

**Sygn. akt KIO/1012/10**

**Sygn. akt KIO/1060/10**

**WYROK**  
**z dnia 24 czerwca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak - Żuraw**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach **8 czerwca 2010 r., 16 czerwca 2010 r. oraz 22 czerwca 2010 r.** w Warszawie wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

**A.** w dniu 25.05.2010 r. przez **AS Motors sp. z o.o., 00 – 807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94**

**B.** w dniu 31.05.2010 r. przez **Polska Grupa Dealerów sp. z o.o., 30 – 403 Kraków, ul Rzemieślnicza 26**

odwołań, skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **2 czerwca 2010 r.** do łącznego rozpoznania, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Szkolenia Policji, 05 – 121 Legionowo, ul. Zegrzyńska 121**

przy udziale wykonawcy **Renault Polska sp. z o.o. 02 – 674 Warszawa, ul. Marynarska 13**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego **sygn. akt KIO/1012/10 i KIO/1060/10** oraz wykonawcy **Polska Grupa Dealerów sp. z o.o., 30 – 403 Kraków, ul Rzemieślnicza 26** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego **sygn. akt KIO/1012/10**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołania.**

**2. Kosztami postępowania obciąża AS Motors sp. z o.o., 00 – 807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94 oraz Polska Grupa Dealerów sp. z o.o., 30 – 403 Kraków, ul Rzemieśnicza 26 i nakazuje:**

1) zaliczyć na rzecz zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

**A** koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy zero groszy z kwoty wpisu uiszczonego przez **AS Motors sp. z o.o., 00 – 807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94;**

**B** koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Polska Grupa Dealerów sp. z o.o., 30 – 403 Kraków, ul Rzemieśnicza 26.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga.**

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt KIO/1012/10**

**Sygn. akt KIO/1060/10**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Centrum Szkolenia Policji w Legionowie, 05-121 Legionowo, ul. Zegrzyńska 121 - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.) (zwana dalej ustawą Pzp), na „Dostawę samochodów osobowych w wersji nieoznakowanej do Centrum Szkolenia Policji w Legionowie” (zwane dalej przetargiem). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 17 marca 2010 r. nr 2010/S 53-078409.

Ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia (zwana dalej SIWZ) przewidywały przeprowadzenie w ramach przedmiotowego postępowania aukcji elektronicznej na Platformie Aukcji i Licytacji Elektronicznych udostępnionej przez Urząd Zamówień Publicznych. Aukcja elektroniczna przeprowadzona w dniu 6 maja 2010 r. została unieważniona, ponieważ z przyczyn technicznych leżących po stronie dostawcy usługi weryfikacji certyfikatów kwalifikowanych podpisów elektronicznych nie było możliwe wykonywanie skutecznych postępień. Z powyższego względu w dniu 20 maja 2010 r. na podstawie zaproszenia przekazanego przez zamawiającego w dniu 12 maja 2010 r. odbyła się kolejna aukcja elektroniczna (aukcja A-85-2010 – Dostawa samochodów osobowych nieoznakowanych), której przebieg stał się przedmiotem poniższych odwołań.

#### **Sygn. akt KIO/1012/10**

W dniu 25 maja 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez AS Motors sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94. Odwołanie zostało podpisane przez r.pr. Joannę Wodzicką działającą na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 maja 2010 r. udzielonego przez Marka B. - Prezesa Zarządu AS Motors sp. z o.o. uprawnionego do samodzielnej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS. Pełnomocnictwo oraz odpis z KRS zostały załączone do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 24 maja 2010 r. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. zgodnie z treścią przedmiotowego pisma wniósł odwołanie od czynności zamawiającego opisanych w odwołaniu oraz od rozstrzygnięcia postępowania. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu, że w dniu 20 maja 2010 r. w trakcie prowadzonej aukcji

elektronicznej w ramach przetargu przez swoje działania lub zaniechania nie zapewnił prawidłowego funkcjonowania systemu używanego do prowadzenia aukcji (strony <https://aukcje.uzp.gov.pl/index.php>), przez co uniemożliwił AS Motors sp. z o.o. dokonanie kolejnego postąpienia, w ramach którego proponowana była cena niższa od ceny zaofertowanej przez podmiot wybrany. Przedmiotowym czynnościami i zaniechaniem zamawiającego zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 c ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. twierdził, iż w trakcie przetargu nastąpiło naruszenie przepisów obowiązującego prawa, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji faktycznie wykluczono AS Motors sp. z o.o. z postępowania oraz odrzucono jego ostateczną ofertę. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. powoływał się tu na art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. wykazywał, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia i zawarciu umowy doznał uszczerbku poprzez brak możliwości złożenia oferty i zawarcia umowy. W związku z powyższym może on ponieść szkodę polegającą na utraconych korzyściach, jakie osiągnąłby, gdyby podpisał umowę z zamawiającym.

Odwołujący AS Motors sp. z o.o. w odwołaniu wnosił o unieważnienie postępowania bądź nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności aukcji oraz jeżeli umowa została zawarta – unieważnienie umowy.

Dodatkowo w treści odwołania odwołujący AS Motors sp. z o.o. zawarł zarzut, iż oferta podmiotu, któremu zamawiający ma zamiar udzielić zamówienia, nie była dla AS Motors sp. z o.o. widoczna w trakcie trwania aukcji, co narusza art. 91c ust. 3 ustawy Pzp, stanowiący, że w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący AS Motors sp. z o.o. zarzucał zamawiającemu, iż w taki sposób prowadził przetarg, w szczególności aukcję elektroniczną, iż faktycznie uniemożliwił AS Motors sp. z o.o. złożenie ostatecznej oferty (dokonanie postąpienia) w przetargu. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. podnosił, że powyższe polega na działaniach lub zaniechaniach zamawiającego, poprzez które nie funkcjonował system elektroniczny używany do celów prowadzenia aukcji elektronicznej, uniemożliwiając złożenie oferty. AS Motors sp. z o.o. wskazywał, że nieprawidłowości pojawiły się już wcześniej w trakcie przetargu, przy czym przy uprzednich nieprawidłowościach Zamawiający powtórzył czynność aukcji elektronicznej, co zdaniem AS Motors sp. z o.o. powinno mieć miejsce również w przypadku zdarzeń z 20 maja 2010 r.

As Motors sp. z o.o. podnosił, że zgodnie z art. 91c. ust. 1 ustawy Pzp, 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. Zamawiający przygotował system aukcji elektronicznej w taki sposób, iż nie było możliwe wprowadzanie danych w trybie bezpośredniego połączenia ze stroną aukcji (<https://aukcje.uzp.gov.pl/index.php>) i niemożliwe było składanie kolejnych korzystniejszych postąpień. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. nie był w stanie złożyć kolejnego (korzystniejszego) przystąpienia w trakcie przetargu, poprzez niezapewnienie przez zamawiającego prawidłowo działającego systemu aukcji elektronicznej. Tym samym zamawiający naruszył również przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, które nakazują zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również nakazują udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający natomiast - zgodnie z informacjami uzyskanymi przez AS Motors sp. z o.o. - zamierza udzielić zamówienia oferentowi, który złożył nie tylko mniej korzystną niż AS Motors sp. z o.o. ofertę (w wyniku niemożności dokonania przez AS Motors sp. z o.o. kolejnego postąpienia), lecz również zaproponował cenę zamówienia, która przewyższa wartość, wskazaną przez zamawiającego uczestnikom przetargu jako wartość maksymalną, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na objęte zamówieniem dostawy.

Wskazując na dotychczasowy przebieg przetargu, odwołujący AS Motors sp. z o.o. wskazywał, że w dniu 30 kwietnia 2010 r. otrzymał drogą poczty elektronicznej zaproszenie do udziału w aukcji. Zgodnie z treścią zaproszenia, jego oferta znajdowała się aktualnie na pozycji pierwszej z wartością punktową równą 100. Termin otwarcia aukcji został wyznaczony na dzień 6 maja 2010 r., godz. 10:13:00, natomiast termin zamknięcia aukcji - na dzień 7 maja 2010r., godz. 10:14:00. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. wziął udział w aukcji elektronicznej w powyższym terminie, jednakże z powodu wadliwego działania systemu, nie było możliwości składania kolejnych postąpień. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. powiadomił niezwłocznie o nieprawidłowościach zamawiającego faksem z dnia 6 maja 2010 r. Zamawiający uznał powyższe nieprawidłowości. Faksem z dnia 6 maja 2010 r. zamawiający powiadomił odwołującego AS Motors sp. z o.o. o przerwaniu aukcji elektronicznej z przyczyn technicznych na platformie Urzędu Zamówień Publicznych, a następnie zamawiający (faksem z dnia 11 maja 2010 r.) poinformował AS Motors sp. z o.o. o unieważnieniu czynności otwarcia i zamknięcia aukcji elektronicznej.

Następnie, mailem z dnia 12 maja 2010r., zamawiający zaprosił AS Motors ponownie do udziału w aukcji. W wyżej wskazanym zaproszeniu Zamawiający informował, iż oferta AS Motors sp. z o.o. była aktualnie na pozycji pierwszej z wartością punktową równą 100. Termin otwarcia aukcji został wyznaczony na dzień 20 maja 2010 r., godz. 09:00:00, natomiast termin zamknięcia aukcji - na dzień 20 maja 2010r., godz. 13:00:00.

W dniu 20 maja 2010 r. odwołujący AS Motors sp. z o.o. ponownie wziął udział w aukcji elektronicznej. O godzinie 9:06 odwołujący AS Motors sp. z o.o. wykonał pierwsze postąpienie. Na stronie aukcji odwołujący AS Motors sp. z o.o. wygenerował plik, złożył podpis elektroniczny i wysłał na aukcję. To postąpienie zostało zarejestrowane w systemie. Z uwagi na pojawienie się korzystniejszych postąpień, o godzinie 12:55 AS Motors sp. z o.o. zrobił kolejne postąpienie. Na stronie aukcji odwołujący AS Motors sp. z o.o. wygenerował plik PDF, który ma godzinę utworzenia 12:56. Po ściągnięciu pliku na dysk komputera, podpisał go. Podpisany plik z rozszerzeniem .sig ma godzinę utworzenia 12:58. Podpisany plik odwołujący AS Motors sp. z o.o. zamierzał wysłać przez stronę www aukcji. Niestety w tym momencie strona przestała odpowiadać. Pojawił się komunikat, że strona wygasła. Po odświeżeniu strony nie dało się już wysłać podpisanego pliku, ponieważ strona wróciła do początku procedury tworzenia postąpienia. W powyższej sytuacji, odwołujący AS Motors sp. z o.o. próbował ponowić procedurę składania postąpienia, tj. wpisał ponownie kwotę licytowaną, po czym system wygenerował plik PDF, który odwołujący AS Motors sp. z o.o. ściągnął na dysk, podpisał podpisem elektronicznym i wysłał. To postąpienie udało się, natomiast plik PDF wygenerowany przez stronę ma godzinę utworzenia 13:00, a plik z podpisem elektronicznym godzinę utworzenia 13:01. Po wysłaniu pliku, strona aukcji zwróciła komunikat o zamknięciu aukcji. W odwołaniu odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z zeznań wskazanych w odwołaniu świadków - osób uczestniczących po stronie AS Motors sp. z o.o. w trakcie aukcji elektronicznej w dniu 20 maja 2010 r., na okoliczność zaistnienia opisanych powyżej nieprawidłowości w trakcie aukcji oraz uniemożliwienia odwołującemu dokonania kolejnego postąpienia, przy czym na rozprawie zakres swego żądania ograniczył do przesłuchania świadka - Pani Anny C. - informatyka AS Motors sp. z o.o.

Odwołujący AS Motors sp. z o.o. podnosił ponadto, że w trakcie przetargu zamawiający poinformował uczestników, iż maksymalna wartość, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu dostawy, to 6.050.000 PLN (sześć milionów pięćdziesiąt tysięcy złotych). AS Motors sp. z o.o., w ostatnim z postąpień, o których mowa w opisie powyżej, oferował cenę zamówienia niższą niż wskazana powyżej maksymalna wartość zamówienia.

Cena proponowana przez podmiot, któremu zamawiający ma zamiar udzielić zamówienia, przekracza powyższą wartość minimalną.

Wskazywał dodatkowo, iż oferta powyższego podmiotu nie była dla odwołującego AS Motors sp. z o.o. widoczna w trakcie trwania aukcji elektronicznej, co narusza art. 91c ust. 3 ustawy Pzp, stanowiący, iż w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty.

W dniu 26 maja 2010 r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 27 maja 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo zamawiającego, zawierające odpowiedź na odwołanie. W ocenie zamawiającego aukcja elektroniczna w dniu 20 maja 2010 r. przebiegała prawidłowo, bez zakłóceń i awarii, a brak możliwości złożenia postąpienia przez odwołującego AS Motors sp. z o.o. wynikał z działań leżących po stronie odwołującego. Zamawiający wskazywał, że najprawdopodobniej przyczyną takiego zdarzenia było niedostosowanie się do instrukcji zamieszczonych na portalu aukcyjnym lub wykonanie czynności postąpienia zbyt późno, ponieważ z historii aukcji nie wynika, aby odwołujący AS Motors sp. z o.o. składał postąpienie inne niż o 9:11:59, a ostatnie postąpienie w ramach aukcji zostało złożone przez wykonawcę AUTOPOL PLUS sp. z o.o. o 12:58:53. Zamawiający argumentował, iż nie doszło do wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, przez co odwołanie w tym zakresie jest przedwczesne. Zamawiający wnosił o uznanie za dowód w sprawie dokumentacji przebiegu aukcji elektronicznej oraz o oddalenie odwołania.

Dnia 28 maja 2010 r. na podstawie wezwania z 26 maja 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca – Renault Polska sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 13, wskazując, że posiada interes w przystąpieniu po stronie zamawiającego, ponieważ to jego oferta po przeprowadzonej aukcji ma najniższą cenę. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu oraz AS Motors sp. z o.o. Renault Polska sp. o.o. kwestionował zarówno możliwość złożenia odwołania w zakresie tam wskazanym, jak i argumentację o rzekomo nieprawidłowym działaniu systemu, której przeczy, w opinii zgłaszającego przystąpienie, okoliczność, iż wielu uczestników aukcji złożyło skuteczne postąpienia. Renault Polska sp. z o.o. podnosił, że każdy uczestnik miał obowiązek zapoznania się z technicznymi zasadami funkcjonowania aukcji oraz dostosowania swojego sprzętu informatycznego do warunków

platformy aukcyjnej. Wykonawca ten wyrażał przypuszczenie, iż być może „nieprawidłowości” funkcjonowania systemu, na które powołuje się odwołujący AS Motors sp. z o.o., stanowiły wyłącznie rezultat braku wcześniejszego zaznajomienia się z zasadami funkcjonowania systemu lub nieprawidłowego przygotowania sprzętu informatycznego. Jednakże z tego względu odwołujący AS Motors sp. z o.o. nie może próbować uchylać się od skutków swoich zaniedbań.

W dniu 28 maja 2010 r. na podstawie wezwania z dnia 26 maja 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca – Polska Grupa Dealerów sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, 30 – 403 Kraków, ul Rzemieślnicza 26, podnosząc, że ma interes w przystąpieniu, ponieważ tylko unieważnienie aukcji z dnia 20 maja 2010 r. umożliwi mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu oraz AS Motors sp. z o.o. W zgłoszeniu przystąpienia podnosił, że zamawiający w toku aukcji w dniu 20 maja 2010 r. nie zapewnił funkcjonowania systemu elektronicznego używanego do celów prowadzenia aukcji elektronicznej w sposób umożliwiający wykonawcom składanie postąpień, zaś powierzenie przeprowadzenia aukcji elektronicznej innemu podmiotowi nie zwalnia z odpowiedzialności zamawiającego za przeprowadzenie i wady w funkcjonowaniu systemu. Ponadto zgłaszający przystąpienie wskazywał, że zamawiający nie zapewnił wykonawcom biorącym udział w aukcji należytego wsparcia technicznego i odpowiedniego przeszkolenia w zakresie uczestnictwa w aukcji elektronicznej.

W dniu 2 czerwca 2010 r. na podstawie przedmiotowego wezwania z dnia 26 maja 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca – CRH Żagiel Auto sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie, 20-722 Lublin, ul. Roztocze 4, podnosząc w przystąpieniu zarzuty przeciwko ofertom złożonym w postępowaniu, nie ustosunkowując się do zarzutów zawartych w odwołaniu AS Motors sp. z o.o. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu oraz AS Motors sp. z o.o.

Rozprawa w niniejszej sprawie odbyła się w terminach 8, 16 i 22 czerwca 2010 r., a w jej toku odwołujący AS Motors sp. z o.o. wniósł do akt sprawy pismo z dnia 14 czerwca 2010 r., (wniesione faxem, oryginał wpłynął 16 czerwca 2010 r.), w którym zawarto nowe wnioski dowodowe (wniosek o dopuszczenie dowodu z dokumentacji informacyjnej ze strony Aukcji Elektronicznych Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących przedmiotowej sprawy, tj. informacji ze strony głównej, regulaminu, samouczka oraz pomocy dotyczącej zakładki „Oferta”) na okoliczność, iż system aukcyjny był przygotowany nieprawidłowo, w tym m.in. strony aukcji nie zawierały informacji niezbędnych uczestnikom (w szczególności



odwołującemu AS Motors sp. z o.o.) w prawidłowym wzięciu udziału w aukcji bądź zawierały sprzeczne informacje. Pismo zawierało także ustosunkowanie się do dowodów przeprowadzanych na rozprawie w dniu 8 czerwca 2010 r. oraz zawierało dodatkową argumentację odwołującego AS Motors sp. z o.o. co do zasadności jego odwołania.

### **Sygn. akt KIO/1060/10**

W dniu 31 maja 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniesione zostało odwołanie wykonawcy Polska Grupa Dealerów Sp. z o.o. od czynności i zaniechań Zamawiającego mających miejsce w toku przetargu. Odwołanie zostało podpisane przez radcę prawnego Karola Kamińskiego działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 maja 2010 r. podpisanego przez Andrzeja T. – prokurenta i Mirosława C. – prokurenta działających zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS (pełnomocnictwo i odpis z KRS załączone do odwołania). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

W odwołaniu odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 91c ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania, w szczególności poprzez:

- 1) niezapewnienie prawidłowego funkcjonowania systemu elektronicznego, na którym była przeprowadzona aukcja, co spowodowało, że odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o., pomimo prób, nie mógł uczynić postąpienia,
- 2) niezapewnienie wykonawcom biorącym udział w aukcji wsparcia technicznego odpowiedniego przeszkolenia z korzystania z platformy, na której prowadzona była aukcja elektroniczna, a tym samym nierówne traktowanie wykonawców zaproszonych do aukcji.

Odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. żądał nakazania zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Renault Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie aukcji elektronicznej,

ewentualnie

- 3) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o. uzasadniając zarzuty, podnosił, że ani zaproszenie do wzięcia udziału w aukcji z dnia 30 kwietnia 2010 r. (aukcja z dnia 6 maja 2010 r.) ani zaproszenie z dnia 12 maja 2010 r. (aukcja z dnia 20 maja 2010 r.) nie zawierało żadnych informacji odnośnie wymagań technicznych czy systemowych ani też instrukcji obsługi z technicznego punktu widzenia. Także informacje techniczne zawarte na platformie, z której korzystał zamawiający do przeprowadzenia aukcji, nie zawierały informacji technicznych, które by skutecznie umożliwiły wykonawcom wzięcie udziału w aukcji elektronicznej. Ponadto z korespondencji mailowej w toku aukcji elektronicznej z osobą odpowiedzialną za aukcję z ramienia Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że także ona nie wiedziała, czym spowodowana została niemożliwość złożenia postąpienia. Odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. podnosił, że trzykrotnie próbował złożyć postąpienie na trzy różne kwoty, przy czym ostatnia z kwot była ofertą najkorzystniejszą, a tym samym to jego oferta powinna zostać wybrana. Zgodnie z zawartym w odwołaniu opisem, odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. pobrał dokument postąpienia zgodnie z instrukcją, nastąpiło jego podpisanie podpisem elektronicznym za pomocą oprogramowania dostarczanego przez wystawcę podpisu elektronicznego (zostało mu nadane rozszerzenie .xades) i odesłał podpisany dokument do systemu aukcyjnego. Jednakże system nie przyjął pliku, a jako przyczyna odmowy pojawił się komunikat „problemy techniczne”. Sytuacja ta powtórzyła się trzykrotnie. Odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. wskazywał, że z informacji uzyskanych po zakończeniu aukcji elektronicznej (tj. dnia 25 maja 2010 r.) wynikało, że system aukcyjny nie przyjmował plików o określonej nazwie. Brak było jednak na platformie aukcyjnej informacji, jaka powinna być nazwa pliku, brak też było pouczenia o tym, że nazwa pliku zapisanego na komputerze i wysłanego z rozszerzeniem .xades musi być jednakowa. Także osoba odpowiedzialna z ramienia Urzędu Zamówień Publicznych w toku aukcji elektronicznej nie potrafiła zdiagnozować przyczyn niemożliwości złożenia postąpienia. Zamawiający tym samym, zdaniem odwołującego Polska Grupa Dealerów sp. z o.o., nie zagwarantował wykonawcom biorącym udział w aukcji elektronicznej możliwości bezawaryjnego udziału w aukcji, nie przeszkolił także wykonawców, którzy mieli wziąć udział w aukcji z zasad udziału w takiej aukcji. Okoliczność, iż zamawiający nie przeprowadzał aukcji samodzielnie, nie zwalnia go z odpowiedzialności za brak możliwości uczestnictwa w niej.

Odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. podnosił nadto, iż z art. 91c ust. 1 i 2 ustawy Pzp wynika, że złożenie postąpienia opatrzonego bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu musi być dokonywane w trybie bezpośredniego połączenia ze stroną, na której jest prowadzona aukcja elektroniczna. Odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. argumentował, że skoro pomiędzy złożeniem

„wstępnego” postąpienia a złożeniem postąpienia podpisanego bezpiecznym podpisem elektronicznym musi nastąpić zapis pliku na dysku lokalnym, oznacza to, że składanie postąpień nie było dokonywane zgodnie z ustawą Pzp, bowiem nie było dokonywane w trybie bezpośredniego połączenia ze stroną. Zdaniem odwołującego Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. okoliczność tę potwierdza także inny wykonawca biorący udział w aukcji – AS Motors sp. z o.o., który wskazywał, że w toku wykonywania przez niego postąpienia strona wygasła. Zdaniem odwołującego Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. skoro w trakcie postąpień trzeba zapisać plik na dysku lokalnym, to nie mamy do czynienia z bezpośrednim połączeniem, a strona www nie wygasłaby w trakcie zapisywania pliku. Odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. wskazywał, że wielokrotnie brał udział w aukcjach elektronicznych, m.in. w ciągu ostatnich kilku miesięcy w 2 aukcjach organizowanych przez Komendę Główną Policji. Obie aukcje zostały przeprowadzone bez problemów technicznych, a odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. mógł złożyć prawidłowe postąpienia. Tym samym argumentował, iż niemożliwym jest, aby niemożliwość udziału w aukcji elektronicznej wynikała z przyczyn leżących po stronie odwołującego Polska Grupa Dealerów sp. z o.o.

W dniu 2 czerwca 2010 r. na podstawie wezwania zamawiającego z dnia 31 maja 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Renault Polska sp. z o.o., wskazując, że skoro odwołujący wielokrotnie brał udział w aukcjach, to należy przypuszczać, iż zaowocowało to rozległą wiedzą i doświadczeniem w zakresie zasad funkcjonowania aukcji, sposobu dokonywania postąpień i wymogów technicznych aukcji. Tym samym zatem, zgłaszający przystąpienie podnosił wątpliwość, z jakich względów zarzuca zamawiającemu nienależyte poinformowanie o sposobie działania platformy aukcyjnej lub o jej wymogach technicznych – tym bardziej, że każdy wykonawca może zapoznać się z regulaminem jej funkcjonowania. Wykonawca ten wyrażał przypuszczenie, iż być może „nieprawidłowości” funkcjonowania systemu, na które powołuje się odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o., stanowiły wyłącznie rezultat braku wcześniejszego zaznajomienia się z zasadami funkcjonowania systemu lub nieprawidłowego przygotowania sprzętu informatycznego. Jednakże z tego względu odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. nie może próbować uchylać się od skutków swoich zaniedbań.

W dniu 15 czerwca 2010 r. w toku sprawy do akt wpłynęło pismo odwołującego Polska Grupa Dealerów sp. z o.o., w którym podtrzymywał w całości argumentację i żądania przedstawione w odwołaniu i na rozprawie w dniu 8 czerwca 2010 r. oraz wnosił o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci Samouczka wydrukowanego z platformy aukcyjnej na okoliczność, że nie było tam informacji, iż nazwa pliku z rozszerzeniem .pdf i z rozszerzeniem .xades winny być tożsame. Odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o.

argumentował, że z informacji uzyskanych z Urzędu Zamówień Publicznych po zamknięciu aukcji wynika, że brak możliwości dokonania postąpienia wynikał ze zmiany nazwy pliku. Z informacji zawartych w Samouczku nie wynika, że nazwa pliku zapisanego na dysku lokalnym nie może być zmieniona. Z treści Samouczka wynika bowiem jedynie, że plik musi mieć rozszerzenie .xades. Odwołujący Polska Grupa Delaerów sp. z o.o. argumentował, że dokonując postąpienia zgodnie z zaleceniami zawartymi w Samouczku, jak i zgodnie z kreatorem postąpienia, nie mógł przewidzieć, iż opatrzenie tego samego pliku, ale ze zmienioną nazwą, podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu spowoduje niemożliwość wzięcia udziału w aukcji. Odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. wskazywał, że w trakcie aukcji elektronicznej zgłaszał zarówno osobie do kontaktu w sprawach technicznych wskazanej przez Zamawiającego, tj. Panu Mateuszowi Szymczakowi, jak i za pomocą odpowiedniej zakładki zamieszczonej na platformie, problemy techniczne, jednak nie uzyskał żadnej pomocy. Zamawiający nie zagwarantował zatem, jego zdaniem, możliwości bezawaryjnego udziału w aukcji, nie przeszkolił wykonawców z zasad udziału w takiej aukcji.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym dokumentacji postępowania, odwołaniach, przystąpieniach do postępowania odwoławczego, jak również wyjaśnieniach i dokumentach złożonych na rozprawie i w toku postępowania, zważyła, co następuje.**

Izba rozpoznała łącznie oba odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2010 r., wydanego w tym przedmiocie. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba na posiedzeniu oddaliła wniosek o odrzucenie wniesionych odwołań złożony przez przystępującego Renault Polska sp. z o.o. i popierany przez zamawiającego. Przystępujący Renault Polska sp. z o.o. argumentował, iż w jego ocenie nie ma czynności, co do której odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. oraz odwołujący AS Motors sp. z o.o. mogliby się odwołać, tj. zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty Renault Polska sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej. Podnosił, że odwołanie w zakresie nieprawidłowego działania systemu aukcyjnego można wnieść dopiero po otrzymaniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w trybie art. 92 ustawy Pzp. Odwołanie jest tym samym, jego zdaniem, przedwczesne. Izba nie podzieliła powyższej argumentacji, uznając, że odwołania dotyczą m.in. nieprawidłowości w przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, która miała miejsce w dniu 20 maja 2010 r. skutkujących w opinii odwołujących - Polska Grupa Dealerów sp. z

o.o. oraz AS Motors sp. z o.o. niemożnością dokonywania postępowań. Ich przedmiotem, ujmując to ogólnie, jest zatem nieprawidłowe przygotowanie (zaniechanie przez zamawiającego czynności polegającej na prawidłowym przygotowaniu) platformy aukcyjnej, co uniemożliwiło złożenie oferty (kolejnych postępowań). Izba uznała, że dopuszczalne jest złożenie odwołania w zakresie nieprawidłowości w toku aukcji. Wynika to z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie przysługuje nie tylko od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego, ale także od zaniechania czynności przez zamawiającego, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Na zamawiającym z pewnością ciąży obowiązek i odpowiedzialność za prawidłowe przygotowanie aukcji. Termin na wniesienie takiego odwołania winien być liczony od dnia kwestionowanej aukcji zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, tj. od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Informację o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powzięli w dniu 20 maja 2010 r. i od tego daty należy liczyć 10-dniowy termin na jego wniesienie. Dopuszczalność wniesienia odwołania od nieprawidłowości w toku aukcji oraz sposób liczenia terminu na wniesienie takiego odwołania, zbieżny z zaprezentowanym powyżej, wynika także z dotychczasowego orzecznictwa Izby w tym zakresie (wyrok z dnia 23 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 55/10, postanowienie z dnia 10 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 981/09). Ponadto, nawet stwierdzając, że odwołanie w zakresie niektórych zarzutów może być uznane za spóźnione lub przedwczesne, przy równoczesnym przyjęciu, że w pozostałym zakresie nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, Izba nie ma możliwości wydania postanowienia o częściowym odrzuceniu odwołania. Wynika to z art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w świetle którego należy uznać, iż Izba nie ma kompetencji do wydania postanowienia częściowego w przedmiocie odrzucenia odwołania i częściowego wyroku merytorycznego. Izba ma w takiej sytuacji obowiązek merytorycznego rozpoznania odwołania, z prawem pozostawienia takich zarzutów bez rozpoznania. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 9 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 394/09) oraz wyroku z dnia 1 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 329/10), że *„nie jest dopuszczalne w tym zakresie wydanie rozstrzygnięć częściowych, wskazując, że art. 184 ust. 6 ustawy Pzp (obecnie art. 185 ust. 7 ustawy Pzp – dopisek autora) stanowiący odesłanie w zakresie nieuregulowanym przepisami ustawy Pzp do przepisów kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu przed sądem polubownym nie daje podstawy do odpowiedniego stosowania przepisów kpc o trybie procesowym, tj. poprzez art. 13 § 2 kpc do art. 317 § 1 kpc, a to z tego względu, że na mocy art. 1184 § 2 zd. 2 kpc sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu (przepisami kpc). Tym samym niedopuszczalne jest na gruncie ustawy szczególnej w odniesieniu do ustawy KPC jaką jest ustawa Pzp odpowiednie stosowanie innych części kpc jak tylko przepisów o sądzie*

*polubownym. Izba stoi na stanowisku, że odpowiednie stosowanie przepisów innych niż przepisy ustawy Pzp musi być interpretowane ściśle, bez stosowania wykładni rozszerzającej. Regulacja postępowania odwoławczego stanowi instytucję szczególną i odrębną od przepisów kpc i nie można w tym zakresie dokonywać recepcji na grunt ustawy Pzp instytucji uregulowanych w innych przepisach prawa w zakresie nie wynikającym z bezpośredniego odesłania (w tym przypadku art. 184 ust. 6 ustawy Pzp) (obecnie art. 185 ust. 7 ustawy Pzp – dopisek autora). Cel odrębnego uregulowania postępowań odwoławczych straciłby wówczas znaczenie dla szybkości i skuteczności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś wybiórcze stosowanie przepisów postępowania cywilnego prowadziłyby do destabilizacji systemu zamówień publicznych. Ustawa kpc w części dotyczącej postępowania przed sądem polubownym nie zawiera regulacji odnoszących się do wydawania wyroków częściowych, ani nie dopuszcza przyjęcia odmiennego trybu procesowania niż wskazany przez strony tego postępowania, a przenosząc to na grunt ustawy Pzp trybu postępowania przed Izłą określonego przez ustawodawcę. W ocenie Izby art. 191 ust. 1 i 2 ustawy (obecnie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – dopisek autora) zawiera kompleksową regulację rodzajów orzeczeń wydawanych przez Izłą i w tym zakresie nie postawia możliwości stanowienia odmiennego”.*

Wobec powyższych przesłanek uwzględnienie wniosku o odrzucenie odwołań było niedopuszczalne.

Izba ustaliła, że zarówno odwołujący AS Motors sp. z o.o., jak i Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. spełniają przesłanki do wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jako uczestnicy aukcji mieli interes w uzyskaniu zamówienia, a ze względu na zaistniałe, ich zdaniem, nieprawidłowości w toku aukcji w dniu 20 maja 2010 r. nie mogli złożyć skutecznych postąpień, a tym samym zostali pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia. Spełniają zatem warunek, aby odwołujący poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Równocześnie w zakresie odwołania sygn. akt KIO/1012/10 Izba na posiedzeniu postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie do stronie Zamawiającego wykonawcy CRH Żagiel Auto sp. z o.o., ponieważ zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z uchybieniem terminu przewidzianego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Wezwanie miało miejsce 26 maja 2010 r., a

tym samym termin upłynął w dniu 29 maja 2010 r. Tymczasem zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2010 r. Wbrew twierdzeniom zgłaszającego przystąpienie, nie jest w tym zakresie miarodajna data stempla pocztowego w przypadku nadania zgłoszenia w placówce operatora publicznego, ponieważ obowiązujące przepisy prawa nie zawierają takiej dyspozycji. Oznacza to zatem, że odwołanie w ww 3-dniowym terminie musi wpłynąć do Prezesa Krajowe Izby Odwoławczej (być doręczone), a nie nadane w placówce pocztowej. Z powyższych względów Izba odmówiła przyznania wykonawcy CRH Żagiel Auto sp. z o.o. statusu uczestnika postępowania odwoławczego i nie było konieczności dalszego badania kwestii interesu tego wykonawcy w zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego.

Izba oddaliła także opozycję odwołującego AS Motors sp. z o.o. przeciwko przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Renault Polska sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt KIO/1012/10, uznając, że odwołujący nie uprawdopodobnił, że zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W chwili obecnej po zakończeniu aukcji oferta Renault Polska sp. z o.o. jest ofertą najtańszą i może być wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a wobec oświadczenia zamawiającego, iż posiada środki, aby zwiększyć kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, nie zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Izba postanowiła zatem o dopuszczeniu tego wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

W odniesieniu do pozostałych zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego zarówno w sprawie o sygn. akt KIO/1012/10, jak i KIO/1060/10 Izba dopuściła zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym, tj. Renault Polska sp. z o.o. jako przystępującego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO/1012/10 oraz KIO/1060/10 oraz wykonawcę Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie sygn. akt KIO/1060/10.

### **Sygn. akt 1012/10**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący AS Motors sp. z o.o., zgodnie z treścią odwołania z dnia 25 maja 2010 r., wniósł odwołanie od czynności zamawiającego opisanych w odwołaniu oraz od rozstrzygnięcia postępowania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że w dniu 20 maja 2010 r., w trakcie

prowadzonej aukcji elektronicznej w ramach przetargu przez swoje działania lub zaniechania nie zapewnił prawidłowego funkcjonowania systemu używanego do prowadzenia aukcji, przez co uniemożliwił odwołującemu AS Motors sp. z o.o. dokonanie kolejnego postąpienia, w ramach którego proponowana była cena niższa od ceny zaoferowanej przez podmiot wybrany. W taki też sposób odwołujący sprecyzował przedmiot odwołania podczas rozprawy. Przedmiotowymi czynnościami i zaniechaniem zamawiającego zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91c ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo w piśmie z dnia 14 czerwca 2010 r. wniesionym do akt sprawy wskazywał, że nieprawidłowość przygotowania systemu aukcyjnego polegała również na tym, że strony aukcji nie zawierały informacji niezbędnych uczestnikom, w szczególności odwołującemu, w prawidłowym wzięciu udziału w aukcji bądź zawierały sprzeczne informacje. W wyniku powyższego pewne czynności odwołującego przedsięwzięte w toku aukcji zostały zinterpretowane przez system aukcyjny sprzecznie z intencją odwołującego, przy czym odwołujący nie mógł wiedzieć, iż w ten sposób zostaną zinterpretowane. Powyższa niewiedza wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu uchylenie się od wyjaśnień odnośnie systemu aukcji, o które odwołujący się zwracał.

W odwołaniu podnosił także, iż istnieją przesłanki do unieważnienia postępowania, ponieważ w trakcie przetargu zamawiający poinformował uczestników, iż maksymalna wartość, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu dostawy, to 6.050.000 PLN (sześć milionów pięćdziesiąt tysięcy złotych). Cena proponowana przez podmiot, któremu zamawiający ma zamiar udzielić zamówienia, przekracza powyższą wartość minimalną. Na rozprawie odwołujący zmodyfikował jednak zakres swojego żądania, ograniczając się do żądania unieważnienia aukcji.

Z powyższego wynika, że odwołujący AS Motors sp. z o.o. postawił 3 zasadnicze zarzuty:

- 1) niezapewnienie przez zamawiającego prawidłowo działającego systemu aukcyjnego, w tym polegające na tym, że strony aukcji nie zawierały informacji niezbędnych uczestnikom, w szczególności odwołującemu AS Motors sp. z o.o., do prawidłowego wzięcia udziału w aukcji, bądź zawierały sprzeczne informacje, jak również brak wyjaśnień odnośnie systemu aukcji, przez co zamawiający uniemożliwił odwołującemu składanie skutecznych postąpień (naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91c ust. 1 ustawy Pzp),
- 2) naruszenie art. 91c ust. 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie, aby cena oferty najkorzystniejszej była dla odwołującego widoczna w toku aukcji,



- 3) faktyczne wykluczenie odwołującego AS Motors z postępowania i odrzucenie jego oferty poprzez uniemożliwienie mu złożenia skutecznego postąpienia w toku aukcji elektronicznej.

Izba stwierdziła na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, jak również w oparciu o oświadczenia stron i uczestników złożone na rozprawie, że żaden z powyższych zarzutów się nie potwierdził.

Izba dopuściła i przeprowadziła następujące dowody:

- 1) dowód z akt postępowania przedłożonych przez Zamawiającego do Izby, w tym dokumentacji dotyczącej przeprowadzenia aukcji w dniu 20 maja 2010 r.,
- 2) dowód z odwołania, przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz pisma z dnia 14 czerwca 2010 r. wniesionego przez odwołującego do akt sprawy,
- 3) dowód z zeznań świadka – Pani Anny C. na okoliczność przebiegu aukcji w dniu 20 maja 2010 r. oraz zgodnie z wnioskiem dowodowym,
- 4) dowód z regulaminu platformy aukcyjnej, samouczka dla uczestników niezarejestrowanych oraz pomocy dostępnej dla uczestników zarejestrowanych na okoliczność zakresu informacji dostępnych uczestnikom aukcji oraz zgodnie z wnioskiem dowodowym załączonej do pisma Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 czerwca 2010 r. złożonego na wniosek Izby,
- 5) dowód z pisma Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 czerwca 2010 r. zabierającego stanowisko odnośnie kwestionowanego przez odwołującego AS Motors sp. z o.o. przebiegu aukcji.

Izba nie dopuściła natomiast dowodu zgłoszonego przez zamawiającego z zeznań Pana Mateusza S. – osoby odpowiedzialnej z ramienia Urzędu Zamówień Publicznych za obsługę techniczną aukcji i wskazanego jako osoba kontaktowa dla uczestników w zakresie kwestii technicznych. Osoba ta była bowiem obecna na sali (jako publiczność) podczas składania zeznań przez Panią Annę C., stąd Izba uznała, iż wiarygodność takich zeznań mogłaby zostać zakwestionowana. Zamawiający nie wskazał innego wniosku dowodowego w tym zakresie, w tym nie wnioskował o przesłuchanie innego świadka ze strony administratora platformy aukcyjnej. Izba uznała, że brak jest potrzeby powoływania takiego dowodu z urzędu, ponieważ pozostałe dowody w ocenie Izby były w tym zakresie wystarczające.

W zakresie zarzutu niezapewnienia prawidłowego działania systemu aukcyjnego Izba ustaliła, że w dniu 20 maja 2010 r. system aukcyjny działał poprawnie i możliwe było wykonywanie postąpień. Na niepoprawne działanie systemu w tej dacie nie może

stanowić dowodu okoliczność, iż poprzednio, tj. w dniu 6 maja 2010 r., system działał wadliwie. Zamawiający uzyskał bowiem potwierdzenie od Urzędu Zamówień Publicznych jako administratora portalu aukcyjnego, że nieprawidłowości, które uniemożliwiały składanie postąpień w tamtym terminie, zostały usunięte. Informacja o usunięciu usterki zawarta była w e-mailu z dnia 12 maja 2010 r. skierowanym do wykonawców, w tym odwołującego AS Motors sp. z o.o., zawierającym informację o wyznaczonej nowej dacie aukcji (w aktach postępowania). Ponadto o prawidłowości działania platformy aukcyjnej świadczyć może fakt, że w toku aukcji pomiędzy godziną 9:00 a 13:00 wykonanych zostało 21 skutecznych, odnotowanych w systemie aukcyjnym postąpień, przy czym postąpienia były wykonywane w różnych godzinach i przez różne podmioty (historia aukcji w aktach postępowania). Dodatkowo Izba podnosi, że Urząd Zamówień Publicznych – administrator platformy aukcyjnej w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 31 maja 2010 r. dotyczące ustosunkowania się do zarzutów odwołującego AS Motors sp. z o.o., udzielonej pismem z 2 czerwca 2010 r. (w aktach sprawy), wskazał, że zlecił podmiotowi sprawującemu nadzór techniczny nad platformą aukcji elektronicznych dokonanie analizy czynności podejmowanych przez odwołującego AS Motors sp. z o.o. w trakcie przedmiotowej aukcji. W wyniku analizy logów ustalono następujący stan faktyczny:

- 1) o godz. 9:06 odwołujący AS Motors sp. z o.o. złożył ofertę (wykonał postąpienie) na kwotę 6.670.000 zł;
- 2) o godz. 12:56:43 odwołujący AS Motors sp. z o.o. wprowadził do systemu nową wartość oferty, którą następnie zatwierdził o godz. 12:56:56. W tym momencie system wygenerował dokument postąpienia (dokument w postaci PDF), który AS Motors sp. z o.o. pobrał na swój dysk lokalny o godz. 12:56:59;
- 3) następnie w okresie od godz. 12:57:02 do 12:58:45 AS Motors sp. z o.o. 8-krotnie łączył się ze stroną internetową z informacjami na temat jego oferty oraz informacjami przekazywanymi przez Zamawiającego, tj. miejsce aktualnie zajmowane przez ofertę wykonawcy AS Motors, jej aktualna punktacja oraz punktacja oferty najkorzystniejszej (zakładka Oferta, <https://aukcje.uzp.gov.pl/index.php/action/saveBidAttributes/sid/A-85-2010>);
- 4) o godz. 12:58:55 wykonawca AS Motors sp. z o.o. podjął próbę wprowadzenia do systemu aukcyjnego podpisanego przez siebie postąpienia, a następnie, wobec braku możliwości dokonania tej operacji, 7-krotną próbę powrotu do strony z nową wartością oferty, o której mowa w powyższym pkt 2;
- 5) o godz. 12:59:56 wykonawca AS Motors sp. z o.o. ponownie wprowadził nową wartość oferty, a następnie dokończył procedurę składania postąpienia. Ostatecznie

podpisane postąpienie zostało złożone o godz. 13:01:42, więc 1 minutę i 42 sekundy po zamknięciu aukcji, co spowodowało, niemożliwość przyjęcia oferty przez system.

Na podstawie powyżej ustalonego stanu faktycznego Urząd Zamówień Publicznych w ww. piśmie z 2 czerwca 2010 r. stwierdził, że przyczyną nieprzyjęcia przez system aukcyjny podpisanego postąpienia wykonawcy AS Motors sp. z o.o. (godz. 12:58:56) było zaburzenie kolejności wykonywania kroków w procesie składania postąpienia poprzez nawiązywanie przez AS Motors sp. z o.o. od 12:57:02 do 12:58:45 połączenia z innym elementem systemu (zawierającym informacje dotyczące oferty tego wykonawcy w przedmiotowej aukcji). Urząd Zamówień Publicznych stwierdził, że, jak wynika z informacji uzyskanych od podmiotu sprawującego nadzór techniczny nad systemem aukcyjnym, ponowne połączenie się z zakładką Oferta już po wygenerowaniu dokumentu PDF opisującego postąpienie, jest interpretowane przez system aukcyjny jako anulowanie procesu składania postąpienia, a tym samym postąpienie ulega przerwaniu. Spowodowało to usunięcie przez system wszystkich danych niezbędnych do zakończenia procedury składania postąpienia. Druga próba złożenia postąpienia przez AS Motors sp. z o.o. przeprowadzona już w prawidłowy sposób – z zachowaniem ciągłości, czyli bez odwoływania się w jej trakcie do zakładki Oferta, nie mogła być skuteczna, ponieważ złożenie postąpienia nastąpiło po terminie zamknięcia aukcji. Urząd Zamówień Publicznych wskazywał, że z punktu widzenia logiki systemu czynność składania postąpienia jest procedurą sekwencyjną i każde jej zakłócenie poprzez wykonanie innych działań w systemie skutkuje koniecznością powtórzenia dotychczas wykonanych kroków. Brak zezwolenia przez system aukcyjny na złożenie wcześniej wygenerowanego postąpienia w efekcie przerwania procedury jego składania wynika z konieczności ochrony integralności danych zawartych w ofercie.

Izba uznała, że przedstawione wyjaśnienia są wiarygodne, ponieważ opierają się na znajomości działania systemu aukcyjnego przez podmiot zajmujący się jego techniczną obsługą. Równocześnie Izba nie podziela poglądu, iż nie mogą one stanowić dowodu w sprawie, ponieważ pismo pochodzi od administratora systemu aukcyjnego i zostało sporządzone na wniosek zamawiającego. Izba uznaje, że administrator systemu (tu: Urząd Zamówień Publicznych, a pośrednio także podmiot obsługujący system od strony technicznej) jest w niniejszym sporze podmiotem trzecim. Równocześnie jest też podmiotem właściwym do zwracania się z zapytaniami odnośnie prawidłowości działania systemu aukcyjnego, w przypadku gdy taka prawidłowość jest kwestionowana. Pozbawienie zamawiającego prawa do uzyskiwania odpowiednich wyjaśnień od operatora platformy aukcyjnej oznaczałoby bowiem faktyczne pozbawienie go prawa do uzyskania takich wyjaśnień w ogóle. Trudno bowiem ustalić, jaki inny podmiot miałby być właściwym dla

zbadań 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 postępowań niezależnie od prawidłowości funkcjonowania samej platformy. W przeciwnym razie nie byłoby możliwe ustalenie, kiedy postąpienie jest nieskuteczne na skutek wadliwego działania systemu, a kiedy na skutek nieprawidłowości w dokonywaniu postąpienia przez uczestnika. 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. Należy także stwierdzić, że w poprzedniej aukcji Urząd Zamówień Publicznych w piśmie z dnia 7 maja 2010 r. (w aktach sprawy) wskazywał na nieprawidłowości w działaniu systemu oraz konieczność unieważnienia aukcji z dnia 6 maja 2010 r. Ponadto należy wziąć pod uwagę szczególny charakter tego Urzędu w systemie zamówień publicznych, co wyłącza przypuszczenie, iż w jakikolwiek sposób mógłby on potwierdzać okoliczności, które w swych skutkach mogłyby przynieść wybór oferenta w sposób niezgodny z ustawą Pzp. Ponadto ustalenia faktyczne zawarte w przedmiotowym piśmie pozostają w zgodzie z zeznaniami świadka Pani Anny C., informatyka uczestniczącego ze strony odwołującego AS Motors sp. z o.o. w aukcji, która wskazywała na taki przebieg aukcji (tj. m.in. na odwoływanie się do zakładki Oferta po wygenerowaniu formularza postąpienia). Odwołujący AS Motors sp. z o.o. nie przedstawił żadnego przekonującego dowodu, który podważałby ustalenia dokonane przez Urząd Zamówień Publicznych wynikające z powyższego pisma. Ponadto z twierdzeń zamawiającego nie kwestionowanych przez Odwołującego wynika, że system aukcyjny ma charakter redundantny, tzn. umożliwia równoczesne dokonywanie postępowania przez różnych uczestników. Z historii aukcji wynika, że o godz. 12:56:49 oraz 12:58:19 postąpienie skutecznie złożył wykonawca CRH Żagiel Auto sp. z o.o., o godz. 12:58:23 postąpienie skutecznie złożył wykonawca Renault Polska sp. z o.o., o godz. 12:58:53 skutecznie postąpienie złożył wykonawca AUTOPOL PLUS sp. z o.o. Oznacza to zatem, że w tym samym czasie, kiedy odwołujący AS Motors sp. z o.o. nie mógł dokonać postąpienia, powołując się na wadliwe działanie systemu aukcyjnego, wykonywanie postępowania było technicznie możliwe. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. nie wykazał, że zaistniała wadliwość systemu tylko w stosunku do tego wykonawcy, niezależnie od tego, że inne podmioty w tym samym czasie miały możliwość składania postępowania.

Ponadto z argumentacji przedstawionej przez odwołującego AS Motors sp. z o.o. na rozprawie oraz w piśmie z dnia 14 czerwca 2010 r. wynika, że kwestionuje on nie tyle wadliwość funkcjonowania platformy aukcyjnej, co okoliczność, że strony aukcji nie zawierały

informacji, w jego ocenie, niezbędnych uczestnikom, a w szczególności odwołującemu AS Motors sp. z o.o., do prawidłowego wzięcia udziału w aukcji, bądź zawierały sprzeczne informacje, jak również brak wyjaśnień odnośnie systemu aukcji, przez co zamawiający uniemożliwił odwołującemu AS Motors sp. z o.o. składanie postąpień. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. podnosił bowiem, iż nie miał wiedzy co do tego, że system aukcyjny działa w ten sposób, iż po rozpoczęciu wykonywania procedury postąpienia i wygenerowaniu pliku PDF ponowne połączenie się z zakładką Oferta jest interpretowane przez system jako wybranie opcji „anuluj”. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. podnosił, że zasada taka nie wynikała z żadnego z dokumentów udostępnionych uczestnikom przez zamawiającego, jak również odwołujący AS Motors sp. z o.o. nie mógł się domyśleć w racjonalny sposób, iż wybranie tej opcji spowoduje anulowania postąpienia.

W istocie zatem zarzut odwołującego AS Motors sp. z o.o. dotyczy nieprawidłowego przygotowania przez Zamawiającego zarówno platformy aukcyjnej (a właściwie wybór platformy, w której strony aukcyjne nie zawierają wystarczających informacji do skutecznego złożenia postąpienia) , jak i uczestników postępowania do wzięcia udziału w aukcji.

W ocenie Izby w kontekście oceny zasadności zarzutu odwołującego AS Motors sp. z o.o. o nieprawidłowym przygotowaniu platformy oraz uczestników procedury aukcyjnej, należy zatem ustalić, czy informacje posiadane przez odwołującego AS Motors sp. z o.o. pozwalały mu na wykonanie skutecznego postąpienia oraz czy rzeczywiście odpowiedzialność za niedokonanie skutecznego postąpienia o godz. 12:56 można przypisać zaniechaniom Zamawiającego, za które winien on ponosić odpowiedzialność.

Na podstawie analizy regulaminu platformy aukcyjnej, samouczka powszechnie dostępnego na stronie internetowej platformy (dla użytkowników niezarejestrowanych) oraz pomocy dla zarejestrowanych użytkowników Izba ustaliła, że dokumenty te mają różny stopień szczegółowości. Regulamin ustala ogólne zasady korzystania z aukcji, samouczek przedstawia podstawowe informacje na temat funkcjonowania systemu, zaś pomoc dostępna dla zarejestrowanych użytkowników wyraźnie prowadzi uczestnika poprzez poszczególne etapy wykonywania postąpienia. System, zorganizowany na zasadzie kreatora, wskazuje poszczególne czynności, które należy wykonać, aby postąpienie stało się skuteczne, informując równocześnie, że wymaga to około 5 minut. System wyraźnie także wskazuje, że momentem złożenia postąpienia jest dopiero wprowadzenie do systemu aukcyjnego podpisanego postąpienia. Rzeczywiście żaden z tych dokumentów nie zawiera informacji, iż po rozpoczęciu procedury wykonywania postąpienia powrót do zakładki Oferta spowoduje anulowanie wykonywanego postąpienia. Należy jednak stwierdzić, że zastosowanie się do schematu postępowania wyraźnie przewidzianego w powołanych dokumentach

gwarantowało skuteczne złożenie postąpienia, czego dowodem jest postąpienie złożone przez odwołującego o godz. 9:06 (odnotowanego w systemie o 9:11:59), jak również o 13:01, ponieważ jego nieskuteczność wynikała tylko z przekroczenia terminu. Oznacza to także, że należy uznać iż odwołujący AS Motors sp. z o.o. posiadał wiedzę, jak dokonać skutecznego postąpienia, a zatem zarzut o braku należytej informacji na o warunkach dokonywania postąpienia nie może być zamawiającemu przypisany. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. wykonał jednak czynności inne niż przewidywał system aukcyjny, których skutków nie przewidział. W ocenie Izby niezasadnym jest obciążanie odpowiedzialnością zamawiającego za skutki tych dodatkowych czynności wykonanych przez uczestnika, z powołaniem się na nienależyte przygotowanie platformy aukcyjnej. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. wymaga bowiem od zamawiającego, który jest jedynie użytkownikiem platformy, na której prowadzi aukcje, aby przewidywał nie tylko potencjalne zachowania uczestników aukcji, ale także czy system aukcyjny, z którego korzysta, takie zachowania przewiduje. W ocenie Izby jest to odpowiedzialność zbyt daleko idącą. Z pewnością skutki wadliwego działania platformy, które uniemożliwiają składanie postąpień, obciążałyby zamawiającego, ponieważ nie może on uchylać się od odpowiedzialności za wybór platformy, która nie umożliwia składania postąpień, np. ze względu na wadliwość jej funkcjonowania, czy też w sytuacji gdyby wykonawca zastosował się procedury składania postąpienia przewidzianej na platformie, a mimo tego jego postąpienie byłoby nieskuteczne. W niniejszej sprawie nie mamy jednak do czynienia z taką sytuacją. Brak skuteczność postąpienia wynikał bowiem, w ocenie Izby, z przyczyn leżących po stronie odwołującego AS Motors sp. z o.o. Powyższy wniosek potwierdzają także zeznania świadka Pani Anny C. Świadek zeznała, że odwołujący AS Motors sp. z o.o., posiadając jeden login i jedno hasło przeznaczone wyłącznie do uczestnictwa przez osobę uprawnioną w aukcji elektronicznej i wykonywania postąpień, zalogował się równocześnie na dwóch komputerach. W ocenie Izby wniosek, że skoro system umożliwiał zalogowanie się na dwóch komputerach, to winien także zapewnić niezakłócone korzystanie z obydwu komputerów, jest całkowicie niezasadny. Według Izby logowanie takie nie było działaniem standardowym, o czym świadczy choćby fakt, że inni uczestnicy aukcji tj. Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. czy Renault Polska sp. z o.o. oświadczyli na rozprawie, że byli zalogowani na jednym komputerze. Dokonując takiej czynności odwołujący AS Motors sp. z o.o., w ocenie Izby, przyjął na siebie odpowiedzialność za ewentualne niekorzystne skutki powyższego działania. Świadek przyznała, że komputery obsługiwały różne osoby, a tym samym osoba składająca postąpienie nie była w stanie w pełni kontrolować, jakie czynności wykonuje osoba przy drugim komputerze, jak również przewidzieć, czy nie zakłócą one prawidłowości działania systemu. Należy bowiem pamiętać, że w wyniku procedury postąpienia następuje złożenie wiążącej oferty, a tym samym zadaniem systemu jest ochrona zarówno bezpieczeństwa

wprowadzanych danych, jak i ich integralności. Bez wątplenia gdyby odwołujący AS Motors sp. z o.o. wykonał postąpienie zgodnie z procedurą wskazaną przez system aukcyjny i w odpowiednim czasie, postąpienie byłoby skuteczne. Tym samym obciążanie odpowiedzialnością zamawiającego za nieprzewidzenie różnych zachowań uczestników korzystających z systemu aukcyjnego, które to zachowania przyniosły im niekorzystne skutki, w ocenie Izby jest nieuzasadnione.

Odwołujący podnosił nadto, że nie było aukcji próbnej, a zamawiający nie udzielał wnioskowanych wyjaśnień o aukcji. Tymczasem odwołujący AS Motors sp. z o.o. przyznał, że nie występował do zamawiającego o aukcję próbną, pomimo że nie miał doświadczeń w prowadzeniu aukcji elektronicznych, w tym na przedmiotowej platformie Urzędu Zamówień Publicznych. Natomiast informacje, co do których zarzucał zamawiającemu brak reakcji, wynikały jednoznacznie z samouczka i pomocy dla zarejestrowanych użytkowników. Szczegółowe zapoznanie się z tymi dokumentami, co było obowiązkiem uczestników, pozwoliłoby zatem na wyjaśnienie podnoszonych wątpliwości. Nadto nie dotyczyły one kwestii, która stała się przesłanką nieskuteczności postąpienia. Ponadto nie jest też pewne, że w warunkach aukcji próbnej, gdy wykonywane postąpienia nie mają charakteru wiążącego, odwołujący AS Motors sp. z o.o. dokonałby czynności tożsamej z tą z dnia 20 maja 2010 r. Ponadto zamawiający jako podmiot nie posiadający szczegółowej wiedzy technicznej na temat funkcjonowania platformy przekazał uczestnikom aukcji telefon kontaktowy do osoby z Urzędu Zamówień Publicznych (Pan Mateusz S.) ze wskazaniem jej jako właściwej w kwestiach technicznych. Świadek przyznał, że odwołujący AS Motors sp. z o.o. nie kontaktował się z osobą wskazaną przez zamawiającego. Ponadto aukcja trwała 4 godziny i nie zawierała ograniczeń w postaci postąpień minimalnych, co, w ocenie Izby, było wystarczającym czasem na przetestowanie różnych wariantów postępowania, jeżeli uczestnik miał zamiar dokonywać czynności odmiennych niż wyraźnie wskazane w kreatorze postąpienia.

Izba podnosi, że uczestnicy są profesjonalnymi podmiotami działającymi w obrocie gospodarczym, stąd zasadnym jest wymaganie od nich pewnego minimalnego poziomu staranności i dbałości o własne interesy. Jeżeli zatem odwołujący AS Motors sp. z o.o. nie posiadał doświadczenia w uczestnictwie w aukcji, nie wystąpił o aukcję próbną, nie zgłaszał pytań odnośnie sposobu przeprowadzenia aukcji, za wyjątkiem pytania z dnia 19 maja 2010 r., na które odpowiedź znajdowała się w informacjach dostępnych uczestnikom, a równocześnie w toku aukcji dokonywał czynności innych niż wyraźnie wskazane, nie może obecnie czynić odpowiedzialnym za ich skutki wyłącznie zamawiającego. Odwołujący zdawał się bowiem nie kwestionować ani okoliczności, że system wyraźnie informował o kolejnych

krokach niezbędnych dla wykonania postąpienia ani też okoliczności, że system aukcyjny w dniu 20 maja 2010 r. pozwalał na wykonanie postąpienia, kwestionował jedynie brak informacji, że pewne czynności, zdaniem uczestnika racjonalne i intuicyjne, nie zostały przez system przewidziane, a o ich skutkach uczestnik nie został poinformowany. W żadnym jednak razie, zdaniem Izby, odpowiedzialności za to nie można przypisać zamawiającemu tylko z tego powodu, że ich nie przewidział. W ocenie Izby nie miał ani takiego obowiązku ani możliwości.

Odwołujący nie wykazał także, że zastosowanie przez niego zalecanej w samouczku przeglądarki Google Chrome spowodowało nieskuteczność składanego postąpienia (podnosił to w piśmie z 14 czerwca 2010 r.). Wprawdzie regulamin oraz SIWZ zawierały w tym zakresie odmienne zalecenia niż zawarte w samouczku, jednak nie zmienia to okoliczności, że odwołujący AS Motors sp. z o.o. zastosował się do zaleceń zawartych na platformie. Ponadto, stosując tę samą przeglądarkę, wykonał skuteczne postąpienie o godz. 9:06 (zarejestrowane w systemie 9:11:59) oraz o godz. 13:01, które już nie zostało przyjęte z uwagi na upływ terminu aukcji, co przemawia przeciwko okolicznościom podnoszonym jako potencjalna przyczyna nieskuteczności postąpienia.

Zarzut odnośnie wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty również się nie potwierdził, ponieważ taka czynność zamawiającego nie miała miejsca. Zarzut ten jest tym samym przedwczesny i jako taki nie podlega rozpoznaniu przez Izbę. Ponadto nawet gdyby zarzut ten rozpatrywać w kontekście faktycznych konsekwencji niemożności dokonania postąpienia wskutek nieprawidłowego przygotowania platformy aukcyjnej, o którym mowa powyżej, to Izba uznała, że zarzut ten jest niezasadny. Ponadto powołanie się na art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp jest w przedmiotowym przypadku niezasadne, ponieważ dotyczy on odwołań, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący AS Motors sp. z o.o. nie przedstawił żadnego dowodu na naruszenie art. 91c ust. 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie, aby cena oferty najkorzystniejszej była dla odwołującego widoczna w toku aukcji, toteż jego twierdzenia w tym zakresie pozostały gołosłowne. Izba zwraca jednak uwagę, że art. 91c ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, iż w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Informacja ta służy wykonawcy do podjęcia decyzji co do kolejnego postąpienia czy też rezygnacji z dalszego udziału w aukcji. W ocenie Izby w świetle powyższego celu sformułowanie „na bieżąco” oznacza, iż informacje w przedmiotowym zakresie powinny być



wykonawcy cały czas dostępne po każdym złożonym postąpieniu, natomiast z przepisu tego nie można wywieść wymogu, aby system aukcyjny umożliwiał zapoznanie się z nimi w toku dokonywanego postąpienia, bez wpływu na skuteczność tego postąpienia. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. nie wykazał, czy jest to w ogóle technicznie możliwe.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaistnienia przesłanki do unieważnienia postępowania, Izba wskazuje, że odwołujący, ograniczając na rozprawie zakres swojego żądania do unieważnienia aukcji, ograniczył, w ocenie Izby, tym samym zakres zgłaszanych przez siebie zarzutów. Niezależnie jednak od powyższego, Izba ustaliła, że wobec oświadczenia Zamawiającego, iż posiada środki, aby zwiększyć kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, nie zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a zatem zarzut ten, nawet gdyby był podtrzymywany, należałoby uznać za niezasadny. Odwołujący AS Motors sp. z o.o. nie wskazał innych przesłanek przemawiających za koniecznością unieważnienia postępowania przez Zamawiającego. Równocześnie należy wskazać, że zwiększenie środków na realizację zamówienia do wysokości ewentualnej oferty najkorzystniejszej, stanowi uprawnienie zamawiającego i nie może być kwalifikowane jako naruszenie zasady równości wykonawców.

### **Sygn. akt KIO/1060/10**

Odwołanie podlega oddaleniu. W ocenie Izby nie potwierdził się żaden z zarzutów zawartych w odwołaniu.

W przedmiotowym odwołaniu odwołujący Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. postawił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91c ust 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz innych przepisów wynikających z odwołania poprzez:

- 1) niezapewnienie prawidłowego funkcjonowania systemu elektronicznego, na którym była przeprowadzona aukcja, co spowodowało, że odwołujący pomimo prób nie mógł uczynić postąpienia, przy czym w zakresie naruszenia art. 91c ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp z treści odwołania wywieść można także zarzut, iż udostępniona przez Zamawiającego platforma aukcyjna Urzędu Zamówień Publicznych nie zapewniała składania postąpień zgodnie z ustawą Pzp. Odwołujący podnosił bowiem, że skoro pomiędzy złożeniem „wstępnego” postąpienia a złożeniem postąpienia podpisanego bezpiecznym podpisem elektronicznym musi nastąpić zapis pliku na dysku lokalnym,

- oznacza to że składanie postępień nie było dokonywane w trybie bezpośredniego połączenia ze stroną, jak tego, w jego opinii wymaga art. 91c ust. 1 i 2 ustawy Pzp;
- 2) niezapewnienie wykonawcom biorącym udział w aukcji wsparcia technicznego, odpowiedniego przeszkolenia z korzystania z platformy, na której prowadzona była aukcja elektroniczna, a tym samym nierówne traktowanie wykonawców zaproszonych do aukcji.

Ponadto z zakresu żądań zawartych w odwołaniu oraz ze sposobu określenia czynności/zaniechań Zamawiającego objętych odwołaniem wynika, że przedmiotem zarzutu jest także wybór oferty złożonej przez Renault Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej (odwołujący żądał unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Renault Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej). Na rozprawie odwołujący argumentował, że zgodnie z art. 91c ust. 5 ustawy Pzp do aukcji stosuje się odpowiednio m.in. art. 80 ust. 2 ustawy Pzp dotyczący licytacji elektronicznej, z którego wynika, że bezpośrednio po zamknięciu licytacji elektronicznej (tu: aukcji) zamawiający podaje, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano. Odwołujący wskazywał, że wprowadzie nie było informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w trybie art. 92 ustawy Pzp, jednak w jego ocenie wybór oferty został dokonany i koniecznym było żądanie jego unieważnienia.

Izba dopuściła i przeprowadziła następujące dowody:

- 1) dowód z akt postępowania przedłożonych przez Zamawiającego do Izby, w tym dokumentacji dotyczącej przeprowadzenia aukcji w dniu 20 maja 2010 r. i pisma Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 25 maja 2010 r. zawierającego stanowisko odnośnie kwestionowanego przez odwołującego przebiegu aukcji.
- 2) dowód z odwołania, przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz pisma z dnia 15 czerwca 2010 r. wniesionego przez odwołującego do akt sprawy,
- 3) dowód z zeznań świadka – Pana Zygmunta C. na okoliczność przebiegu aukcji w dniu 20 maja 2010 r. oraz zgodnie z wnioskiem dowodowym,
- 4) dowód z regulaminu platformy aukcyjnej, samouczka dla uczestników niezarejestrowanych oraz pomocy dostępnej dla uczestników zarejestrowanych na okoliczność zakresu informacji dostępnych uczestnikom aukcji oraz zgodnie z wnioskiem dowodowym załączona do pisma Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 czerwca 2010 r. złożonego na wniosek Izby.

Izba oddaliła wniosek dowodowy odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego informatyka na okoliczność, czy system informatyczny obsługujący aukcje na platformie

Urzędu Zamówień Publicznych umożliwi wprowadzenie niezbędnych danych, a tym samym uczynienie postąpienia w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, przy czym szczegółowe przesłanki przedmiotowego oddalenia zawarte są w dalszej części uzasadnienia.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91c ust 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie prawidłowego funkcjonowania platformy aukcyjnej. W tym zakresie aktualne pozostają w odniesieniu do przedmiotowego odwołania ustalenia Izby przedstawione powyżej w odniesieniu do odwołania sygn. akt KIO 1012/10. Izba ponownie podkreśla, że w świetle dokonanych przez Izbę ustaleń sama platforma aukcyjna funkcjonowała prawidłowo, o czym świadczą składane skuteczne postąpienia. Dodatkowo można wskazać, że o godz. 12:41:43 oraz 12:44:17, a zatem w czasie porównywalnym do czasu drugiej próby złożenia postąpienia przez odwołującego, skutecznego postąpienia dokonali wykonawcy: odpowiednio CRH Żagiel Auto sp. z o.o. oraz AUTOPOL PLUS sp. z o.o.

Ponadto także pismo Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 25 maja 2010 r. skierowane do odwołującego Polska Grupa Dealerów sp. z o.o. w odpowiedzi na jego wystąpienie z dnia 20 maja 2010 r. dotyczące przedmiotowej aukcji, przekazane do wiadomości także Zamawiającemu (pismo w aktach postępowania), potwierdza, iż po dokonaniu analizy zgłoszonego problemu technicznego, brak możliwości złożenia skutecznego postąpienia wynikał z okoliczności nie leżących po stronie systemu aukcyjnego. Przyczyną odmowy przyjęcia przez system aukcyjny postąpień była – zgodnie z wyświetlonym komunikatem – nieprawidłowa nazwa wysłanego pliku opatrzonego podpisem elektronicznym. W toku zapisywania pliku na dysku lokalnym odwołującego, koniecznego zgodnie z procedurą wykonania postąpienia w celu opatrzenia pliku podpisem elektronicznym, nazwa dokumentu pobieranego z systemu została zmieniona, a to spowodowało brak możliwości logicznego powiązania wygenerowanego na platformie dokumentu postąpienia z plikiem podpisu elektronicznego. W konsekwencji nie było możliwe wysłanie przez system aukcyjny zapytania do serwera dokonującego weryfikacji o weryfikację prawidłowości podpisu elektronicznego.

Tym samym, podobnie jak w przypadku odwołania sygn. akt KIO/1012/10, zarzut niezapewnienia prawidłowego funkcjonowania systemu aukcyjnego, na którym prowadzona była aukcja w dniu 20 maja 2010 r., sprowadza się zatem do zarzutu, iż strony aukcji nie zawierały informacji niezbędnych odwołującemu, w jego ocenie, do prawidłowego uczestnictwa w aukcji, przez co zamawiający uniemożliwił odwołującemu składanie postąpień. Odwołujący podnosił bowiem, że strony aukcji nie zawierały informacji, iż

formularz postąpienia generowany przez system aukcyjny w PDF i zapisywany na dysku lokalnym przez wykonawcę musi zostać zapisany pod tą samą nazwą. Tymczasem na podstawie zeznań świadka Pana Zygmunta C. – dyrektora operacyjnego odwołującego, który uczestniczył w aukcji w dniu 20 maja 2010 r., dopuszczonych przez Izbę jako dowód w sprawie i uznanych za spójne i wiarygodne, Izba ustaliła, że odwołujący po wygenerowaniu pliku postąpienia w formacie PDF, a przed jego zapisaniem na dysku lokalnym, otworzył dokument w celu upewnienia się, czy kwota wpisana do aplikacji oraz kwota opatrywana podpisem elektronicznym jest taka sama. Skutkiem tego na dysku lokalnym zapisany został nie plik wygenerowany przez system aukcyjny, lecz jego kopia. Zgodnie z zasadami działania programu Adobe Reader, za pośrednictwem którego nastąpiło zapisanie kopii, skutkowało to zapisaniem kopii tego pliku z automatycznie zmienioną nazwą (rozszerzeniem nazwy o znaki: [1] – tak wynika z pisma Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 25 maja 2010 r., ponieważ świadek Pan Zygmunt C. nie pamiętał, pod jaką nazwą plik został zapisany). Pomimo informacji ze strony systemu, iż nazwa pliku jest nieprawidłowa jeszcze dwukrotnie odwołujący powtórzył ten sam sposób dokonania postąpienia, za każdym razem otwierając dokument. Równocześnie świadek Pan Zygmunt C. przyznał, że przy wykonywaniu pierwszego postąpienia nie korzystał z asysty informatyka, uznając, że posiada wystarczającą wiedzę do wzięcia skutecznego udziału w aukcji. Również przy kolejnym postąpieniu informatyk był obecny tylko zdalnie (tj. miał podgląd on-line komputera osoby składającej postąpienie), jednak, jak, sam świadek Pan Zygmunt C. przyznał, nie mógł zdiagnozować problemu z nazwą pliku, ponieważ nie posiadał wiedzy, iż plik wygenerowany przez system aukcyjny oraz plik zapisany na dysku lokalnym, a następnie podpisany, miały inną nazwę. Widział on bowiem tylko dokument zapisany na dysku oraz dokument podpisany podpisem elektronicznym. Z powyższego wynika zatem, że odwołujący nie zastosował się do procedury wskazanej przez system aukcyjny, która nakazywała zapisać plik na dysku lokalnym, lecz dokonał dodatkowej czynności, której skutków nie przewidział (świadek potwierdził, że w programie Adobe Reader wyświetlają się trzy komunikaty: „otwórz”, „zapisz”, „anuluj” - wynika to z charakterystyki samego programu). Świadek przyznał, że nie jest informatykiem i nie miał świadomości, iż otworzenie dokumentu w programie Adobe Reader spowoduje zapisanie kopii pliku pod zmienioną nazwą. Skutek w postaci niemożności wykonania prawidłowego postąpienia nie wynikał zatem z nieprawidłowości w funkcjonowaniu platformy, lecz nieznaności pewnych funkcji programu Adobe Reader, w którym generowany jest formularz postąpienia oraz konsekwencji określonych czynności wykonywanych w tym programie, przy równoczesnym niezastosowaniu się do instrukcji wskazanej w systemie aukcyjnym. Nie można zatem uznać, że nieskuteczność postąpienia wynikała z wadliwości technicznej systemu, za którą odpowiedzialność powinien ponieść Zamawiający. Nie można także uznać, że system zawierał czy generował sprzeczne

komunikaty, do których odwołujący się zastosował i które uniemożliwiły skuteczne złożenie postąpienia. Podobnie jak w przypadku odwołania sygn. akt KIO 1012/10 należy stwierdzić, że chociaż w dostępnych uczestnikowi dokumentach nie było informacji odnośnie nazwy pliku, zastosowanie się do schematu postępowania wyraźnie przewidzianego w powołanych dokumentach gwarantowało skuteczne złożenie postąpienia.

Instrukcja ta wskazywała wyraźnie, że aby złożyć postąpienie należało:

- 1) nacisnąć odnośnik „dokument opisujący ofertę” i zapisać dokument na dysku lokalnym (zapamiętać jego lokalizację),
- 2) podpisać pobrany dokument z wykorzystaniem bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu – użyć oprogramowania dostarczonego przez wystawcę podpisu,
- 3) powrócić do obecnego widoku i nacisnąć przycisk DALEJ.

Aby złożyć postąpienie należało zamieścić podpisany elektronicznie dokument pobrany na poprzedniej stronie (tj. wygenerowany na platformie zgodnie z instrukcją). Dokument ten był przesłany do centrum certyfikacji w celu weryfikacji złożonego podpisu, a jeżeli weryfikacja zakończyła się pozytywnie, postąpienie zostawało zatwierdzone. Jak wynika z przebiegu aukcji wykonanie postąpień przez innych uczestników przy zastosowaniu się do instrukcji na platformie umożliwiało skuteczne złożenie postąpienia.

Nie potwierdził się zarzut braku określenia wymagań technicznych czy instrukcji obsługi. Wymagania techniczne wynikały z SIWZ, a także z informacji dostępnych na platformie aukcyjnej oraz dostępnych dla użytkowników zarejestrowanych, gdzie zawarta jest także opisana powyżej instrukcja, jak dokonać postąpienia. Ponadto, jak było podnoszone, uczestnicy otrzymali kontakt do osoby w Urzędzie Zamówień Publicznych posiadającej odpowiednią wiedzę w zakresie kwestii technicznych. Jeżeli w ocenie odwołującego otrzymane informacje były niewystarczające, winien był zwrócić się do Zamawiającego z odpowiednim wnioskiem lub wnieść odwołanie odnośnie nieprawidłowych postanowień SIWZ. Ponadto powyższemu wnioskowi przeczą zeznania świadka Pana Zygmunta C., który wskazywał, że w jego opinii był należycie przygotowany do aukcji, system był intuicyjny i w jego opinii prostszy niż na platformie aukcyjnej, na której uczestniczył w innej aukcji (platforma PWPW), a otrzymane w przede dniu aukcji od Pana Mateusza S. z Urzędu Zamówień Publicznych informacje były wystarczające.

Nie potwierdził się także zarzut braku wsparcia w toku samej aukcji, gdy wystąpiły problemy techniczne, zarówno ze strony Zamawiającego, jak i obsługi platformy aukcyjnej. Świadek

potwierdził, że w toku aukcji kontaktował się z Zamawiającym w związku z niemożliwością dokonania postąpienia, wskazując, że być może wynika to z nieprawidłowego zapisania uprawnień do podpisania pliku. Zamawiający zweryfikował wprowadzone dane odnośnie pełnomocnictwa i potwierdził, że są one prawidłowe. Ponadto odwołujący po nieudanym postąpieniu kontaktował się również skutecznie (za pomocą telefonu) z Panem Mateuszem Szymczakiem odpowiedzialnym ze strony Urzędu Zamówień Publicznych za kwestie techniczne oraz podjęto próby rozwiązania problemu odwołującego. Należy jednak podkreślić, że istniały ograniczone możliwości czasowe w tym zakresie, ponieważ pierwsze postąpienie zostało przez odwołującego wykonane na 34 minuty przed końcem aukcji. Trudno jest także na obecnym etapie ustalić, czy informacje podawane przez odwołującego były wystarczające do zdiagnozowania i rozwiązania problemu technicznego w tak krótkim terminie. Należy także wskazać, że odwołujący nie kontaktował się z infolinią techniczną dostępną na stronie platformy aukcyjnej w godz. 9:00-13:00.

W zakresie zarzutu braku odpowiedniego przeszkolenia uczestników aukcji Izba podnosi, że odwołujący nie wskazuje, które przepisy, za wyjątkiem ogólnej dyspozycji wynikającej z art. 7 ustawy Pzp, obligowały zamawiającego do przeprowadzania szkoleń z zakresu obsługi platformy aukcyjnej, na której obsługiwane są aukcje elektroniczne zamawiającego, jeżeli podmioty uczestniczące w aukcji nie zgłaszają takiej potrzeby. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje od zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy. W ocenie Izby Zamawiający dopełnił warunków do zapewnienia prawidłowości przeprowadzanej aukcji: (1) wybrał platformę Urzędu Zamówień Publicznych jako wiarygodną, zgodną, w jego opinii, z ustawą Pzp, przeznaczoną do przeprowadzania jedynie aukcji i licytacji na podstawie ustawy Pzp (nie można mu zatem przypisać w tym zakresie winy w wyborze), (2) określił wymagania techniczne, (3) przekazał zaproszenie do aukcji wraz z loginem i hasłem umożliwiające zapoznanie się z informacjami na temat platformy przeznaczonymi dla użytkowników zarejestrowanych na 8 dni przed terminem aukcji, (4) w tym samym terminie przekazał telefon do osoby, z którą można było się kontaktować w sprawach wątpliwości technicznych. Zamawiający nie otrzymał od uczestników aukcji sygnałów, iż podjęte środki są niewystarczające. Niezasadnym jest zatem twierdzenie, że to zamawiający winien był przewidzieć, czy podmioty uczestniczące w aukcji posiadają wystarczającą wiedzę pozwalającą im na skuteczne uczestnictwo w aukcji, skoro brak było jakichkolwiek sugestii ze strony uczestników. Takie oczekiwanie należy uznać za nadmierne. Ponadto, jak było to wskazane powyżej, świadek Pan Zygmunt C. – uczestniczący w aukcji ze strony odwołującego i uprawniony do składania ofert - przyznał, że, według niego, platforma była przejrzysta i na podstawie posiadanych informacji miał poczucie, iż jest należycie przygotowany do aukcji, pomimo braku wcześniejszych

doświadczeń z platformą aukcyjną Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący nie zwracał się o przeprowadzenie aukcji próbnej, a w zakresie wątpliwości technicznych zgłaszanych dnia 19 maja 2010 r. uzyskał wsparcie osoby odpowiedzialnej za te kwestie, uznając równocześnie, że jest to wsparcie wystarczające. Równocześnie, mając świadomość, iż nie uczestniczył w aukcji na platformie Urzędu Zamówień Publicznych, rozpoczął uczestnictwo w aukcji po godz. 12:00, a pierwsze postąpienie spróbował złożyć o godz. 12:26, tj. na 34 minuty przed końcem aukcji. Podobnie jak w przypadku odwołania sygn. akt KIO/1012/10 Izba podkreśla, że od profesjonalnych uczestników obrotu można i należy oczekiwać pewnego minimalnego zakresu dbałości o własne interesy. Rozpoczęcie uczestnictwa w aukcji na pół godziny przed jej zakończeniem bez wcześniejszego wykonania choćby jednego postąpienia próbnego oraz niezapewnienie sobie profesjonalnego wsparcia informatycznego na miejscu potwierdza niedochowanie przez odwołującego należytej staranności i wzięcie na siebie zwiększonego ryzyka nieskuteczności uczestnictwa w aukcji, za co nie można obciążać Zamawiającego. Można bowiem założyć, że gdyby odwołujący zalogował się do aukcji o godz. 9:00 i wykonał próbne postąpienie, jak również gdyby informatyk obserwował cały proces wykonywania postąpienia możliwe byłoby dużo wcześniejsze zdiagnozowanie i rozwiązanie problemu, a tym samym umożliwić dokonanie skutecznego postąpienia. W okolicznościach niniejszej sprawy na diagnozę problemu było zaledwie kilkanaście minut. Za brak takiej dbałości nie można obciążać natomiast zamawiającego, z powołaniem się na nienależyte przygotowanie platformy aukcyjnej. Naruszałoby to bowiem zasadę równości podmiotów, w tym tych uczestników aukcji, którzy zastosowali się do procedury składania postąpienia i złożyli je skutecznie. Izba podkreśla, że nie zmienia to jednak okoliczności, że przyczyna nieskutecznego postąpienia nie tkwiła w wadliwym działaniu systemu aukcyjnego, lecz w przyczynach leżących po stronie odwołującego, który nie zastosował się do instrukcji składania postąpienia.

W związku z powyższymi ustaleniami Izba uznała, że zarzucane naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zakresie wskazywanym przez odwołującego nie potwierdziło się.

Dodatkowo należy podnieść, że odwołujący nie wykazał innych aspektów nierównego traktowania wykonawców. Izba ustaliła, że wszyscy wykonawcy otrzymali w tym samym czasie zaproszenie do aukcji, wszyscy posiadali te same informacje na temat zasad funkcjonowania platformy aukcyjnej, wszystkim przekazano telefon do osoby wskazanej jako właściwa w zakresie kwestii technicznych, dla wszystkich aukcja rozpoczęła się o godz. 9:00 i o tej porze mogli przystąpić do aukcji i wykonywać postąpienia.

Odnosząc się do wywodzonego z treści odwołania zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 91c ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp polegającego na tym, iż udostępniona przez zamawiającego platforma aukcyjna Urzędu Zamówień Publicznych nie zapewniała składania postąpień zgodnie z ustawą Pzp, ponieważ pomiędzy złożeniem „wstępnego” postąpienia a złożeniem postąpienia podpisanego bezpiecznym podpisem elektronicznym konieczny jest zapis pliku na dysku lokalnym, a zatem składanie postąpienia nie było dokonywane w trybie bezpośredniego połączenia ze stroną, jak tego, w opinii odwołującego wymaga art. 91c ust. 1 i 2 ustawy Pzp, należy podnieść, iż zarzut ten jest spóźniony. W rzeczywistości bowiem zarzut ten dotyczy niezgodności z art. 91c ust. 1-3 ustawy Pzp procedury składania postąpień na platformie aukcyjnej Urzędu Zamówień Publicznych, ponieważ system tam obowiązujący nie przewiduje innego sposobu składania postąpienia, jak ten opisany przez odwołującego, tj. wymagający pobrania pliku wygenerowanego na platformie zawierającego ofertę na dysk lokalny w celu jego podpisania przy użyciu oprogramowania dostarczonego przez dostawcę podpisu elektronicznego. Wynika to jednoznacznie m.in. z samouczka dostępnego powszechnie na stronie internetowej platformy aukcyjnej, który w pkt 1 „Wymagania systemu” przewiduje: *„Wykonawcy składający postąpienia są zobowiązani podpisywać oferty składane w toku aukcji (postąpienia) za pomocą oprogramowania dostarczanego przez wystawcę podpisu elektronicznego – struktura generowanych przez platformę ofert nie pozwala na podpisywanie ich bezpośrednio z poziomu programu Adobe Reader”*. Dodatkowo pkt 6 samouczka „Podpis elektroniczny” zawiera następującą informację: *„Rozwiązanie zastosowane w programie aukcyjnym polega na tym, że po wprowadzeniu do systemu postąpienia, wygenerowany zostaje dokument PDF opisujący ofertę wykonawcy. Dokument ten należy pobrać, a następnie podpisać elektronicznie za pomocą oprogramowania dostarczanego przez wystawcę podpisu elektronicznego i odesłać podpisany dokument do systemu aukcyjnego. System dokona automatycznej weryfikacji podpisu elektronicznego - w przypadku pozytywnej weryfikacji, postąpienie zostanie przyjęte.”* Z powyższego jednoznacznie wynika, że mechanizm dokonywania postąpień w każdym przypadku wymagał pobrania wygenerowanego dokumentu PDF na dysk lokalny w celu opatrzenia go podpisem elektronicznym i zamawiający, wybierając platformę aukcyjną Urzędu Zamówień Publicznych, nie miał żadnego możliwości wyboru co do sposobu dokonywania postąpienia. Informacja, na jakiej platformie odbywać się będzie aukcja, była odwołującemu znana już z momentem ogłoszenia, ponieważ zamawiający zawarł tam przedmiotową informację. Wskazanie platformy oraz wymagań technicznych dla aukcji zostało zamieszczone także w SIWZ. Informacja na temat platformy była zawarta także w pierwszym zaproszeniu do wzięcia udziału w aukcji z dnia 30 kwietnia 2010 r., a potem kolejnym z dnia 12 maja 2010 r. Odwołujący miał zatem nie tylko możliwość, ale i obowiązek zapoznania się z warunkami prowadzenia aukcji, w tym tak kluczowymi, jak sposób



składania postąpień. Tym samym należy uznać, że wypełniona została przesłanka, o której mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, który przewiduje w tym przypadku 10-dniowy termin na złożenie odwołania. Tym samym zawarcie przedmiotowego zarzutu dopiero w odwołaniu z dnia 31 maja 2010 r. należy uznać za dokonane z uchybieniem terminu. Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska prezentowanego przez odwołującego na rozprawie, iż jego interes we wniesieniu odwołania w tym zakresie zaktualizował się dopiero dnia 20 maja 2010 r. w dacie aukcji, ponieważ wcześniej nie było wiadome, jak ostatecznie dokonywane będą postąpienia (odwołujący podnosił, że system podlegał modyfikacjom), a ponadto skutek w postaci niemożliwości dokonania postąpienia nastąpił w ww dacie, zaś skutku tego odwołujący wcześniej nie przewidywał. Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkuje prawo do składania środków odwoławczych od zaistnienia dwóch przesłanek: wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby obie te przesłanki należy uznać za spełnione w sytuacji, gdy zamawiający zamierzał dla przeprowadzenia aukcji korzystać z platformy aukcyjnej niezgodnej z przepisami ustawy Pzp. Zasady funkcjonowania platformy nie uległy zmianie pomiędzy datą ogłoszenia a dniem 20 maja 2010 r., zaś art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga dla wykazania uprawnienia do wniesienia odwołania zaistnienia szkody – wystarcza sama możliwość jej powstania. Z pewnością można o takiej możliwości mówić, gdy zamawiający wskazuje jako miejsce aukcji platformę niezgodną z przepisami ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, nawet gdyby uznać argumentację odwołującego o braku interesu we wcześniejszym wniesieniu odwołania i niespełnieniu wymogów z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w ocenie Izby zarzut jest niezasadny, a przedstawiona interpretacja art. 91c ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie ma oparcia w literalnym brzmieniu tych przepisów.

Równocześnie Izba wskazuje, że oddaliła wniosek dowodowy odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego informatyka na okoliczność, czy system informatyczny obsługujący aukcje na platformie Urzędu Zamówień Publicznych umożliwia wprowadzenie niezbędnych danych, a tym samym uczynienie postąpienia w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, ponieważ uznała, że ustalenie w przedmiotowym zakresie nie wymaga wiadomości specjalnych. W rzeczywistości zadaniem biegłego byłoby dokonanie wykładni art. 91c ust. 1 i 2 ustawy Pzp, czyli interpretacji przepisu prawnego, a nie analiza wymagająca wiedzy specjalnej. Ponadto odwołujący dokonał jednak takiej wykładni, uznając, że przepis wymaga, aby każdy etap dokonywania postąpienia miał miejsce na platformie aukcyjnej, łącznie z opatrywaniem formularza wygenerowanego na platformie podpisem elektronicznym, a jakakolwiek czynność dokonana poza platformą, choćby w warunkach stałego zalogowania, powoduje przerwanie „bezpośredniego połączenia ze stroną”, a tym samym niezgodność procedury aukcyjnej z ustawą Pzp. Izba nie podziela

powyższej interpretacji, ponieważ abstrahuje ona od literalnego brzmienia art. 91c ust. 1-2 ustawy Pzp. Przede wszystkim należy wskazać, że aukcja elektroniczna została implementowana do ustawy Pzp z Dyrektywy 2004/18/WE. W zaleceniu nr 14 stwierdza się tam, że ponieważ wykorzystanie techniki aukcji elektronicznych będzie prawdopodobnie rosło, należy opracować wspólnotową definicję takich aukcji, a także rządzące nimi szczególne reguły, aby zapewnić pełną zgodność ich funkcjonowania z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości. Art. 1 pkt 7 ww. Dyrektywy wprowadza taką definicję, która przewiduje, że *„aukcja elektroniczna oznacza powtarzalny proces, obejmujący zastosowanie urządzenia elektronicznego do przedstawiania nowych, obniżanych cen lub nowych wartości dotyczących niektórych elementów ofert, realizowany po przeprowadzeniu wstępnej pełnej oceny ofert i umożliwiający ich klasyfikację za pomocą metod automatycznej oceny”*. Art. 54 Dyrektywy wprowadził natomiast zasady zastosowania aukcji elektronicznych. Polski ustawodawca dokonując implementacji Dyrektywy 2004/18/WE nie zdecydował się na stworzenie odrębnej definicji aukcji elektronicznej, a regulacja aukcji elektronicznej zawarta została w art. 91a-91c ustawy Pzp. W niniejszej sprawie kluczowe znaczenie ma art. 91 c, w szczególności jego ust. 1 i 2 regulujący przebieg aukcji elektronicznej. Zgodnie z art. 91c ust. 1 ustawy Pzp 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. Z kolei art. 91 c ust. 2 ustawy Pzp przewiduje formę składania postąpień - postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Z powyższego wynika zatem, że aukcja odbywa się na stronie internetowej platformy aukcyjnej, a oprogramowanie aukcyjne musi być wyposażone w elektroniczny formularz umożliwiający wykonawcy wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z platformą aukcyjną oraz składanie kolejnych korzystniejszych postąpień podlegających automatycznej ocenie i klasyfikacji. Złożenie skutecznego postąpienia wymaga opatrzenia go bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą kwalifikowanego certyfikatu. Odnosząc się do warunków platformy aukcyjnej Urzędu Zamówień Publicznych należy stwierdzić, że uczestnictwo w aukcji wymaga zalogowania się do platformy aukcyjnej na podstawie loginu i hasła przekazanego przez zamawiającego (hasło jest potem automatycznie zmieniane przez wykonawcę). W toku aukcji wykonawca przez cały czas pozostaje zalogowany. Przygotowując postąpienie, wykonawca dokonuje wprowadzenia nowych danych oferty do elektronicznego formularza zawartego na stronie platformy aukcyjnej w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, następnie system generuje plik w formacie PDF zawierający postąpienie (ofertę) obejmujące dane wprowadzone przez wykonawcę, który to

plik należy zapisać na dysku lokalnym w celu opatrzenia go bezpiecznym podpisem elektronicznym. Po opatrzeniu podpisem elektronicznym plik należy odesłać do systemu aukcyjnego, który dokona automatycznej weryfikacji podpisu elektronicznego. W przypadku pozytywnej weryfikacji postąpienie zostanie przyjęte. Powyższe zatem oznacza, że zarówno wprowadzanie danych postąpienia, jak i samo postąpienie dokonywane jest w systemie aukcyjnym, w trybie bezpośredniego połączenia ze stroną, przy czym system skonstruowany jest w ten sposób, iż weryfikuje logiczne powiązanie pomiędzy dokumentem wygenerowanym w oparciu o dane wprowadzone do formularza elektronicznego z dokumentem odesłanym do systemu opatrzonym podpisem elektronicznym. Jedyne czynność składania podpisu odbywa się na dysku lokalnym, ponieważ wymaga skorzystania z oprogramowania tam zainstalowanego. Tym samym w świetle powyższego przepisu w ocenie Izby analizy wymaga nie tyle pojęcie „bezpośredniego połączenia ze stroną”, co zakres pojęcia „danych” co do których istnieje obowiązek ich wpisywania do formularza elektronicznego w trybie bezpośredniego połączenia ze stroną. Należy bowiem wskazać, że cytowany przepis nie odnosi się wyraźnie i literalnie do tego, że podpis na postąpieniu ma być składany w tym trybie - ust. 2 wymaga jedynie, aby postąpienie przesyłane do systemu aukcyjnego było opatrzone bezpiecznym podpisem, ponieważ tylko wówczas może być skuteczne. Zdaniem Izby pojęcie „danych” ujęte w art. 91c ust. 1 ustawy Pzp obejmuje tylko informacje merytoryczne, które stanowią istotne elementy oferty podlegające następnie automatycznej ocenie i klasyfikacji (informacje wpisywane do formularza elektronicznego przed wygenerowaniem dokumentu postąpienia), w szczególności cenę. Pojęciem tym nie jest natomiast objęty podpis elektroniczny, ponieważ opatrzenie podpisem wygenerowanego dokumentu zawierającego dane wpisane w drodze elektronicznej stanowi odrębną czynność i odnosi się do strony formalnej, a nie merytorycznej, postąpienia. Czynność opatrzenia podpisem elektronicznym należy zatem, w ocenie Izby, uznać za czynność techniczną, decydującą o formalnej skuteczności postąpienia. Ponadto kwestia podpisu uregulowana jest w odrębnym ust. 2. To gdzie składany jest podpis pozostaje bez znaczenia dla skuteczności samego postąpienia, ponieważ za prawidłowe i wiążące uznaje się tylko podpisane postąpienie przesłane do systemu, w którym podpis został pozytywnie zweryfikowany. Kluczowe dla złożenia oferty w trybie aukcyjnym elementy, tj. wprowadzanie danych oferty podlegających następnie automatycznej ocenie i klasyfikacji oraz samo złożenie postąpienia następuje w systemie aukcyjnym. W ocenie Izby z przepisu powołanego przez odwołującego nie można natomiast wysnuć wniosku, że wymaga on bezwzględnie, aby podpis elektroniczny był składany na platformie aukcyjnej.

W odniesieniu do zarzutu wyboru oferty złożonej przez Renault Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej (odwołujący żądał unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Renault Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej), Izba ustaliła, że zarzut ten jest przedwczesny. Na rozprawie odwołujący argumentował, że zgodnie z art. 91c ust. 5 ustawy Pzp do aukcji stosuje się odpowiednio m.in. art. 80 ust. 2 ustawy Pzp dotyczący licytacji elektronicznej, z którego wynika, że bezpośrednio po zamknięciu licytacji elektronicznej (tu: aukcji) zamawiający podaje, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano. Odwołujący wskazywał, że wprawdzie nie było informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w trybie art. 92 ustawy Pzp, jednak w jego ocenie wybór oferty został dokonany i koniecznym było żądanie jego unieważnienia. Zamawiający oświadczył na rozprawie, że nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej ani nie wykonał dyspozycji wynikającej z art. 80 ust. 2 w zw. z art. 91c ust. 5 ustawy Pzp. Brak jest zatem czynności zamawiającego objętej zarzutem i nie podlega on rozpoznaniu.

W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) oraz § 5 ust. 4 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).

**Przewodniczący:**

.....