

Sygn. akt: KIO 1548/10

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ABB Sp. z o.o., 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ENERGA – OPERATOR S.A., 80-557 Gdańsk, ul. Marynarki Polskiej 130,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża ABB Sp. z o.o., 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 1 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **ABB Sp. z o.o., 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 1.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 1548/10

Uzasadnienie

I. Energa - Operator S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk, (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa transformatorów rozdzielczych 15.75/0.42kV oraz 21.0/0.42kV” z podziałem na 8 części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2010//S 46-06/8279 z dnia 6.03.2010 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759). Wartość zamówienia oszacowano na 26 862 507,16 euro.

W dniu 23.07.2010 r. ABB Sp. z o.o. w Warszawie, Oddział w Łodzi, ul. Aleksandrowska 67/93, 91-205 Łódź (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej w części 6 szóstej i zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu obciążonym wadą, bowiem Zamawiający dokonał wyboru najlepszej oferty już po powzięciu informacji od Odwołującego się, że z przyczyn od niego niezależnych utracił on możliwość złożenia postąpienia i obserwowania przebiegu aukcji;
2. dokonanie wyboru najlepszej oferty w sytuacji, gdy zawarcie umowy na skutek wadliwie dokonanego wyboru byłoby podstawą do unieważnienia postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, w związku z naruszeniem art. 7 ust 3. Prawa zamówień publicznych oraz art. 7 ust.1 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący swoje zarzuty uzasadnił następująco: Zamawiający przewidział dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Aukcja rozpoczęła się o wyznaczonej godzinie i w czasie jej trwania o godz. 10:17:11 jedyne postąpienia dokonała spółka Areva T&D sp. z o.o. Odwołujący się przygotowywał się do złożenia swojego postąpienia, ale o godz. 10:27:56 podczas próby jego złożenia utracił możliwość złożenia postąpienia, ponieważ połączenie z platformą operatora aukcji spółki Marketplanet zostało przerwane.

Odwołujący się próbował złożyć postąpienie i chociaż odzyskał połączenie o godz. 10:28:25 to nie mógł już skutecznie go złożyć ze względu na brak czasu.

Bezpośrednio po zakończeniu aukcji Odwołujący poinformował

Zamawiającego o przerwaniu połączenia, które uniemożliwiło mu skuteczne złożenie postąpienia. Mimo tego Zamawiający jako najkorzystniejszą w części nr 6 postępowania wybrał ofertę Areva T&D Sp. z o.o., jedyną, która złożyła postąpienie w trakcie aukcji elektronicznej. Odwołujący podnosił, że Zamawiający powtórzył aukcję dla części nr 1 po stwierdzeniu, że nastąpiły problemy techniczne w trakcie jej trwania.

W rezultacie Odwołujący wniósł o unieważnienie decyzji z dnia 16.07.2010 o wyborze oferty Areva T&D Sp. z o.o. i o przeprowadzenie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty z równym udziałem wszystkich zaproszonych oferentów, ewentualnie – o unieważnienie postępowania na podst. art. 93 ust.1 pkt 7) Prawa zamówień publicznych

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami Odwołującego, wskazując, że problem z połączeniem nie wynikał z jego winy, a wystąpił na łączu Odwołujący – serwer Marketplanet (platforma aukcyjna Zamawiającego). Dla części nr 1 postępowania ustalono, że problemy z jej przeprowadzeniem wynikały z przyczyn, leżących po stronie Zamawiającego (błędne skonfigurowanie aukcji), nikt z uczestników postępowania nie mógł się zalogować, dlatego aukcję dla tej części powtórzono.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, na podstawie oświadczeń Stron, że przebieg aukcji rzeczywiście wyglądał tak, jak opisywał Odwołujący w odwołaniu:

Aukcja rozpoczęła się o wyznaczonej godzinie i w czasie jej trwania o godz 10:17:11 jedynego postąpienia dokonała spółka Areva T&D sp. z o.o. Odwołujący się przygotowywał się do złożenia swojego postąpienia, ale o godz. 10:27:56 wystąpił problem natury technicznej, co uniemożliwiło Odwołującemu skuteczne złożenie oferty.

Oдноśnie przyczyn przerwania połączenia – Odwołujący sam oświadczył w załączonej do odwołania opinii własnej („dowód nr 3”), iż „nie jest możliwe stwierdzenie, z jakich przyczyn nastąpiło zaprzestanie przesyłania danych”.

Zamawiający na rozprawie złożył pismo Marketplanet (operatora platformy aukcyjnej Zamawiającego), z dołączoną do niego opinią informatyczna dotyczącą przebiegu aukcji, w której przedstawiono fragment zawartości plików rejestrujących nawiązanie sesji na serwerze Marketplanet (co w ocenie Zamawiającego potwierdza brak zakłóceń na serwerze aukcyjnym), a ponadto oświadczenie, iż z centrum monitoringu nie było sygnałów o błędach w połączeniach do operatorów telekomunikacyjnych.

Równocześnie Izba ustaliła, że Zamawiający przekazał wykonawcom „Regulamin platformy aukcyjnej Marketplanet” (kopia w aktach sprawy), zgodnie z którym wykonawca akceptuje fakt, że możliwość dostępu i korzystania z Elektronicznego Systemu Aukcyjnego jest uzależniona od dostępności i jakości połączeń transmisji danych, „operator nie ponosi zatem odpowiedzialności za problemy i ograniczenia z tym związane” (§ 3 ust. 1 Regulaminu). Na wypadek zaistnienia problemów natury technicznej (brak zasilania, awaria komputera lub sieci, etc) przewidziano możliwość składania ofert telefonicznie (§ 5 ust. 2 Regulaminu).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, Odwołujący, który zaakceptował „Regulamin platformy aukcyjnej Marketplanet” w brzmieniu jak wyżej, powinien był liczyć się z możliwością wystąpienia problemów technicznych, związanych chociażby z jakością połączeń internetowych, szczególnie podczas składania oferty 2 minuty 4 sekundy przed końcem aukcji. Odwołujący nawet nie twierdził, że próbował skontaktować się z Zamawiającym, aby złożyć ofertę telefonicznie – wskazywał, że skontaktował się z Zamawiającym niezwłocznie po zakończeniu aukcji. Wątpliwe jest, czy możliwe byłoby skuteczne telefonicznie złożenie oferty w ciągu 2 minut, jednak właśnie taka droga była przewidziana w regulaminie na wypadek wystąpienia awarii, z czego powinien sobie zdawać sprawę wykonawca składający ofertę w ostatnich minutach aukcji.

Na podstawie tak ustalonych okoliczności, Izba uznała, że wykonawca działał na własne ryzyko, co nie może obciążać Zamawiającego. Zamawiający powtórzył aukcję w części pierwszej, bowiem nie można było jej skutecznie przeprowadzić na skutek błędnej konfiguracji – gdyby Odwołujący przynajmniej uprawdopodobnił, że niemożliwość złożenia przez niego oferty wynikała z przyczyny leżącej po stronie Zamawiającego, Zamawiający w przypadku aukcji dla części 6 również winien by powtórzyć postępowanie. Tymczasem Odwołujący powyższej okoliczności nie uprawdopodobnił, sam stwierdził, że „nie potrafi jednoznacznie wykazać, z jakich przyczyn nastąpiło przerwanie połączenia”.

Wobec powyższego, nie stwierdzono podstaw do konieczności nakazania Zamawiającemu powtórzenia aukcji elektronicznej dla części 6 postępowania – taka konieczność zaistniałaby tylko wówczas, gdyby Odwołujący wykazał (zgodnie z ogólną regułą, ciężar udowodnienia faktu, z którego Odwołujący wywodził skutki prawne, spoczywał na nim – art. 6 Kodeksu cywilnego), że doszło do nierównego traktowania wykonawców przez wadliwe działanie systemu platformy aukcyjnej.

Reasumując, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 93 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....