wykonawcom drogą elektroniczną o godz. 15:19. Odwołujący przekazał w tym samym dniu o godz. 16:39 odpowiedź, że nie jest w stanie potwierdzić udziału spółki w aukcji w dniu następnym. Wyjaśnił, że w wyniku uzyskania bezpośredniego połączenia telefonicznego z R..... J..... (Urząd m.st. Warszawa), uzyskał informację, że aukcja została zakończona o godz. 12:09:49 postąpieniem odwołującego. Następnie zamawiający pismem przekazanym o godz. 16:47 zawiadomił wykonawców, że w związku z problemami z przebiegiem aukcji w dniu 20 stycznia 2014 r., powtórka aukcji zostanie przeprowadzona w dniu 21 stycznia 2014 r. o godz. 14. Zamawiający uzyskał odpowiedź odwołującego w dniu 21 stycznia 2014 r. o godz. 11:36, w której odwołujący zaproponował przeciwko przeprowadzeniu aukcji. Wskazał również w piśmie, że w jego ocenie nie wystąpiły żadne problemy w toku aukcji testowej. Wskazał też na konieczność dochowania 2. dniowego terminu poprzedzającego zaproszenie do następnej aukcji. W ostatnim zdaniu pisma odwołujący wskazał, że jednak w przypadku powtórzenia aukcji weźmie w niej udział.

Pełnomocnik zamawiającego (Urząd m.st. Warszawy) wyjaśnił, że aukcja testowa z udziałem wykonawców, polegająca na sprawdzeniu systemu przed rozpoczęciem aukcji rzeczywistej, została przeprowadzona od dnia 15 do 20 stycznia 2014 r. W dniu 12 stycznia 2014 r. o godz. 14:26 zamawiający przesłał w tym zakresie informację odwołującemu. Zamawiający złożył do akt sprawy opracowanie R..... J..... skierowane w dniu 15 stycznia 2014 r. o godz. 8:45 do wszystkich wykonawców, do którego załączono instrukcję postępowania obowiązującą w toku aukcji elektronicznej (Instrukcja Wykonawcy). Odwołujący uczestniczył w dniu 15 stycznia 2014 r. w aukcji testowej. Odwołujący również uczestniczył od kilku lat w postępowaniach przewozowych na rzecz zamawiającego i uczestniczył w szkoleniu w zakresie przeprowadzania aukcji elektronicznych przez zamawiającego (Urząd m.st. Warszawa). W instrukcji na str. 16 punkt 6 zamieszczono schemat graficzny - screen i pod schematem zamieszczono opis wskazujący, że w przypadku ukazania się powyższego komunikatu lub wystąpienia jakichkolwiek problemów w odświeżaniu konsoli, należy odświeżyć ją ręcznie za pomocą przycisku F5 lub za pomocą opcji „odśwież”. Powyższy opis w ocenie zamawiającego świadczy, że w żadnej sytuacji - nie należało czekać na wznowienie połączenia, na które można oczekiwać najwyżej do 5 sekund, lecz jednak należało wyłączyć konsolę ręcznie w sposób opisany w środkowej części str. 16 (przycisk F5 lub opcja „odśwież”). Zamawiający stwierdził, że okoliczności podnoszone przez odwołującego oraz wskazane dowody, dotyczą wyłącznie

sytuacji po stronie odwołującego - utrata łączności, natomiast nie odnoszą się do okoliczności po stronie zamawiającego. Wyjaśnił, że nie otrzymał żadnego sygnału o problemach związanych z przebiegiem aukcji. Zamawiający złożył do akt oświadczenie Orange Polska z 14 lutego 2014 r. skierowane do firmy Otwarty Rynek Elektroniczny S.A., w którym wystawca oświadczenia jako opiekun umowy IT Marketplanet oświadczył, że w dniu 21 stycznia 2014 r., zarówno w logach z urzędzeń brzegowych, jak i z powodu braku zarejestrowania awarii, nie było żadnych informacji o awariach, ponadto w tym dniu nie było obciążenia, łącznie na przepustowości 1 Gb na sekundę.

Zamawiający złożył do akt log aplikacyjny - 21 stycznia 2014 r., z którego wynika (str. 133, 134, 135), że różne podmioty były połączone z platformą aukcyjną, tj. Urząd Miasta, Europa Express, Sekar-Trans, który dokonał ostatniego postąpienia o godz. 14:09:15. Na potwierdzenie, zamawiający wskazał numery - 194.30.179.66 (Urząd m.st. Warszawy), kolejny numer - 80.72.34.250, następny - 80.55.239.200. Na str. 136 o godz. 14:12:45 zamieszczono zapis o czynności w ramach aukcji na konsoli oferenta o numerze 80.72.34.250.

Tytułem uzupełnienia, członek zarządu odwołującego podniósł, że na str. 136 materiału złożonego przez zamawiającego, pierwszy akapit od góry, podano godz. 14:11:55 oraz następny zapis czasowy 14:12:45, co stanowi różnicę 50 sekund, twierdząc, że powyższe nie dowodzi, iż w tym czasie była jakakolwiek aktywność. Utrata łączności odwołującego dotyczy godz. 14:12:20, a odwołujący mógł dokonać postąpienia jedynie w ciągu 39 sekund. W tym czasie odwołujący nie uzyskał połączenia i nie uzyskał go do końca aukcji.

Zamawiający wyjaśnił, że w czasie wskazanym przez odwołującego były dwa ostatnie postąpienia - o godz. 14:12:23 i o godz. 14:12:55. W tym czasie operator platformy aukcyjnej nie zaobserwował żadnych problemów. W czasie pomiędzy złożeniem ostatniego postąpienia w toku aukcji rzeczywistej, a jej zakończeniem, złożono 5 postąpień na aukcji względnej, na której postąpienia wywoływane są przez pracownika obsługującego platformę aukcyjną. Powyższe świadczy o możliwości składania postąpień przez cały czas. W ocenie zamawiającego, ze względu na tempo akcji, postąpienie mogło być dokonane w ciągu minuty. Dokument nr 9 str. 112 i 113, godz. 14:12:20 - nie wskazuje zapisów o nieprawidłowym działaniu aplikacji.

W zakresie podjęcia decyzji w dniu 20 stycznia 2014 r. o powtórzeniu aukcji, zamawiający wyjaśnił, że w tym dniu prowadził również inną aukcję w zakresie postępowania o udzielenie

zamówienia. Aukcja równoległa rozpoczęła się w czasie trwania aukcji będącej przedmiotem rozpoznania w tej sprawie i zakończyła się awaryjnie o godz. 12:10, co miało znaczenie dla tej aukcji, ponieważ w aukcji równoległej dwóch uczestników również zgłosiło problemy z działaniem platformy. Równoległą aukcję również powtórzono, postępowanie zakończono wyborem najkorzystniejszej oferty. W tamtej aukcji uczestniczyło w sumie dwóch wykonawców i obaj zgłosili problemy dotyczące odświeżenia strony oraz braku możliwości dokonania kolejnych postępień. W dniu 21 stycznia 2014 r. prowadzono również dwie aukcje równoległe, z tym, że inna aukcja została zakończona o godz. 12:16, natomiast aukcja z udziałem odwołującego rozpoczęła się o godz. 12 i zakończyła się o godz. 14:13.

Odnosnie niezachowania 2. dniowego terminu od przekazania zaproszenia do otwarcia powtórzonej aukcji, zamawiający wyjaśnił, że w dniu 21 stycznia 2014 r. nie były powtarzane czynności związane z udziałem w aukcji elektronicznej po raz pierwszy. Zamawiający stwierdził, że gdyby nawet uznać, że termin został naruszony, nie ma to faktycznie żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a więc nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

**3.** Przystępujący podtrzymał twierdzenie o braku po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. Po pierwsze, w odwołaniu odwołujący wskazał, że podważa wybór oferty najkorzystniejszej, podając nazwę wykonawcy przystępującego, gdy w istocie ofertą najkorzystniejszą została oferta Sekar-Trans. W ocenie przystępującego, nie jest to oczywista omyłka pisarska, zatem należy przyjąć, że odwołujący kwestionuje wybór oferty przystępującego. Po drugie, postąpienia odwołującego w aukcji w dniu 20 stycznia 2014 r., wobec udziału odwołującego w aukcji w dniu 21 stycznia 2014 r., przestały wiązać w postępowaniu, zgodnie z art. 91c ust. 4 Pzp. Zatem, nie istnieje już oferta odwołującego w wersji uzyskanej w wyniku postępień w dniu 20 stycznia 2014 r. W świetle wskazanego art. 91c ust. 4 ustawy, nie ma możliwości uznania późniejszej aukcji za niewłaściwą i powrotu do efektów aukcji poprzedniej. W ocenie przystępującego nie został również naruszony art. 7 ustawy, ponieważ nie można przyjąć, że skoro ustalono, iż w dniu 20 stycznia 2014 r. aukcja została dotknięta wadą z przyczyn technicznych leżących po stronie zamawiającego, to automatycznie niemożność połączenia się przez odwołującego w dniu 21 stycznia 2014 r. z platformą aukcyjną zamawiającego stanowi, że taki błąd po stronie zamawiającego wystąpił również w dniu 21 stycznia 2014 r. Przystępujący podkreślił, że niezasadne jest stanowisko odwołującego dotyczące korespondencji wewnętrznej zamawiającego pomiędzy jednostkami

organizacyjnymi, co do jej formy. Wskazał, że nie ma w tym przypadku wymogu zachowania formy pisemnej, stąd dla osiągnięcia określonego skutku mogły mieć miejsce kontakty telefoniczne, bądź mailowe. Przystępujący zakwestionował również stanowisko odwołującego w kwestii oświadczenia M..... A..... z dnia 21 stycznia 2014 r., co do braku możliwości wzięcia pod uwagę tego oświadczenia z uwagi na fakt, że oświadczenie podpisała osoba niewykazana w rejestrze spółki handlowej. Ponadto podniósł, że w oświadczeniu z 21 stycznia 2014 r. firma Marketplanet wskazała, że w dniu 20 stycznia 2014 r. wystąpiły przyczyny techniczne po stronie zamawiającego, które uniemożliwiły składanie kolejnych postąpień, natomiast w drugim oświadczeniu z tej samej daty wskazano, że w dniu 21 stycznia 2014 r. nie było takich przyczyn. Przystępujący też podniósł, że odwołujący wykazuje, że po jego stronie, w jego siedzibie nie wystąpiły przyczyny, które mu uniemożliwiły złożenie postąpienia. Natomiast w tym sporze odwołujący ma udowodnić, że doszło do naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego lub przez podmioty, które świadczą usługę na rzecz zamawiającego, które to naruszenie uniemożliwiło wykonawcy złożenie postąpienia. Wskazuje, że w dniu 21 stycznia 2014 r. ostatnim postąpieniem było postąpienie Sekar-Trans o godz. 14:09:15, natomiast godzina 14:12:20, którą uwidoczniono na filmie odwołującego, była wskazana na komputerze odwołującego. Podniósł przy tym, że czas wskazany na komputerze wykonawcy nie jest tożsamy z czasem uwidocznionym w prowadzonej aukcji. Przystępujący odniósł się również do opisu zamieszczonego w instrukcji wykonawcy - str. 16 punkt 6, gdzie jednoznacznie, w ocenie przystępującego, opisano sposób postępowania w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wątpliwości w toku aukcji. Opis informuje, że należy przystąpić do odświeżania konsoli ręcznie i sposób odświeżania został wskazany jako użycie przycisku F5 lub okna „odśwież”. Co do wniosków dowodowych - zeznania świadków, przystępujący podniósł, że wskazane osoby, są to pracownicy odwołującego, i ich zeznania niczego nie wniosą do przebiegu postępowania odwoławczego. W kwestii dowodu z opinii biegłego, przystępujący stwierdził, że odwołujący nie wskazał tezy dowodowej dla tego dowodu, jednocześnie podniósł, że jest to próba wykazania przy pomocy biegłego, że z dokumentacji postępowania nie wynika, by zamawiający dołożył należytej staranności w przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Stanowi do przerwania dowodów z odwołującego na zamawiającego i biegły może jedynie stwierdzić, że istotnie nastąpił brak połączenia z Internetem, natomiast nie jest w stanie ustalić przyczyny braku połączenia. Podniósł przy tym, że dowód ten jest zgłoszony dla zwłoki postępowania, która jest korzystna dla strony odwołującej, gdyż obecnie świadczy on tę usługę na rzecz zamawiającego. Co do terminu rozpoczęcia powtórzonej aukcji stwierdza, że z przepisów ustawy nie wynika obowiązek zachowania terminu 2. dni roboczych w przypadku

powtórzenia czynności, ale jeśli uznać, że w tym przypadku nastąpiło naruszenie przepisu, nie miało ono wpływu na wynik postępowania. Przepis art. 91b ust. 3 ustawy wskazuje obowiązek zachowania 2. dniowego terminu od dnia przekazania zaproszenia wykonawcom do aukcji. W ocenie przystępującego, nie odnosi się to do powtórzonej czynności. Dodał, że w art. 91b ust. 3 ustawy mowa jest o 2. dniach roboczych od dnia przekazania zaproszenia do aukcji, o którym mowa w ust. 1, a więc chodzi o zaproszenie wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, zaś treść zaproszenia określa ust. 2 tego artykułu. Treścią zaproszenia jest cały opis, który dotyczy rozpoczęcia pierwotnej aukcji. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

II. Izba uwzględniła wnioski dowodowe odwołującego wskazane i załączone do odwołania, za wyjątkiem dowodu z opinii biegłego. Nie uwzględniła też wniosku przedstawionego w piśmie odwołującego z dnia 12.02.2014 r. dotyczącego zobowiązania spółki Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. (nie będącej stroną ani uczestnikiem postępowania odwoławczego) do:

1. Przedstawienia wyciągów z dzienników systemu operacyjnego i aplikacji na serwerze lub serwerach obsługujących platformę aukcyjną w dniu 20 stycznia 2014 r. w godz. od 11:00 do 12:10 oraz w dniu 21 stycznia 2014 r. w godz. od 12:00 do godz. 14:13, na okoliczność:

1) niewystępowania problemów technicznych uniemożliwiających dokonywanie przez wykonawców postąpień w toku aukcji elektronicznej w dniu 20 stycznia 2014 r.;

2) wystąpienie po stronie zamawiającego/platformy aukcyjnej problemu technicznego, który uniemożliwił dokonanie przez odwołującego postąpienia wobec ostatniej oferty złożonej w trakcie aukcji elektronicznej w dniu 21 stycznia 2014 r. przez wykonawcę Sekar-Trans Sp. z o.o. (którego oferta została uznana za najkorzystniejszą).

2. Przedstawienia wyciągów z dzienników urządzeń brzegowych, które obsługiwały dedykowane urządzenie bądź dedykowany serwer aplikacji aukcyjnej na okoliczność wystąpienia braku łączności pomiędzy siecią Internet a serwerem lub serwerami obsługującymi platformą aukcyjną, w trakcie aukcji elektronicznej z udziałem odwołującego, w dniu 21 stycznia 2014 r.

3. Przedstawienia pełnej statystyki i ilości połączeń w jednostce czasu na okoliczność ewentualnego wystąpienia w trakcie aukcji elektronicznej w dniu 21 stycznia 2014 r. sytuacji rozproszonej odmowy usługi, tj. przeciążenia serwera aplikacji w jednostce czasu, bądź urządzenia brzegowego kontrolującego ruch sieciowy, której wystąpienie dowodziłoby nieprawidłowego działania portalu aukcyjnego.



Izba miała na uwadze, że kontradictoryjny charakter postępowania odwoławczego nakłada na strony i uczestników postępowania odwoławczego obowiązek przedstawienia dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Istotę rozpoznania odwołania stanowiło ustalenie faktów i ich ocena, co do zasadności uznania aukcji w dniu 20.01.2014 r. za podlegającą powtórzeniu w dniu 21.01.2014 r. i w istocie przez ponowne przeprowadzenie aukcji w dniu 21.01.2014 r., unieważnienie aukcji pierwotnej.

Dowód z opinii biegłego jest uzasadniony, jeżeli ustalenie stanu faktycznego wymaga wiadomości specjalnych. W rozpoznawanej sprawie dowody przedstawione przez odwołującego, w tym dokumenty, nagranie CD, zeznania świadków oraz dowód z przesłuchania strony, także dowody zamawiającego - dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia, wydruki z przebiegu obu aukcji, logi - aplikacyjny i tomcat z 20.01.2014 r. zamawiającego oraz załączony do odwołania przez odwołującego także z dnia 20.01.2014 r., stanowiły podstawę ustalenia przez Izbę faktów niezbędnych dla rozstrzygnięcia odwołania. Ustalenie stanu faktycznego nie wymagało wiadomości specjalnych.

Po stronie zamawiającego, spośród pełnomocników składających obok wyjaśnień, przede wszystkim merytoryczne oświadczenia, jako osoby uczestniczące bądź wspomagające tok obu aukcji, obecni byli pracownicy zamawiającego (ZTM), Urzędu m.st. Warszawy i spółki Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. Marketplanet, co umożliwiło uzyskanie wystarczających informacji związanych z przebiegiem obu aukcji.

### III. Zeznania świadków i przesłuchanie strony - dowody wnioskowane przez odwołującego.

K..... M....., kierownik działu IT odwołującego - zeznał, że w dniu 21 stycznia 2014 r. nie było żadnych problemów z połączeniem odwołującego z platformą zamawiającego. Powyższe potwierdza: skorzystanie ze statusu wskaźnika połączenia siecią; pismo firmy ATM S.A. załączone do odwołania; komputer w tej samej sieci korzystał z połączenia internetowego bez przeszkód. Jeśli chodzi o ewentualnie wskazanie przyczyny po stronie zamawiającego, świadek zeznał, że skoro przyczyny nie istniały po stronie odwołującego, a zamawiający jest zobowiązany zabezpieczyć prawidłowe połączenia z platformą aukcyjną, to przyczyna może wystąpić po stronie zamawiającego. Świadek potwierdził, że występuje synchronizacja czasu - na komputerze świadka i na serwerze, na którym była prowadzona aukcja.

Świadek zeznał, że przeprowadził rejestrację przebiegu aukcji w dniu 21 stycznia 2014 r. na polecenie zarządu i po wystąpieniu problemów technicznych. Zarejestrował ok. 20 min.

aukcji, w tym kilkakrotne zawieszenie portalu aukcyjnego. W ostatnim czasie przed zamknięciem aukcji, tj. ok 30-40 sek., nie można było dokonać postąpienia. Świadek potwierdził, że ikona zamieszczona na str. 9 odwołania potwierdza prawidłowe połączenie z Internetem; świadek potwierdził też, że w czasie kiedy uczestniczył w aukcji elektronicznej, nie było żadnych zakłóceń, chwilowe jego wyjścia nie miały miejsca w czasie nagrywania filmu; po zakończeniu aukcji pracownicy świadka dokonali weryfikacji poprawności działania usługi Internetu przez sprawdzenie logów.

P..... Z....., pracownik odwołującego składający oferty w toku aukcji elektronicznej, zeznał - w dniu 20 stycznia 2014 r., po ostatnim postąpieniu przeprowadził rozmowę telefoniczną z R..... J..... (po stronie zamawiającego) i uzyskał potwierdzenie, że na skutecznym postąpieniu odwołującego aukcja została zakończona. W tym samym jeszcze dniu zamawiający zawiadomił odwołującego, że z aukcją jest „coś nie tak”. W drugim dniu, tj. 21 stycznia 2014 r., ostatnie minuty aukcji rejestrowano z uwagi na informację, że w poprzednim dniu było „coś nie tak” z aukcją. W ostatniej minucie aukcji odwołujący próbował dokonać postąpienia, nie mógł jednakże dokonać żadnych czynności. Po ukazaniu się informacji, że należy czekać lub odświeżyć połączenie, zgodnie z komunikatem świadek czekał na wznowienie połączenia.

W dniu 21 stycznia 2014 r., w pierwszej części aukcji zawieszenie nie wystąpiło więcej niż jeden raz. Zawieszania trwały ok. 5-10 sekund. Świadek nie odświeżał łączności w przypadku zawieszenia, oczekiwał wyłącznie na wznowienie, postępował też tak samo w przypadku poprzednich zawiesznień. Świadek potwierdził, że zna treść instrukcji przekazanej wykonawcom. Potwierdził, że w dniu 21 stycznia 2014 r. nie było żadnej utraty połączeń z Internetem po stronie odwołującego. Świadek zeznał, że nie był szkolony w zakresie prowadzenia aukcji przez odwołującego i również przez zamawiającego. Zeznał też, że zawsze oczekiwał na wznowienie połączenia i konsola odświeżała się sama, nie korzystał z drugiej możliwości odświeżenia. Świadek potwierdził, że pojęcie „jakakolwiek wątpliwość”, zamieszczone w instrukcji wykonawcy (pkt 6 str. 16) oznacza każdą, nawet najdrobniejszą wątpliwość. Wobec faktu zawieszenia konsoli w drugim dniu w czasie ok. 40 sekund, świadek potwierdził, że powinien być mieć wątpliwość, o której mowa w instrukcji, jednak nie odświeżył ręcznie konsoli, lecz czekał na jej wznowienie.

Przesłuchanie strony – D..... R..... członek zarządu - wyjaśnia, że uczestniczył w toku aukcji elektronicznej zlecając postąpienia operatorowi (świadkowi). W dniach 20 i 21 stycznia 2014 r. zdarzały się zawieszania konsoli, nie trwały one dłużej niż 8 sekund i w

każdym przypadku oczekiwano na wznowienie połączenia. Z doświadczenia członka zarządu (własne doświadczenia zawodowe uzyskane w wyniku przeprowadzenia lub uczestniczenia) w kilkuset aukcjach elektronicznych) wynika, że przeprowadzenie czynności związanych z ponownym zalogowaniem i postąpieniem trwają ok. 30 sekund. Korzystniejszym rozwiązaniem dla odwołującego była więc opcja „poczekaj na samoistne wznowienie”.

Podniósł, że 2. dniowy odstęp między zaproszeniem a otwarciem aukcji powtórzonej, wpłynąłby na lepsze przygotowanie odwołującego do czynności ponownej aukcji.

Zamawiający (pełnomocnik - Marketplanet) uzupełniająco stwierdził, że podczas logowania i trwania aukcji otwarte są dwa okna przeglądarki internetowej oferenta i przycisk F5 należało wcisnąć na konsoli oferenta w widocznym oknie. Następuje wówczas odświeżenie tylko tego okna, które uległo zawieszeniu. Zamawiający stał na stanowisku, że 3 min., które były przeznaczone na ponowne postąpienie starczyłyby aby ponownie się zalogować.

Członek zarządu składając wyjaśnienia w ramach przesłuchania strony oświadczył, że omawiany problem to jest kwestia ostatnich 30 sekund, a nie 3 minut. Skierował pytanie do strony zamawiającej, czy w dniu 20 stycznia 2014 r. R..... J..... (Urząd m.st. Warszawy), prowadzący względną aukcję elektroniczną, potwierdził na podstawie swoich ustaleń, że postąpienie odwołującego było najkorzystniejsze, pełnomocnik zamawiającego przyznał, iż potwierdził, że postąpienie odwołującego było ostatnie.

P..... G..... - prezes zarządu - potwierdził, że w przypadku zawieszenia konsoli korzystano na podstawie praktyki, jaka miała miejsce w toku aukcji, wyłącznie z możliwości wznowienia połączenia, a nie odświeżenia konsoli w sposób opisany w punkcie 6 instrukcji. Prezes miał wiedzę o aktywnym połączeniu z Internetem w dniu 21 stycznia 2014 r. w ostatnich minutach trwania aukcji. Na zasadzie, że w dniu 20 stycznia 2014 r. występowały pewne nieprawidłowości połączenia konsoli z operatorem platformy, odwołujący uznał, że utrudnienia w dniu 21 stycznia 2014 r. są analogiczne. Pismo Orange Polska z 14 lutego 2014 r. złożone przez zamawiającego na rozprawie, potwierdza świadczenie usługi, aczkolwiek nie potwierdza połączenia z serwerami.

Wskazał str. 118 logu aplikacyjnego z 21 stycznia 2014 r. godz. 12:00:00, wiersz 7 od dołu, co sugeruje, że w stosunku do wykonawcy, który łączył się z numeru 77.79.220.2 wystąpił jakiś błąd w aplikacji.

**IV.** Rozpoznając odwołanie w granicach przedstawionych w nim zarzutów oraz rozstrzygając o żądaniach odwołującego, na podstawie powyższych ustaleń, Izba uznała.

**1.** Odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, wbrew stanowisku przystępującego o braku możliwości ewentualnego uzyskania zamówienia. Jest wykonawcą, który złożył ofertę w wersji papierowej z najniższą ceną (4,95 zł za wozokilometr), w sytuacji, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest cena o znaczeniu 100%. W aukcji przeprowadzonej w dniu 20.01.2014 r. uzyskał pierwszą lokatę dokonując ostatniego postąpienia i oferując cenę w wysokości 3,44 zł za wozokilometr. W aukcji drugiej przeprowadzonej w dniu 21.01.2014 r. uzyskał drugą lokatę oferując 2,79 zł za wozokilometr. Wykazanie zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu stwarza odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego o braku legitymacji czynnej do wniesienia odwołania z powodu wskazania w odwołaniu nazwy firmy przystępującego, jako wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę w wyniku oceny dokonanej w dniu 21.01.2014 r., zamiast firmy Sekar-Trans Sp. z o.o., której oferta z ceną 2,75 zł za wozokilometr w istocie została uznana za najkorzystniejszą. Izba uznała ten fakt za omyłkę, która nie może stanowić podstawy uznania braku interesu w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością doznania szkody w wyniku czynności zamawiającego.

**2.** Oddalając opozycję odwołującego przeciw przystąpieniu wykonawcy Europa Express City Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba uznała, że przystępujący po spełnieniu ustawowych wymagań skutecznego przystąpienia, uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego. Uzasadnienie opozycji wskazującej brak możliwości przystąpienia w zakresie jednego wniosku przedstawionego w odwołaniu, a drugiego nie, nie uprawdopodobniło braku interesu w przystąpieniu. Wykonawca ten w aukcji w dniu 20.01.2014 r. uzyskał drugą lokatę oferując cenę 3,45 zł za wozokilometr, w aukcji w dniu 21.01.2014 r. trzecią lokatę 4,89 zł za wozokilometr, kwestionując przy tym oferty z pierwszą i drugą lokatą, co uzyskało aprobatę zamawiającego i brak sprzeciwu odwołującego (sprawa oznaczona sygn. akt KIO 166/14 rozpoznawana łącznie z aktualnym odwołaniem).

**3.** Odwołanie podlega uwzględnieniu. W toku postępowania dowodowego został potwierdzony zarzut dotyczący zaniechania oceny przez zamawiającego wyniku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 20.01.2014 r. i z tego powodu Izba uwzględniła odwołanie. Nie został potwierdzony drugi zarzut dotyczący braku możliwości kolejnego postąpienia przez odwołującego w toku powtórzonej aukcji elektronicznej w dniu 21.01.2014 r. z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Zgodnie z art. 91a ust. 1 Pzp zamawiający przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział jej przeprowadzenie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono w postępowaniu, co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Celem aukcji jest uzyskanie korzystniejszych ofert i wybór oferty najkorzystniejszej. Wykonawca dokonując postępień w toku aukcji składa oświadczenie woli, które w świetle Pzp stanowi modyfikację pierwotnego oświadczenia woli stanowiącego ofertę wykonawcy, a więc dokonuje zmiany oferty jednostronnie, bez udziału zamawiającego i wiedzy pozostałych wykonawców.

W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że z powyższego powodu nie można powtórzyć aukcji, podobnie jak nie można powtórzyć złożenia oferty.

W wyroku z dnia 15 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1086/12, Izba nakazując unieważnienie postępowania uznała, że zamawiający nie jest władny unieważnić aukcji elektronicznej, a następnie przeprowadzić jej ponownie. Mógłby on unieważnić jedynie samo zaproszenie do udziału w tejże aukcji i to tylko do czasu jej otwarcia. (...) Dopuszczenie możliwości unieważnienia aukcji elektronicznej oznaczałoby zgodę na ingerowanie w treść ofert wykonawców - rodziłoby konieczność pominięcia (uznania za niebyłe) treści postępień złożonych przez wykonawców w toku aukcji.

Podobnie Izba orzekła we wcześniejszym wyroku z dnia 7 lutego 2012 r., sygn. akt KIO138/12.

W wyroku z dnia 20 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2720/12 Izba uznała, że dla skutecznego podważenia aukcji „Odwołujący chcąc skutecznie zarzucić zamawiającemu naruszenie art. 91c ust. 1 p.z.p., powinien udowodnić, że przeprowadzona przez zamawiającego aukcja elektroniczna nie posiadała co najmniej jednej z cech wymaganych przepisami p.z.p. (zamawiający nie udostępnił wykonawcom formularza umieszczonego na stronie internetowej, formularz nie umożliwiał wprowadzenia niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, zamawiający nie umożliwił wykonawcom składania kolejnych korzystniejszych postępień, postąpienia składane przez wykonawców nie podlegały automatycznej ocenie i klasyfikacji).”

Z kolei w wyroku z dnia 25 listopada 2011 r., sygn. akt 2427/11, wydanym w stanie faktycznym najbardziej porównywalnym do stanu w rozpoznawanym odwołaniu, Izba wskazała, że „(...) aukcja elektroniczna (...) jest swoistą dogrywką elektroniczną, która następuje po dokonaniu oceny ofert w sytuacjach określonych w art. 91a ust. 1 ustawy Pzp. Przebiegu aukcji dotyczy przepis art. 91c ustawy Pzp. Zgodnie z ust. 1 przywoływanego przepisu w toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. 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.

(...) 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 uchylecia 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. 91c ustawy Pzp.”

Odnosząc powyższe do rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby, z analizy materiału dowodowego wynika, że o zaniechaniu oceny aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 20.01.2014 r. zadecydowała informacja obecnego przystępującego „o jego wyrzuceniu z aukcji”. W piśmie zamawiającego z dnia 22.01.2014 r. skierowanym do odwołującego podano, że „wystąpił problem techniczny polegający na przepełnieniu bufora serwera comcat”. Z dowodu zamawiającego przedłożonego na rozprawie wynika, że po ostatnim postąpieniu odwołującego o godz. 12:09:49, zapisano postąpienie (w toku aukcji względnej prowadzonej równolegle przez zamawiającego na tej samej platformie aukcyjnej) o godz.

12:10:07, natomiast błąd (ERROR) pojawił się o godz. 12:14:07. Ponadto Izba wskazuje, że czas jaki mieli wykonawcy na złożenie następnego postąpienia zaczął biec od godziny 12:10:00, a kończył się o 12:13:00 (zgodnie z instrukcją aukcji). Powyższe oznacza, że w przewidzianym instrukcją 3 minutowym czasie na zgłoszenie postąpienia, żaden z wykonawców takiego postąpienia nie złożył, a bufor (w tym czasie) działał prawidłowo, gdyż pierwszy potwierdzony raport o przepełnieniu bufora pojawił się dopiero o godzinie 12:14:07. Powyższe oznacza, że zamawiający nie miał podstaw prawnych, jak i faktycznych do unieważnienia aukcji z dnia 20 stycznia 2014 r.

Z dowodu z zeznań świadka (P..... Z.....) przeprowadzonego na rozprawie wynika, że odwołujący po ostatnim postąpieniu o godz. 12:09:49 uzyskał telefoniczne potwierdzenie R..... J..... (Urząd m.st. Warszawa) o zakończeniu aukcji i skutecznym postąpieniu odwołującego.

Nie została dowodowo potwierdzona 4. minutowa przerwa od ostatniego postąpienia odwołującego do ujawnionego błędu.

Izba podzieliła stanowisko prezentowane w orzecznictwie, że dla uznania zasadności powtórzenia aukcji, będącego skutkiem uchylecia specyficznej czynności, jaką jest aukcja elektroniczna, powinny być w sposób niebudzący wątpliwości dokonane ustalenia, że zamawiający nie wykonał swoich obowiązków określonych w art. 91c Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego w przedmiocie drugiego zarzutu odwołania, gdyż odwołujący przedstawiając wiele dowodów na poparcie zarzutu, wskazywał wyłącznie na poprawność swoich czynności w toku aukcji w dniu 21.01.2014 r., gdy istotę problemu stanowi obowiązek wykazania, że przyczyna w niemożności dokonania postąpień występuje po stronie zamawiającego lub platformy aukcyjnej. Dowodem takim nie może być okoliczność, że skoro nie ponosi winy odwołujący, to ponosi ją zamawiający. Zamawiający potwierdził brak przyczyn po swojej stronie, a odwołujący tego nie wykazał. Mimo wskazania braku utraty połączenia z Internetem i występowania zakłóceń na konsoli oferenta, odwołujący przyznał, że nie zastosował się do zaleceń instrukcji.

Istotne znaczenie dla oceny tego zarzutu miał fakt przyznany w toku postępowania przez odwołującego, o niezastosowaniu się do opisu zamieszczonego w pkt 6, str. 16 instrukcji - „Poczekaj na wznowienie lub odśwież konsolę. Sprawdź połączenie z Internetem”.

Odwołujący oczekiwał na wznowienie, nie odświeżał konsoli ręcznie przy użyciu przycisku F5, bądź przez wybranie opcji „odśwież”.

Nie ma potwierdzenia, czy ręczne odświeżanie konsoli przyniosłoby oczekiwany efekt, jednak w przypadku ustalania okoliczności pozytywnych i negatywnych twierdzeniu odwołującego, zaniechanie wykorzystania wszystkich zaleconych przez zamawiającego możliwości dla przywrócenia połączenia konsoli, powoduje negatywną ocenę zachowania w tych okolicznościach.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zaproszenie do aukcji, nawet powtórzonej, w terminie krótszym niż 2 dni robocze od przekazania zaproszenia, narusza przepis art. 91b ust. 3 Pzp, aczkolwiek naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto, odwołujący uczestniczył w aukcji i w konsekwencji zaoferował cenę 2,79 zł za wozokilometr, znacznie obniżoną w stosunku do zaoferowanej uprzednio.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp jest zasadny w przypadku potwierdzenia w postępowaniu odwoławczym jakiegokolwiek zarzutu dotyczącego czynności lub zaniechania zamawiającego naruszających przepisy Pzp.

Reasumując powyższe, Izba uznała za nieuzasadnione powtórzenie aukcji z powodu błędu ujawnionego o godz. 12:14:07 w dniu 20.01.2014 r. Z tego względu na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1 Pzp orzekła jak w sentencji.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238), na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....