

POSTANOWIENIE
z dnia 12 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2018 r. przez Odwołującego – wykonawcę NAWEC sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. z siedzibą w Świerżach Górnych, przy udziale wykonawcy Bilfinger Industrial Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. odrzucić odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Odwołującego i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. z siedzibą w Świerżach Górnych (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn.: „Świadczenie usług serwisowych w zakresie mechanicznym polegających na: usuwaniu usterek i awarii, wykonywaniu prac systematycznych i konserwacyjnych oraz prowadzeniu gospodarki materiałowej w obszarze maszynowni w Elektrociepłowni Białystok w okresie od 1.04.2018 r. do 31.03.2021 r.” (znak sprawy: KZB-TC.2102.6.2017), zwane dalej: „Postępowaniem”.

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

Pismem z 19 stycznia 2018 r., przesłanym wykonawcy NAWEC sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (dalej „Odwołujący”) 23 stycznia 2018 r., Zamawiający poinformował o nieuwzględnieniu wniosku o powtórzenie aukcji elektronicznej lub kontynuowanie aukcji elektronicznej z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu, ewentualnie – o powtórzenie aukcji elektronicznej po wystąpieniu awarii systemu teleinformatycznego.

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) 2 lutego 2018 r. Odwołujący zaskarżył czynność Zamawiającego polegającą na nieuwzględnieniu wniosku Odwołującego o powtórzenie licytacji (aukcji) elektronicznej lub kontynuowanie licytacji elektronicznej, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu, wobec zgłoszonej Zamawiającemu przez Odwołującego awarii systemu teleinformatycznego, co – zdaniem Odwołującego – stanowi naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91c ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie aukcji elektronicznej, w toku której (w dogrywce) Odwołującemu uniemożliwiono wprowadzenie niezbędnych danych do złożenia kolejnych postąpień, co skutkowało przeprowadzeniem Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 91d ust. 1 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego wyznaczenia terminu kontynuowania aukcji elektronicznej, pomimo zaistnienia awarii platformy aukcyjnej oraz niezasadną odmowę powtórzenia aukcji elektronicznej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu kontynuowania aukcji elektronicznej z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu, ewentualnie o powtórzenie aukcji elektronicznej oraz o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca Bilfinger Industrial Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o odrzucenie odwołania, względnie, o jego oddalenie.

Izba, wobec spełniania przez ww. wykonawcę przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Bilfinger Industrial Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że odwołanie dotyczy przebiegu aukcji elektronicznej, która odbyła się 12 stycznia 2018 r. Niezwłocznie po jej zakończeniu Zamawiający, 12 stycznia 2018 r., wystąpił do Odwołującego z wnioskiem o potwierdzenie ceny z aukcji elektronicznej na załączonym do wniosku formularzu ofertowym.

Okolicznością bezsporną jest, że pracownik Odwołującego niezwłocznie po zakończeniu aukcji (12 stycznia 2018 r.) sygnalizował telefonicznie pracownikowi Zamawiającego nieprawidłowości w jej przebiegu, uniemożliwiające składanie postąpień oraz że 15 stycznia 2018 r., w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego z 12 stycznia 2018 r., nie potwierdził ceny z aukcji, wskazując na zgłaszane wcześniej nieprawidłowości i wnosząc, na podstawie art. 91d Pzp, o niezwłoczne powtórzenie aukcji lub jej kontynuowanie z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu.

Zamawiający odpowiedział na wniosek odmownie w piśmie otrzymanym przez Odwołującego 23 stycznia 2018 r.

Izba zważyła – odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, jako wniesione po upływie przewidzianego w Pzp terminu.

Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, znajdującym zastosowanie w tej sprawie, odwołanie wobec czynności innych niż te, o których zamawiający informuje wykonawcę (art. 182 ust. 1 Pzp) lub wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 182 ust. 2 Pzp) wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Podstawą wniesionego odwołania było twierdzenie o rzekomej awarii systemu teleinformatycznego, za pośrednictwem którego prowadzona była

aukcja elektroniczna, o czym świadczy przywołany zarówno we wspomnianym powyżej piśmie Odwołującego z 15 stycznia 2018 r., jak i w *petitum* odwołania przepis art. 91d Pzp. Zdaniem Izby o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania (*ergo* o nieprawidłowym działaniu systemu, określanym przez Odwołującego mianem awarii) Odwołujący dowiedział się już z przebiegu samej aukcji, kiedy to, w dogrywce, nie mógł – jak twierdzi – składać kolejnych postępień (patrz oświadczenie pracowników Odwołującego stanowiące załącznik nr 5 do odwołania, czy pismo z 15 stycznia 2018 r. – załącznik nr 9 do odwołania). Termin na wniesienie odwołania należało zatem liczyć od 12 stycznia 2018 r., w konsekwencji czego jego upływ przypadał na dzień 22 stycznia 2018 r. Na marginesie skład orzekający zauważa, że okoliczności tej nie zmienia fakt przesłania Odwołującemu wniosku o potwierdzenie ceny z aukcji elektronicznej. Stanowił on jedynie potwierdzenie, że Zamawiający nie dopatrywał się nieprawidłowości w przebiegu aukcji elektronicznej, uzasadniające ewentualnie obliczenie terminu na wniesienie odwołania na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. Nie wpływa to jednak na wskazany powyżej przez Izbę dzień upływu terminu na skorzystanie przez Odwołującego ze środka ochrony prawnej.

Przedstawionego zapatrywania nie zmienia również fakt udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi na wniosek Odwołującego z 15 stycznia 2018 r. Przepisy Pzp, w szczególności wskazywany w odwołaniu art. 91c i 91d Pzp nie przewidują bowiem procedury wnoszenia zastrzeżeń do przebiegu aukcji elektronicznej, ani spoczywającego na zamawiającym obowiązku ustosunkowania się do zgłaszanych przez wykonawcę nieprawidłowości. Izba doszła do przekonania, że Odwołujący *de facto* wykreował czynność Zamawiającego (odmowę powtórzenia lub kontynuowania aukcji elektronicznej), od której złożył następnie odwołanie. *Clou* problemu tkwiło jednak, jak wspomniano, w wystąpieniu rzekomej awarii systemu, o czym Odwołujący dowiedział się znacznie wcześniej niż 23 stycznia 2018 r. (data otrzymania odpowiedzi Zamawiającego na wniosek z 15 stycznia 2018 r., na podstawie której Odwołujący obliczył termin na skorzystanie ze środka ochrony prawnej).

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji postanowienia) orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.231.238 ze zm.).

Przewodniczący: